

Strasbourg, le 20 novembre 2019

T-PD(2019)8FIN

**COMITÉ CONSULTATIF DE LA CONVENTION POUR LA PROTECTION DES  
PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES  
À CARACTÈRE PERSONNEL**

**CONVENTION 108**

**Avis sur le texte provisoire et le rapport explicatif du projet de  
deuxième Protocole additionnel à la Convention de Budapest sur la  
cybercriminalité (STE n° 185) relatif à la divulgation directe d'informations sur  
les abonnés et à l'exécution d'injonctions d'une autre Partie pour la production  
accélérée de données**

Direction générale Droits de l'homme et État de droit

## Généralités

1. En 2017, le Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY) a entamé ses travaux sur la rédaction d'un deuxième Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité qui vise à améliorer l'effectivité de l'entraide judiciaire classique menée au titre de la Convention (notamment au moyen d'auditions par vidéoconférence et de procédures d'urgence pour les demandes d'entraide) et à introduire la possibilité d'une *divulgateion directe* d'informations par des fournisseurs de services d'autres juridictions. Cette divulgation directe pose de nouveaux problèmes dans la mesure où les sauvegardes incluses dans le Protocole en matière de protection des données doivent couvrir non seulement les cas d'entraide judiciaire classique *mais aussi*, et de façon adéquate, le cas de la coopération directe visant à obtenir des données auprès des fournisseurs de services.

2. Il semble pertinent de rappeler qu'en prévision de la [Conférence Octopus 2018](#), la 36<sup>e</sup> Plénière de la Convention 108 (19-21 juin 2018) avait adopté les [Réponses provisoires du Comité de la Convention 108 au document de travail pour la Conférence Octopus](#). Les documents préparatoires disponibles pour la 38<sup>e</sup> Plénière de la Convention 108 (13-14 juin 2019) étaient par ailleurs un [document de travail du T-CY sur les conditions d'obtention d'informations sur les abonnés en ce qui concerne les adresses IP dynamiques et statiques](#), [une note de travail du T-CY sur la consultation d'experts en protection des données](#) (consultation qui s'est tenue à Strasbourg le 26 novembre 2018 et à laquelle ont participé le Secrétariat du Comité de la Convention 108 et l'expert), et une [note d'expert sur l'inclusion de sauvegardes pour la protection des données s'agissant d'accès transfrontières au données par les forces de l'ordre dans le deuxième Protocole additionnel \(document T-PD \(2019\)3\)](#). Le Comité de la Convention 108 rappelle que le deuxième Protocole additionnel devrait refléter de manière adéquate l'acquis du Conseil de l'Europe en matière de libertés et de droits fondamentaux, en particulier en ce qui concerne la protection des données personnelles. Il est donc essentiel d'assurer la pleine cohérence du deuxième Protocole additionnel avec la Convention 108+ (Convention 108 telle que modifiée par le Protocole STCE 223) qui s'applique à tous les traitements de données personnelles effectués dans les secteurs public et privé. Le présent avis développe un certain nombre d'éléments, énumérés ci-après, qui ont déjà été soulevés dans les réponses provisoires du Comité de la Convention 108 au document de travail susmentionné pour la Conférence Octopus 2018 et/ou dans la récente note d'expert :

- a. la priorité doit être accordée à l'amélioration des procédures classiques d'entraide judiciaire, tandis que la coopération directe ne devrait être activée que dans des cas spécifiques et dans le cadre d'une procédure accélérée;
- b. la coopération directe ou les procédures accélérées d'entraide judiciaire envisagées devraient idéalement se limiter aux seules informations sur les abonnés ;
- c. en ce qui concerne les informations sur les abonnés, il faudrait prévoir des sauvegardes en matière de protection des données, de procédure et de primauté du droit qui s'appliquent au moins à la Partie requérante ainsi qu'à la Partie requise ;
- d. s'il s'agit finalement d'informations relatives au trafic, il conviendrait de prévoir des sauvegardes en matière de protection des données, de procédure et de primauté du droit qui s'appliquent au moins à la Partie requérante ainsi qu'à la Partie où la personne concernée a utilisé le(s) service(s) ;
- e. les procédures envisagées de divulgation directe ou d'entraide judiciaire accélérée doivent être établies sur une base juridique appropriée et être conformes, en ce qui concerne le transfert de données à caractère personnel, à l'article 14 de la Convention 108+, en évitant à tout prix de recourir systématiquement à des dérogations ;
- f. tout nouveau régime de coopération doit être conforme aux autres exigences pertinentes en matière de protection des données, notamment en ce qui concerne la limitation de la conservation des données, l'utilisation ultérieure des données, le traitement des données

sensibles, la notification sur les violations des données, la transparence du traitement, la responsabilité et un contrôle effectif et indépendant ;

- g. tout nouveau régime de divulgation doit être soit intégré dans un régime unifié de protection des données fondé sur la Convention 108+, idéalement en invitant les Parties à adhérer à cette dernière, soit dans un régime facultatif de protection des données, comparable à celui de l'article 26.3, second alinéa, du STE n° 182, qui permet l'application combinée des régimes de protection des données des Parties concernées, conformément à leurs engagements nationaux et internationaux en matière de protection des données, et qui reflète le respect d'une série de principes matériels de protection des données établis conjointement, conformément à la Convention 108+.

