



3 novembre 2021

T-PD(2021)7

**COMITÉ CONSULTATIF DE LA CONVENTION POUR LA PROTECTION DES PERSONNES À
L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL
CONVENTION 108**

**Projet d'interprétation
de l'article 11 de la Convention 108 modernisée¹**

¹ Le présent document du Comité de la Convention 108 contient des orientations visant à faciliter la ratification du protocole d'amendement de la Convention

1. Introduction

- Objet du document
- Portée

2. Conditions générales pour un recours licite aux exceptions prévues par l'article 11

2.1. *Être prévues par la loi*

Le critère "prévu par la loi" implique que l'exception en question doit être inscrite dans la loi au sens large (il peut s'agir d'une loi ou d'une disposition juridique nationale en tenant compte du système juridique de la Partie concernée). Le rapport explicatif précise "une telle mesure doit être prescrite par une loi accessible et prévisible, qui doit être suffisamment détaillée". Concrètement, un texte législatif doit prévoir précisément le champ d'application des mesures, les individus, le groupe d'individus concernés, les conditions d'applicabilité des mesures basées sur cette exception (en donnant des indications sur, par exemple, quelles sont les conditions de sa mise en œuvre, quel organe est chargé de contrôler la mise en œuvre, comment les droits et libertés des individus seront sauvegardés ou comment le principe de proportionnalité sera mis en œuvre et quelle sera la durée maximale de mise en œuvre).

2.2. *Respecter l'essence des droits et des libertés fondamentaux*

Dans ce sens, les exceptions doivent limiter les atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. En pratique, cela implique de réduire la portée, et la durée des mesures ainsi que le nombre de personnes concernées et d'évaluer l'impact sur les droits de l'homme des techniques et technologies utilisées pour le traitement des données.

2.3. *Constituer une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique*

La nécessité signifie que l'ingérence dans la protection des données à caractère personnel doit être dûment justifiée par le ou les intérêts en jeu, qui doivent émaner directement d'un besoin social impérieux et ne peuvent être atteints par des moyens moins intrusifs. Par conséquent, il est également nécessaire que l'ingérence dans la vie privée des personnes soit effectuée sur la base d'un motif raisonnable et en corrélation directe avec cet objectif. Toute mesure doit en outre être nécessaire et proportionnée au regard du résultat à atteindre, en tenant dûment compte des intérêts légitimes des personnes concernées. En choisissant ces mesures, les Parties doivent disposer d'une marge d'appréciation pour décider des mesures et moyens les plus appropriés. Les opérations de traitement effectuées au titre de cette exception doivent répondre à des critères de proportionnalité par rapport à l'objectif légitime poursuivi et doivent faire l'objet d'un contrôle indépendant,

éventuellement effectué par un juge. Lorsque cela n'est pas possible, il est nécessaire de prévoir des recours efficaces a posteriori pour réparer le préjudice causé aux personnes par l'application d'une telle exception.

2.4. *Faire l'objet d'un contrôle et d'une supervision indépendants et effectifs*

Cela est sans préjudice de l'exigence que les activités de traitement à des fins de sécurité nationale et de défense soient soumises à un contrôle et une supervision indépendants et effectifs aux termes de la législation nationale des Parties respectives.

3. Orientations pour les exceptions listées par l'article 11

3.1. *Orientations sur des garanties générales pour la protection des données prévues par la Convention 108+ en soi*

→ L'article 11 (1) s'applique seulement en relation avec des dispositions particulières, d'autres dispositions qui ne sont pas mentionnées à l'article 11 s'appliquent toujours, selon :

- l'article 4 (1) et (2) : les Parties doivent prendre des mesures pour donner effet aux dispositions de la Convention 108+ et ces mesures doivent être appliquées au moment de l'entrée en vigueur de la Convention ;
- l'article 5 (1) à (3) : il n'y a aucune exception à ces 3 paragraphes afin que la proportionnalité du traitement des données, ainsi que l'exigence d'un traitement licite et pour une finalité légitime soit toujours assurées. Le traitement des données doit être effectué sur la base d'un consentement libre, spécifique, éclairé et non-équivoque de la personne concernée ou sur la base d'autres fondements légitimes prévus par la loi ;
- l'article 6 sur les catégories particulières de données : les données sensibles continuent de bénéficier d'une protection spéciale ;
- l'article 7 (1), sur la sécurité des données : l'obligation de prendre des mesures pour garantir la sécurité des données s'applique sans exception ;
- l'article 10 : des mesures pour assurer la responsabilisation doivent être prévues : l'obligation de démontrer que des mesures appropriées ont été prises pour répondre aux dispositions de la Convention (qui ne sont pas concernées par l'article 11) ainsi que pour évaluer l'impact possible du traitement de données envisagé et adopter une approche de vie privée dès la conception (*privacy-by-design*) , les autres

mesures recommandées pour limiter les risques d'ingérence illégale doivent aussi être prises ;