3. À la lumière de la prochaine [conférence Octopus \(20-22 novembre 2019\) et de la consultation connexe](#), le T-CY a publié un nouveau [texte provisoire des dispositions du projet de deuxième Protocole additionnel](#), ainsi qu'un [guide de discussion pour les consultations](#), et a sollicité les commentaires écrits des parties prenantes, y compris les autorités chargées de la protection des données, et du Comité de la Convention 108.

4. Le présent document expose la position temporaire du Comité de la Convention 108 sur le texte provisoire et le rapport explicatif nouvellement publiés du projet de deuxième Protocole additionnel à la Convention de Budapest sur la cybercriminalité (STE n° 185) concernant spécifiquement les dispositions relatives à la divulgation directe d'informations sur les abonnés et à l'exécution des injonctions d'une autre Partie pour la production accélérée de données (les autres textes provisoires des dispositions soumises à consultation ne relèvent pas du domaine de compétence du Comité).

5. Dans une note précédant le projet de texte et de rapport explicatif des articles concernés, le T-CY a indiqué que ceux-ci « pourraient changer au fur et à mesure de l'évolution des négociations, en fonction de l'issue d'autres dispositions qui n'ont pas encore été élaborées et/ou d'autres commentaires reçus » et qu'ils « devraient être examinés par le [Groupe de rédaction du Protocole du T-CY et Plénière du T-CY sur la rédaction du Protocole] afin de déterminer si d'autres changements sont nécessaires [...] (compte tenu des circonstances particulières de la coopération directe entre les autorités et les fournisseurs) une fois que les travaux en cours sur les conditions et les sauvegardes, notamment en ce qui concerne la protection des données et de la vie privée auront abouti à un texte et à un rapport explicatif » [soulignement ajouté].

6. Par conséquent, le présent avis ne concerne pas uniquement le texte et le rapport explicatif provisoires des deux articles concernés mais fournit également une contribution provisoire du Comité de la Convention 108 aux travaux en cours du T-CY sur les conditions et sauvegardes en matière de protection des données. On se reportera ici à la page 18, point 4.2, & 11, *in fine*, respectivement page 29, point 5.2, & 19 à 20 du projet de rapport explicatif (au paragraphe 2 du projet d'article sur la divulgation directe d'informations sur les abonnés, respectivement paragraphe 8 du projet d'article sur la production accélérée de données entre autorités classiques). Dans ces cas, le T-CY envisage explicitement d'inclure dans le deuxième Protocole additionnel un article aux conditions et sauvegardes en matière de protection des données. Le Comité de la Convention 108 attend avec intérêt le texte provisoire de cette partie cruciale du deuxième Protocole additionnel et souligne que le présent avis dépend intrinsèquement du contenu de cette partie importante sur laquelle il insiste pour être consulté le plus tôt possible et pour laquelle il est prêt à apporter son expertise (y compris sur l'interprétation des principes de protection des données visés au point 7).

## 1. Divulgence directe d'informations sur les abonnés

7. Conformément au champ d'application des données d'abonnés proposé dans le rapport explicatif (pages 16-17, point 4.2, paragraphe 4), c'est-à-dire incluant éventuellement les adresses IP statiques et dynamiques :

« Les informations qui sont nécessaires [dans des cas spécifiques] pour identifier un abonné à un service peuvent comprendre certaines informations liées à l'adresse IP (Internet Protocol) – par exemple, l'adresse IP utilisée au moment de la création d'un compte, l'adresse IP de connexion la plus récente ou les adresses IP de connexion utilisées à un moment précis ».

Le Comité de la Convention 108 reconnaît que l'accès à des adresses IP statiques ou dynamiques peut être exigé dans des cas spécifiques aux seules fins d'établir l'information au sens de l'article 18.3 de la Convention de Budapest. Il souligne toutefois que les données relatives aux abonnés ne devraient jamais inclure d'autres données de trafic ou de contenu. Le Comité recommande donc de préciser dans quelles circonstances les adresses IP pourraient être considérées comme des informations sur les abonnés, au sens de l'article 18.3 de la Convention de Budapest, en accordant une attention particulière au fait que, selon les circonstances, une adresse IP peut prouver à qui appartient un compte mais ne permet pas nécessairement d'identifier son utilisateur à un moment donné. En outre, le Comité ne peut être favorable à l'inclusion éventuelle d'adresses IP dans les informations relatives aux abonnés que s'il est précisé dans le texte du Protocole lui-même (tant dans les articles sur la divulgation directe que dans les injonctions classiques de divulgation accélérée) et dans les parties correspondantes du rapport explicatif que les adresses IP ne doivent être utilisées qu'à des fins d'identification et dans des cas spécifiques seulement.