- l'article 12 : il n'y a aucune exception à l'applicabilité de sanctions en cas de violation de la Convention ;
- l'article 13 : une protection plus large des personnes concernées devrait être permise ;
- l'article 14 (1) to (4) : les règles en matières de transferts transfrontières de données s'appliquent ;
- l'article 15 (2) alinéa (e) jusqu'au paragraphe (10) en ce qui concerne les autorités de contrôles i) elles mènent des activités de sensibilisation ; ii) elles doivent être consultées sur les mesures législatives et administratives envisagées ; iii) elles traitent les demandes et les plaintes qui leur sont adressées par des personnes concernées et tiennent ces dernières informées des issues données ; iv) elles doivent agir en complète indépendance et impartialité ; v) elles doivent disposer de ressources suffisantes ; vi) elles préparent des rapports annuels ; vii) leurs membres sont liés par des obligations de confidentialité ; viii) leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant une cour ; ix) n'ont pas de compétence sur les traitements effectués par des organes dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

3.2. *Orientations sur des garanties particulières en relation avec les exceptions prévues par l'article 11 (1)*

3.2.1. Article 5 (4)

Légitimité du traitement des données

Des exceptions aux principes de protection des données prévus par l'article 5 (4) dans les conditions et aux motifs décrits à l'article 11 (1). Cela concerne les exceptions possibles liées à :

- a) l'obligation de traiter les données d'une manière loyale et transparente ;
- b) la nécessité de garantir que les données sont collectées dans des finalités explicites, spécifiques et légitimes et de ne pas les traiter d'une manière qui soit incompatible avec ces finalités ;
- c) l'obligation de limiter le traitement à des données correctes, pertinentes et non excessives en relation avec les finalités pour lesquelles elles sont traitées ;

- d) l'obligation de garantir que les données traitées soient correctes et, si nécessaire, mises à jour ; et
- e) la nécessité de veiller à ce que les données ne soient pas conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour les finalités pour lesquelles elles sont traitées.

Ces exemptions ne peuvent en aucun cas déroger à l'obligation de garantir que le traitement est fondé sur une base légale, effectué de manière licite et proportionné à la finalité poursuivie, qu'il tient compte des intérêts en jeu et de l'impact sur les droits et les libertés des personnes.

1.1.1. Article 7 (2)

Notification des violations de données à l'autorité de contrôle

L'application à l'article 7 (2) des exceptions prévues par l'article 11 (1) (a) et (b) permet d'exempter le responsable du traitement de l'obligation de notifier « sans délai, à tout le moins à l'autorité de contrôle compétente au sens de l'article 15 les violations des données susceptibles de porter gravement atteinte aux droits et libertés fondamentales des personnes concernées ».

1.1.2. Article 8 (1)

Transparence du traitement

Cette exception permet aux États parties de déroger aux dispositions de l'article 8 (1). Cela signifie que la fourniture aux personnes concernées de tout ou partie de l'information concernant le traitement de données, objet de l'article 8 (1) (lieu d'établissement du responsable du traitement, base légale et finalité, catégories de données, destinataires des données et moyens d'exercer leurs droits), peut être limitée quand les conditions de l'article 11 (1) sont réunies.

1.1.3. Article 9

Droits des personnes concernées

Cette exception permet aux Parties à la Convention de déroger aux dispositions qui règlementent les droits des personnes concernées. Les conséquences d'une telle dérogation pourraient directement affecter d'autres droits et libertés fondamentales.

- a. ne pas être soumise à une décision l'affectant de manière significative, qui serait prise uniquement sur le fondement d'un traitement automatisé de données, sans que son point de vue soit pris en compte ;
- b. obtenir, à sa demande, à intervalle raisonnable et sans délai ou frais excessifs, la confirmation d'un traitement de données la concernant, la communication sous une forme intelligible des données traitées, et toute information disponible sur leur origine, sur la durée de leur conservation ainsi que toute autre information que le responsable du traitement est tenu de fournir au titre de la transparence des traitements conformément à l'article 8, paragraphe 1 ;
- c. obtenir, à sa demande, connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement de données, lorsque les résultats de ce traitement lui sont appliqués ;
- d. s'opposer à tout moment, pour des raisons tenant à sa situation, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement, à moins que le responsable du traitement ne démontre des motifs légitimes justifiant le traitement qui prévalent sur les intérêts, ou les droits et libertés fondamentales de la personne concernée ;
- e. obtenir, à sa demande, sans frais et sans délai excessifs, la rectification de ces données ou, le cas échéant, leur effacement lorsqu'elles sont ou ont été traitées en violation des dispositions de la présente Convention ;
- f. disposer d'un recours conformément à l'article 12, lorsque ses droits prévus par la présente Convention ont été violés ;
- g. bénéficier, quelle que soit sa nationalité ou sa résidence, de l'assistance d'une autorité de contrôle au sens de l'article 15 pour l'exercice de ses droits prévus par la présente Convention.

2. Orientation sur l'article 11 (2)

- 2.1. *Des exceptions aux articles 8 et 9 « peuvent être prévues par la loi pour le traitement des données utilisées à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, lorsqu'il n'existe pas de risque identifiable d'atteinte aux droits et libertés fondamentales des personnes concernées ».*

3. Orientation sur l'article 11 (3)

- 3.1. En référence au traitement à des fins de sécurité nationale et de défense, chaque Partie peut prévoir des exceptions à l'article 4 (3), les articles 14 (5) et (6) et l'article 15(2), alinéa *a*, *b*, *c* et *d*, par la loi et seulement dans la limite où cela constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour atteindre cette finalité. Cela est sans préjudice des exigences applicables en relation à l'indépendance et l'effectivité des mécanismes de contrôle et de supervision.
 - 3.1.1. Article 4 (3) : permettre au Comité d'évaluer l'effectivité des mesures prises / contribuer activement au processus d'évaluation.
 - 3.1.2. Article 14 (5) et (6) : i) informer l'autorité de supervision, ii) permettre à l'autorité de supervision de demander que soit démontrée la licéité des transferts, iii) autoriser l'autorité de supervision à arrêter, suspendre et soumettre les transferts à conditions (s'il ne sont pas licites).
 - 3.1.3. Article 15 (2), alinéa *a*, *b*, *c* et *d*: donner à l'autorité de supervision i) des pouvoirs d'investigation et d'intervention, ii) la possibilité d'exercer ses fonctions eu égard aux transferts de transfrontières données (approbation des garanties), iii) la possibilité de prendre des décisions relatives aux violations, d'imposer des sanctions administratives, iv) le pouvoir d'engager des procédures judiciaires.

4. Recommandations

- 4.1. La portée et le contenu des exceptions devraient être limités au minimum nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis, en prenant en compte l'impact sur les droits et les libertés des personnes.
- 4.2. La nécessité et la proportionnalité des exceptions doivent être justifiées et ce au cas par cas.
- 4.3. Réaliser une évaluation de l'impact sur la vie privée.
- 4.4. Appliquer la vie privée dès la conception et par défaut "*Data protection by design and by default*" (et d'autres recommandations sur la responsabilité comprises dans le rapport explicatif)
- 4.5. Application de la marge d'appréciation par les Parties
- 4.6. Contrôle judiciaire des mesures prises et mises en œuvre (ex-ante)

- 4.7. Importance d'une supervision et de mécanismes de contrôle effectifs (ex-post)
- 4.8. Coopération internationale renforcée des autorités de contrôle : coopération entre autorités (quand c'est applicable)
- 4.9. Mise en œuvre et contrôle de garanties de bout-en bout
- 4.10. Transferts internationaux de données personnelles : faciliter les flux de données tout en respectant les garanties de la Convention
- 4.11. Transparence du traitement.

5. Définitions

- 5.1. Sécurité nationale
- 5.2. Défense
- 5.3. Sécurité publique
- 5.4. Intérêts économique et financier de l'État
- 5.5. Impartialité et indépendance du judiciaire
- 5.6. Prévention, investigation et poursuite des infractions criminelles et exécution des condamnations pénales
- 5.7. Autres objectifs essentiels d'intérêt public général (également eu égard à l'article 62 de la Convention de Vienne)
- 5.8. Autres droits et libertés fondamentales