8. Le Comité de la Convention 108 reconnaît également que certaines Parties traitent actuellement les informations dynamiques relatives aux adresses IP comme des données de trafic (pour des motifs constitutionnels ou d'autres motifs fondés sur des principes, ce qui est indiqué dans le document de travail du T-CY sur les conditions d'obtention d'informations sur les abonnés en relation avec les adresses IP dynamiques par rapport aux adresses IP statiques). Sur cette base, le T-CY a suggéré, en insérant le paragraphe 9.b au projet de texte, de permettre à ces Parties de se réserver le droit de ne pas appliquer la disposition relative à la divulgation d'informations sur les abonnés à « certains types de numéros d'accès » (cela est également mentionné dans le rapport explicatif proposé à la page 17, point 4.2, & 4 : « En conséquence, le paragraphe 9.b prévoit la possibilité de formuler une réserve pour certaines Parties »). Le Comité de la Convention 108 regrette que la solution proposée puisse aboutir à un régime fragmenté en matière de coopération pénale et de protection des données, avec un impact sur l'efficacité du Protocole.

9. Dans le même ordre d'idées, le Comité de la Convention 108 note la pleine possibilité pour les Parties (au point 9.a du projet de texte) de choisir de ne pas appliquer le régime de divulgation directe. En raison de la fragmentation qui résultera probablement de la variabilité des régimes, il se pourrait que les « attentes [élevées] à l'égard du nouveau Protocole », en ce sens qu'il « devra résister à l'épreuve du temps afin d'améliorer vraiment l'efficacité d'une réponse pénale comprenant des sauvegardes en matière de droits de l'homme et de primauté du droit » (Guide de discussion T-CY pour la prochaine Conférence Octopus 2019, *in fine*), ne puissent pas être satisfaites. S'il est introduit, tout nouveau régime de divulgation directe devrait être suffisamment simple et contraignant pour toutes les Parties qui l'auront ratifié et s'appuyer durablement sur un engagement commun en faveur de conditions, de sauvegardes ou de principes partagés en matière de protection des données (*voir infra*, points 6 et 7).

10. Le Comité de la Convention 108 préfère un régime de notification obligatoire au lieu de la possibilité de notification facultative prévue au point 5.

**2. Donner effet aux injonctions d'une autre Partie pour la production accélérée de données**

11. Au paragraphe 4 du texte proposé sur les injonctions classiques de production accélérée de données (page 28, point 5.2, par. 14), le rapport explicatif souligne à juste titre qu'« en vertu du droit interne de certaines Parties, la production de données sur le trafic peut nécessiter des informations supplémentaires parce que leur législation prévoit d'autres exigences pour obtenir de telles données ». Or le Comité de la Convention 108 conteste la position selon laquelle la seule conséquence de cette disposition est « qu'il pourrait se révéler nécessaire de fournir des informations supplémentaires à la Partie requise pour qu'elle puisse donner effet à l'injonction ». La possibilité de se soustraire au régime en ce qui concerne les données de trafic, comme le prévoit le paragraphe 12 du texte proposé, est également insuffisante.

12. Le Comité de la Convention 108 estime que la simple référence à des normes nationales pouvant être plus strictes ou à la possibilité pour les Parties de renoncer à l'obtention de données sur le trafic ne rend pas suffisamment compte de la distinction de principe et historique établie par la Convention de Budapest entre les mesures relatives aux données sur les abonnés et les mesures relatives aux données sur le trafic. Le Comité de la Convention 108 estime qu'une telle distinction de principe ne devrait pas être sacrifiée pour des raisons d'efficacité.

13. Plus fondamentalement encore, et conformément à ses réponses provisoires au document de travail pour la Conférence Octopus 2018, le Comité de la Convention 108 est d'avis que, comme exigence minimale, le Protocole devrait prévoir un régime de divulgation des données de trafic qui combine les garanties en matière de protection des données, procédurales et celles de l'État de droit imposées par au moins la Partie de l'autorité compétente requérante et la Partie où la personne concernée était présente lors de l'utilisation du ou des services ciblés, si elles sont différentes de celles de la Partie requérante ou de la Partie où est implanté le fournisseur de services. Une personne qui communique ou utilise des services sur le territoire d'une Partie nourrit une attente légitime en matière de vie privée découlant principalement des lois de cette Partie. Dès lors qu'il est possible d'établir, sur la base de l'obtention préalable de données d'abonné, le lieu où se trouvait une personne lors de l'utilisation d'un ou de plusieurs services ciblés, il est essentiel que le Protocole garantisse que les sauvegardes en matière de protection des données, de procédure et de primauté du droit de cette dernière Partie peuvent être appliquées et respectées. Si cette Partie est celle d'où provient l'injonction, une telle assurance est déjà implicite. Seulement en pareil cas, le Protocole peut être suffisant pour permettre de combiner les garanties en matière de protection des données, procédurales et celles de l'État de droit imposées au moins par la Partie de l'autorité compétente requérante et par la Partie où est implanté le fournisseur de services [ou l'autorité d'exécution compétente] (comme au paragraphe 26 ci-dessous). Le Protocole devrait en outre contenir des dispositions spécifiques qui guideraient les Parties en cas de conflit de lois, pour que les lois offrant la protection la plus entendue à la personne concernée s'appliquent.

**3. Critères insuffisants pour déterminer la « présence » territoriale d'un fournisseur de services**

14. Le mécanisme de divulgation directe suggéré et le mécanisme de coopération classique ont tous deux pour but d'obtenir des données auprès de fournisseurs de services sur le terri-

toire d'une autre Partie. Le projet de rapport explicatif lié aux deux mécanismes (respectivement au paragraphe 10 page 18 et paragraphe 5 page 26) se lit comme suit :

« [L]’expression « fournisseur de services sur le territoire d’une autre Partie » indique que le fournisseur de services doit être physiquement présent sur le territoire de l’autre Partie. Cet article sous-entend, par exemple, qu’un fournisseur de services qui a établi une relation contractuelle avec une entreprise implantée dans une Partie dans laquelle il n’est pas lui-même présent physiquement n’est pas considéré comme un fournisseur de services se trouvant « sur le territoire » de cette Partie. Le paragraphe 1 précise en outre que « les données doivent être en la possession ou sous le contrôle du fournisseur de services. »

15. Le Comité de la Convention 108 insiste pour que des précisions supplémentaires soient apportées, idéalement dans le texte même du projet d’articles, sinon au moins dans les parties correspondantes du rapport explicatif, sur le moment où un fournisseur de services sera considéré comme « physiquement présent » sur le territoire d’une Partie. Dans le contexte du contentieux jurisprudentiel important de la dernière décennie concernant la compétence sur les fournisseurs de services à l’étranger dans lequel une multitude de critères ont été examinés (critères d’ « établissement », critères d’ « offre », etc.), les deux critères ci-dessus (un négatif : une relation contractuelle ne suffit pas ; l’autre positif : les données doivent être en la possession ou sous le contrôle du fournisseur de services) semblent insuffisants pour apporter une clarté optimale. Le Comité de la Convention 108 estime qu’une telle clarté est cruciale pour éviter que tout mécanisme futur ne soit compromis et pour éviter que les autorités/Parties ne choisissent la juridiction qui leur convient le mieux (*forum shopping*) (ce qui serait évité si des garanties communes obligatoires étaient incorporées dans le Protocole). Ce cas de figure (le *forum shopping*) peut avoir une double conséquence : les fournisseurs de services multinationaux peuvent être confrontés à des injonctions parallèles adressées à leurs établissements ou succursales dans plusieurs juridictions, et le « *forum shopping* » peut encourager les autorités/Parties à émettre des injonctions à l’intention de la juridiction du lieu de présence du prestataire de services où s’appliquent les normes de protection des données les moins contraignantes. Le Comité de la Convention 108 estime pertinent de clarifier ce point, par exemple en stipulant dans le Protocole ou dans le rapport explicatif qu’un fournisseur de services est considéré comme "physiquement présent" sur le territoire d’une Partie lorsqu’il dispose d’une infrastructure stable lui permettant d’exercer une activité économique pour une durée indéterminée et à l’aide de laquelle il réalise ou gère les prestations de services.

#### **4. Confidentialité**

16. Le rapport explicatif relatif au paragraphe 4.f de l’article envisagé sur la divulgation d’informations sur les abonnés (page 19, point 4.2, & 17) précise que les « instructions de procédure spéciales » qui doivent accompagner une injonction de divulgation adressée aux fournisseurs de services sont destinées à « couvrir, en particulier, toute demande de confidentialité, y compris une demande de non-divulgation de l’injonction faite à l’abonné ou à d’autres tiers ». Si le Comité de la Convention 108 ne voit aucune difficulté à cet égard, il demande cependant que soit réexaminée l’ouverture laissée dans l’explication complémentaire donnée pour les lois nationales ou les politiques discrétionnaires des fournisseurs de services qui ne garantiraient pas la confidentialité recherchée (« Par conséquent, afin d’éviter le risque d’une divulgation prématurée de l’enquête, les Parties sont encouragées à connaître la législation applicable et les politiques d’un fournisseur de services concernant la notification aux abonnés, avant d’adresser l’injonction, en vertu du paragraphe 1, au prestataire de services »). Si la confidentialité peut être importante pour l’efficacité des enquêtes judiciaires, elle peut également être vitale pour la protection des données. Le Comité de la Convention 108 est donc favorable à l’inclusion d’une disposition autonome sur la confidentialité dans le Protocole et suggère que sa formulation s’inspire des articles suivants :

Articles 26.2 de la Convention de Budapest (STE n° 185) « Avant de communiquer de telles informations, la Partie qui les fournit peut demander qu'elles restent confidentielles ou qu'elles ne soient utilisées qu'à certaines conditions. Si la Partie destinataire ne peut faire droit à cette demande, elle doit en informer l'autre Partie, qui devra alors déterminer si les informations en question devraient néanmoins être fournies. Si la Partie destinataire accepte les informations aux conditions prescrites, elle sera liée par ces dernières » ;

Articles 27.8 de la Convention de Budapest (STE n° 185) : « La Partie requérante peut demander que la Partie requise garde confidentiels le fait et l'objet de toute demande formulée au titre du présent chapitre, sauf dans la mesure nécessaire à l'exécution de ladite demande. Si la Partie requise ne peut faire droit à cette demande de confidentialité, elle doit en informer rapidement la Partie requérante, qui devra alors déterminer si la demande doit néanmoins être exécutée » ;

Article 25 du deuxième Protocole additionnel à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale (STE 182) : « La Partie requérante peut demander à la Partie requise de veiller à ce que la requête et son contenu restent confidentiels, sauf dans la mesure où cela n'est pas compatible avec l'exécution de la requête. Si la Partie requise ne peut pas se conformer aux impératifs de la confidentialité, elle en informe sans tarder la Partie requérante. »

17. Le rapport explicatif relatif à l'article envisagé sur les injonctions classiques pour la production accélérée de données (page 26, point 5.2, & 8) précise qu'« [e]n vertu du paragraphe 3.c), la demande devrait également comprendre toutes les instructions spéciales, y compris par exemple les demandes de certification ou de confidentialité au titre de l'article 27.8 de la Convention, au moment de la transmission pour assurer le traitement correct de la demande ». Le Comité de la Convention 108 est favorable à la référence à la confidentialité et à l'article 27.8 de la Convention de Budapest mais il souligne que l'on ne saurait déduire, à partir du projet de texte du T-CY tel qu'il est rédigé, que l'article 27.8 de la Convention de Budapest s'applique dans un contexte de Protocole. Cette référence montre toutefois l'importance soulignée plus haut par le Comité de la Convention 108 qu'une disposition autonome sur la confidentialité soit incluse dans le Protocole lui-même, tant pour le mécanisme direct que pour le mécanisme traditionnel d'obtention d'informations auprès des fournisseurs de services.

## **5. Conditions et sauvegardes en matière de protection des données**

18. En l'absence d'un projet de texte pour l'article envisagé sur la protection des données (*supra*, par. 6), le Comité de la Convention 108 se déclare particulièrement préoccupé par la non-inscription dans les projets de texte et de rapport explicatif de conditions bidirectionnelles de protection des données, s'agissant des transferts asymétriques dans le cadre du régime de divulgation directe d'informations sur les abonnés (point 4 du projet du T-CY), comme de l'entraide judiciaire classique donnant effet aux ordonnances de production accélérée de données (point 5 du projet du T-CY).

19. Le Comité de la Convention 108 souligne qu'il est important de veiller au moins à ce que des conditions et sauvegardes en matière de protection des données soient insérées dans le Protocole de manière bidirectionnelle, dans la mesure où l'entité destinataire peut être :

- une autorité compétente :

- soit, dans le cas d'une entraide judiciaire classique : l'autorité requérante et l'autorité requise qui reçoivent toutes deux des données à caractère personnel – c'est-à-dire celles qui accompagnent la requête pour l'une et celles transférées après exécution de la requête pour l'autre ;
- dans le cas de transferts directs et asymétriques : l'autorité requérante qui reçoit les données à caractère personnel transférées par une entreprise privée responsable du traitement des données (fournisseur de services) ;
- ou une entreprise privée responsable du traitement des données (fournisseur de services) qui reçoit les données à caractère personnel accompagnant la requête dans le cas de transferts directs et asymétriques.

20. En l'état, les projets de texte et de rapport explicatif restent muets sur la question, à l'exception d'une double référence dans le rapport explicatif, au paragraphe 2 du projet de texte proposé sur la divulgation directe et asymétrique d'informations sur les abonnés (page 18, point 4.2, & 11) et d'une seule référence, dans le rapport explicatif, au paragraphe 8 du projet d'article sur la production accélérée de données entre autorités classiques (page 29, point 5.2, & 19 et 20). Ces trois références visent exclusivement les « parties qui ont des exigences en matière de protection des données » (deux premières) ou qui souhaiteraient limiter ou refuser la coopération en fonction de « certaines conditions et sauvegardes (y compris en ce qui concerne la protection des données) » (troisième). La première référence n'est qu'un rappel aux Parties ayant des exigences en matière de protection des données de leur obligation découlant de la législation nationale d'imposer aux prestataires de services de fournir « une base claire pour le traitement des données à caractère personnel » en réponse à une injonction qu'ils ont reçue directement. La deuxième référence concerne les transferts internationaux de données sans toutefois préciser les sauvegardes réelles qu'un prestataire de services peut exiger (de la Partie ou de l'autorité destinataire) pour pouvoir transférer des « informations sensibles sur les abonnés ». En revanche, le texte explicatif ne comporte qu'une référence vide à un futur article sur la protection des données, tout en indiquant de manière axiomatique que (la loi d'application d'une Partie du) le Protocole reflète « l'intérêt public important » du régime de coopération directe (la discussion se poursuit *infra*, au paragraphe 20). La formulation de la troisième référence est préoccupante : le rapport explicatif (page 29, point 5.2, & 20) avertit que « l'entraide doit en principe être étendue et les entraves dont elle peut faire l'objet doivent être strictement limitées », de sorte que « par conséquent, les conditions et les refus devraient également être limités conformément aux objectifs de cet article visant à éliminer les obstacles au partage transfrontalier d'informations sur les abonnés et de données sur le trafic et à fournir des procédures plus efficaces et plus rapides que l'entraide judiciaire classique ». Le Comité de la Convention 108 estime qu'il n'est pas approprié de désigner les conditions et sauvegardes en matière de protection des données comme des « obstacles » et des « barrières » potentiels et que cette formulation ne reflète pas le fonctionnement équilibré des démocraties protégeant les droits de l'homme et la primauté du droit. En outre, ceci n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il estime – en se fondant sur des expériences concrètes – que l'efficacité de la coopération serait véritablement renforcée si elle s'inscrivait dans un engagement commun de respecter des principes communs de protection des données.

21. En affirmant que le régime de divulgation directe envisagé dans le Protocole reflète un « intérêt public important » (*supra*, par. 19), la proposition de T-CY cherche à fonder l'ensemble du principe de divulgation directe exclusivement sur les dérogations prévues par l'article 14.4.c de la Convention 108+ et, en ce qui concerne les États membres de l'UE, sur les articles 49.1 d) et 49.4 du RGPD [soulignement ajouté ci-dessous]



*Article 14.4 de la Convention 108 modernisée - Flux transfrontières d'informations à caractère personnel*

Nonobstant les modalités prévues aux paragraphes précédents, chaque Partie peut prévoir que le transfert de données à caractère personnel peut avoir lieu : [...] c. si des intérêts légitimes prépondérants, notamment des intérêts publics importants, sont prévus par la loi et si ce transfert constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique ; [...].

*Article 49 du RGPD - Dérogations pour des situations particulières*

1. En l'absence de décision d'adéquation en vertu de l'article 45, & 3, ou de garanties appropriées en vertu de l'article 46, y compris des règles d'entreprise contraignantes, un transfert ou un ensemble de transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale ne peut avoir lieu qu'à l'une des conditions suivantes : [...] d) le transfert est nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public; [...].

4. L'intérêt public visé au paragraphe 1, premier alinéa, point d), est reconnu par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis.

22. Conformément à ses réponses provisoires au document de travail pour la conférence Octopus 2018 et à la récente note d'expert (document T-PD(2019)3), le Comité de la Convention 108 est fermement en désaccord avec l'approche ci-dessus et s'oppose au recours structurel et systémique envisagé aux dérogations en tant que moyen normalisé d'autoriser des transferts directs et asymétriques.

23. En revanche, le Comité de la Convention 108 réitère sa position selon laquelle le moyen le plus direct, pérenne et communément acceptable de garantir un niveau approprié de protection des données en application du Protocole serait l'adhésion des Parties au Protocole à la Convention 108+. Dès lors, l'ensemble des Parties au Protocole garantirait de manière générique une protection adéquate des données, laquelle deviendrait également, de manière indirecte, une norme par défaut de la mise en œuvre de la Convention de Budapest entre ses Parties.

24. À titre subsidiaire, si l'option d'adhérer à la Convention 108+ (voir ci-dessus) par des Parties au Protocole s'avère impossible, le Comité de la Convention 108 soutient l'introduction dans le Protocole (en tant qu'instrument juridiquement contraignant entre les Parties) de sauvegardes communes obligatoires en matière de protection des données [voir la liste figurant ci-dessous, au point 7], fondées sur, étroitement alignées, et interprétées de manière cohérente en conformité avec la Convention 108+.

25. À titre encore plus subsidiaire et comme minimum absolu, le Comité de la Convention 108, conformément à la récente note d'expert (document T-PD(2019)3), invite instamment le T-CY à prendre comme point de départ l'article 26 (traitant de la « Protection des données ») du deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 182), ce qui permettrait d'assurer la cohérence avec au moins l'acquis du Conseil de l'Europe sur la protection des données dans le contexte de la coopération judiciaire en matière pénale. Cela supposerait d'instaurer dans le Protocole (en tant qu'instrument juridiquement contraignant entre les Parties) un régime facultatif, comparable à celui prévu à l'article 26.3, second alinéa de la Convention STE n° 182 :

« Toute Partie peut refuser de transmettre des données obtenues en conséquence de l'exécution d'une requête faite au titre de la Convention ou l'un de ses protocoles, lorsque

[...] la Partie à laquelle les données devraient être transférées n'est pas liée par [la Convention 108+], sauf si cette dernière Partie s'engage à accorder aux données la même protection qui leur est accordée par la première Partie »,

mais en le reformulant de manière à garantir son applicabilité bidirectionnelle, à la fois pour les transferts asymétriques et les pour transferts entre les autorités compétentes classiques.

26. En outre, au cas où les Parties au Protocole n'adhéreraient pas toutes à la Convention 108+ ou qu'aucune nouvelle condition ou garantie obligatoire en matière de protection des données ne serait insérée dans le Protocole, le Comité de la Convention 108 suggère, et ce afin de permettre et garantir (et, si nécessaire faire observer) le respect par les responsables du traitement des données (fournisseurs de services) des conditions et sauvegardes en matière de protection des données énoncées dans le Protocole (sachant qu'ils ne peuvent y être directement liés puisqu'il s'agit d'un instrument de droit public international), de stipuler dans ce dernier que si un responsable du traitement des données ou une autorité compétente d'une Partie exige de la part de la Partie destinataire un niveau approprié de protection des données, cette condition sera réputée accomplie si :

« l'autorité compétente destinataire ou le responsable du traitement des données de la seconde Partie s'engage à traiter les données à caractère personnel transférées sous réserve des conditions et sauvegardes prévues par le droit interne de la première Partie [c'est-à-dire de la Partie d'où seront transférées les données à caractère personnel], et notamment des obligations de cette dernière au titre de la Convention 108 et de son Protocole et/ou d'autres accords ou instruments bilatéraux, régionaux ou internationaux relatifs à la protection des données garantissant la protection des individus par la mise en œuvre au moins des sauvegardes suivantes fondées sur, étroitement alignées, et interprétées de manière cohérente en conformité avec la Convention 108+. [Reproduire ici la liste *infra*, au point 7] ».

27. Ce faisant, comme cela est également proposé dans les réponses provisoires au document de travail pour la Conférence Octopus 2018 et la récente note d'expert (document T-PD(2019)3), le Protocole devrait prévoir au minimum, un régime de divulgation des données relatives aux abonnés qui permette de combiner au moins les obligations de protection des données imposées par la Partie de l'autorité compétente requérante et par la Partie où est implanté le fournisseur de services ou l'autorité d'exécution compétente. Cela serait également perçu comme une avancée dans l'harmonisation internationale des exigences de protection des données dans le domaine de la coopération en matière de justice pénale.

28. Puisqu'un tel engagement ne revêt pas le caractère « juridiquement contraignant et opposable » des sauvegardes prévues au titre de l'article 14.3.b de la Convention 108+, le Comité de la Convention 108, conformément à la note d'expert (document T-PD2019)3, propose par ailleurs d'inclure dans le Protocole une obligation supplémentaire pour les Parties d'énoncer dans leur droit interne qu'en cas de non-respect de cet engagement, l'autorité compétente destinataire ou le responsable du traitement des données opérant sur leur territoire s'expose aux sanctions et recours juridiques et non-juridiques prévus par leurs législations.

29. Le Comité de la Convention 108 note que, si le paragraphe 1 des deux projets d'articles sur l'exécution accélérée d'injonctions de produire des informations, par des voies directes et classiques, limite l'émission d'injonctions aux informations nécessaires aux enquêtes ou procédures pénales spécifiques de la Partie émettrice, le projet de texte reste totallement muet sur les finalités pour lesquelles les données à caractère personnel transférées peuvent être utilisées par l'autorité compétente ou le prestataire de services destinataire. Le Comité de la Convention 108 recommande en outre à cet égard d'inclure - au moins dans le rapport expli-

catif - des explications sur la distinction communément admise entre les traitements de données (y compris les transferts) aux fins d'enquêtes pénales, et ceux entrepris à des fins de sécurité nationale, conformément au document intitulé « [La surveillance démocratique et effective des services de sécurité nationale](#) » publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

30. Le Comité de la Convention 108 demande que des restrictions d'utilisation claires soient insérées dans le Protocole, applicables à la coopération directe et classique accélérée. Il propose de formuler ces restrictions sur la base des dispositions de l'article 26 de la STE n° 182 (voir plus haut), en les modifiant *mutatis mutandis* et en les étendant pour qu'elles couvrent des restrictions d'utilisation applicables aux fournisseurs de services qui reçoivent des requêtes. Il en résulterait trois dispositions énonçant respectivement que :

1. [adaptation *mutatis mutandis* de l'article 26.1 de la STE n° 182] les données à caractère personnel transférées par une autorité compétente ou un responsable du traitement des données d'une Partie en conséquence de l'exécution d'une requête faite au titre du Protocole par une autorité compétente de la Partie destinataire, peuvent être utilisées par cette dernière exclusivement :
  - a. aux fins d'investigations ou de procédures concernant les infractions pénales liées à des systèmes et des données informatiques ou pour recueillir les preuves sous forme électronique d'une infraction pénale entrant dans le champ d'application des articles 14.2 et 25.1 de la Convention de Budapest ;
  - b. aux fins d'autres procédures judiciaires ou administratives directement liées aux procédures visées au point ;
  - c. aux fins de prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique.
2. [adaptation *mutatis mutandis* de l'article 26.2 de la STE n° 182] de telles données peuvent toutefois être utilisées par l'autorité compétente pour toute autre fin, après consentement préalable soit de la Partie qui a transféré les données, soit de la personne concernée<sup>1</sup>.
3. [par extension pour couvrir les inclusion de restrictions d'utilisation pour les fournisseurs de services] la requête reçue et les informations qu'elle contient ne peuvent être utilisées par le fournisseur de service qui en est le destinataire qu'à la seule fin d'exécuter la requête faite au titre du présent Protocole.

---

<sup>1</sup> S'agissant uniquement du point de vue de la protection des données, le consentement de la personne concernée doit être évité comme base légale du traitement de données dans le contexte de la coopération judiciaire et criminelle en matière pénale. Toutefois, il convient de souligner que la possibilité de s'appuyer sur le consentement de la personne concernée fait officiellement partie de l'acquis contemporain de TEJ en matière pénale, tant au Conseil de l'Europe (article 26.2 STE 182) qu'au niveau de l'UE (article 23.1, sous (d) de la Convention sur l'entraide judiciaire du 29 mai 2000 qui n'a pas été abrogée par la Directive européenne concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale). En réalité, la possibilité de s'appuyer sur le consentement de la personne concernée constitue ici une garantie supplémentaire pour cette personne dans le contexte du principe dit de spécialité (qui est le corrélatif traditionnel du principe de limitation de la finalité en droit de la protection des données). Le principe de spécialité a traditionnellement une fonction de confiance : l'État ou l'autorité requérante ne doit pas utiliser les données à des fins autres que les finalités initiales, de manière à ne pas trahir la confiance que l'État ou l'autorité d'exécution lui a faite lors de l'envoi des données concernées pour des objectifs initiaux. Étant donné que l'État ou l'autorité requis peut avoir refusé la coopération ou le transfert de données à des fins autres que les finalités initiales, le principe de spécialité stipule qu'un consentement supplémentaire de l'État ou de l'autorité d'exécution doit être requis en cas d'utilisation ultérieure, au-delà des finalités initiales (comparable au principe de contrôle par le responsable de traitement en matière de protection des données). Le consentement de la personne concernée comme base légale pour traitement ultérieur pourrait être retenu dans le contexte même des restrictions d'utilisation dans le futur régime du Protocole.

## 6. Principes matériels de protection des données

31. Si l'option d'adhérer à la Convention 108+ (voir ci-dessus, & 22) par les Parties au Protocole s'avère impossible, le Comité de la Convention 108 demande instamment que les sauvegardes ci-dessous, fondées sur la Convention 108+, étroitement alignées et interprétées de manière cohérente en conformité avec elle, soient incorporées dans le Protocole en tant que sauvegardes communes obligatoires. De manière encore plus subsidiaire, le Comité de la Convention 108 insiste – et c'est un minimum absolu – pour que le Protocole permette aux fournisseurs de services ou aux autorités compétentes de demander, comme condition préalable au transfert de données personnelles, que l'autorité compétente ou le fournisseur de services destinataire s'engage à les traiter sous réserve des conditions et sauvegardes prévues par le droit interne de la Partie d'où sont transférées les données, afin que la protection des personnes soit garantie au minimum par la mise en œuvre des sauvegardes suivantes fondées sur la Convention 108+, étroitement alignées et interprétées de manière cohérente en conformité avec elle, [une certaine latitude est permise quant à leur ordre, leur regroupement, etc.] :

- a. légitimité de la finalité, spécificité de la finalité et limitation de la finalité ;
- b. licéité ;
- c. équité et transparence ;
- d. nécessité de la finalité légitime poursuivie et proportionnalité avec celle-ci ;
- e. traitement de données non excessif et minimisation des données ;
- f. adéquation, pertinence et exactitude des données ;
- g. durée limitée de la conservation des données ;
- h. obligation pour les responsables du traitement des données et les sous-traitants de rendre compte ;
- i. devoir de notification en cas de connexion, d'atteinte à la sécurité des données et de violation des données ;
- j. sécurité de l'information
- k. sauvegardes spécifiques supplémentaires pour certaines catégories de données sensibles ;
- l. recours licite aux exceptions et dérogations ;
- m. droits opposables des personnes concernées et possibilité effective de recours administratif et juridictionnel ;
- n. protection appropriée lors du transfert (ultérieur) de données ;
- o. contrôle effectif et indépendant.

32. Enfin, le Comité de la Convention 108 souligne l'importance de l'effectivité des sauvegardes de protection des données et de la garantie que les Parties au deuxième Protocole additionnel les mettent en œuvre de façon effective et les fasse respecter en pratique. Le Comité propose qu'une évaluation de la mise en œuvre des sauvegardes en matière de protection des données soit effectuée, en s'appuyant éventuellement sur les conclusions et recommandations du mécanisme introduit à l'article 4.3 de la Convention 108+ pour ses Parties et, pour les autres pays à l'article 23.f de la Convention 108+. L'articulation des travaux du T-CY et du Comité de la Convention 108+ à cet égard devrait être examinée d'avantage.