



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 119/2022 du 15 juin 2022

Objet : avant-projet de loi *portant assentiment aux actes internationaux suivants* :

- 1) la Convention entre le Royaume de Belgique et la République d'Inde *sur l'entraide judiciaire en matière pénale*, faite à Bruxelles le 16 septembre 2021, et**
- 2) le Traité entre le Royaume de Belgique et les Émirats arabes unis *sur l'entraide judiciaire en matière pénale*, fait à Abu Dhabi le 9 décembre 2021, et**
- 3) le Traité entre le Royaume de Belgique et les Émirats arabes unis *sur l'extradition*, fait à Abu Dhabi le 9 décembre 2021, et**
- 4) le Traité entre le Royaume de Belgique et la République islamique d'Iran *sur le transfèrement de personnes condamnées*, fait à Bruxelles le 11 mars 2022, et**
- 5) le Protocole du 22 novembre 2017 *portant amendement du Protocole additionnel à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées*, signé le 7 avril 2022 à Strasbourg.**

(CO-A-2022-139)

Le Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données (ci-après "l'Autorité"), en présence de Messieurs Yves-Alexandre de Montjoye et Bart Preneel ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après "la LCA") ;

Vu le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE* (Règlement général sur la protection des données, ci-après le "RGPD") ;

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LTD") ;

Vu la demande d'avis en urgence de Monsieur Alexander De Croo, Premier ministre, chargé des Affaires étrangères (ci-après "le demandeur"), reçue le 25/05/2022 ;

Vu les explications complémentaires reçues le 02/06/2022 ;

Émet, le 15 juin 2022, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le demandeur sollicite l'avis urgent de l'Autorité concernant les dispositions suivantes des actes internationaux auxquels il est porté assentiment en vertu du présent avant-projet de loi (ci-après "l'avant-projet de loi") :

- l'article 15 de la Convention entre le Royaume de Belgique et la République d'Inde *sur l'entraide judiciaire en matière pénale*, faite à Bruxelles le 16 septembre 2021 (ci-après "Convention avec l'Inde sur l'entraide judiciaire en matière pénale") ;
- l'article 7 du Traité entre le Royaume de Belgique et les Émirats arabes unis *sur l'entraide judiciaire en matière pénale*, fait à Abu Dhabi le 9 décembre 2021 (ci-après "Traité avec les EAU sur l'entraide judiciaire en matière pénale") ;
- l'article 22 du Traité entre le Royaume de Belgique et les Émirats arabes unis *sur l'extradition*, fait à Abu Dhabi le 9 décembre 2021 (ci-après "Traité avec les EAU sur l'extradition") et
- l'article 9 du Traité entre le Royaume de Belgique et la République islamique d'Iran *sur le transfèrement de personnes condamnées*, fait à Bruxelles le 11 mars 2022 (ci-après "Traité avec l'Iran sur le transfèrement").

Contexte

2. L'avant-projet de loi vise l'assentiment à cinq instruments internationaux en matière de coopération internationale en matière pénale. En effet, la criminalité se soucie de moins en moins des frontières nationales, contraignant la lutte contre la criminalité à évoluer avec elle. Les instruments portent sur différentes formes de coopération internationale en matière pénale, à savoir l'entraide judiciaire, le transfèrement de personnes condamnées et l'extradition. Des efforts sont ainsi déployés pour améliorer la coopération internationale à tous les stades de la chaîne pénale : l'enquête pénale, les poursuites judiciaires et l'exécution de la peine (voir p. 1 et 2 de l'Exposé des motifs de l'avant-projet de loi).

3. Dans le formulaire de demande d'avis, le demandeur précise que les accords internationaux en question doivent offrir un cadre juridique pour la coopération avec plusieurs (nouveaux) pays tiers (l'Inde, les Émirats arabes unis et l'Iran), sans qu'en soi, de tout nouveaux traitements de données soient créés¹. Dans certaines limites, la coopération avec ces pays était déjà possible sur la base de la réciprocité et de certaines conventions multilatérales (Nations Unies) en ce qui concerne l'entraide judiciaire en matière pénale.

4. Les règles de transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en dehors de l'Union européenne dans ce contexte répressif (en particulier la prévention et la détection des infractions pénales ainsi que les enquêtes et les poursuites en la matière ou l'exécution de sanctions pénales) ont été définies dans le Chapitre V de la Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil* (ci-après "Directive en matière de protection des données dans le domaine répressif"), telle que transposée en droit belge par le Chapitre V du Titre 2 de la LTD.

5. En vertu de l'article 66 de la LTD, les autorités susmentionnées compétentes pour la répression ne peuvent (en principe) transférer des données à caractère personnel à des pays non membres de l'Union européenne (ou à des organisations internationales) que si les conditions suivantes sont remplies :

"1° le transfert est nécessaire aux fins énoncées à l'article 27² ;

2° les données à caractère personnel sont transférées à un responsable du traitement (...) qui est une autorité compétente aux fins visées à l'article 27 ;

3° en cas de transfert ou de mise à disposition de données à caractère personnel provenant d'un autre État membre de l'Union européenne, celui-ci a préalablement autorisé ce transfert conformément à son droit national ;

¹ Dans la réglementation belge, la coopération internationale en matière pénale est déjà encadrée par :

- la loi du 9 décembre 2004 *sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle* ;
- la loi *sur les extraditions* du 15 mars 1874 et
- la loi du 23 mai 1990 *sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées, la reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition ainsi que la reprise et le transfert de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté*.

² L'article 27 de la LTD établit : "Le présent titre s'applique aux traitements de données à caractère personnel effectués par les autorités compétentes aux fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces."

4° la Commission européenne a adopté une décision d'adéquation visée à l'article 67, ou, en l'absence d'une telle décision, des garanties appropriées ont été prévues ou existent en application de l'article 68³ ou, des dérogations pour des situations particulières s'appliquent en vertu de l'article 69 ; (soulignement par l'Autorité)

5° en cas de transfert ultérieur vers un autre pays non membre de l'Union européenne ou à une autre organisation internationale, le responsable du traitement qui a reçu les données autorise le transfert ultérieur, après avoir dûment pris en considération l'ensemble des facteurs pertinents, y compris la gravité de l'infraction pénale, la finalité pour laquelle les données à caractère personnel ont été transférées initialement et le niveau de protection des données à caractère personnel dans le pays tiers ou au sein de l'organisation internationale vers lequel ou laquelle les données à caractère personnel sont transférées ultérieurement."

6. Les accords internationaux auxquels l'avant-projet de loi vise l'assentiment doivent constituer l'instrument juridiquement contraignant, portant des garanties appropriées pour la protection des données à caractère personnel pouvant faire l'objet d'un transfert vers les pays tiers en question (l'Inde, les Émirats arabes unis et l'Iran), et ce conformément à l'article 68, § 1^{er}, 1° de la LTD. Les articles extraits de ces accords internationaux dans le cadre de la présente demande d'avis (voir le point 1) visent en particulier l'aspect 'protection des données' et les principes à respecter en cas de transfert et de traitement de données à caractère personnel par les parties au contrat afin d'assurer le niveau de protection adéquat et les garanties appropriées dont il est question aux articles 66, § 1^{er}, 4° et 68, § 1^{er}, 1° de la LTD.

7. Dans la demande d'avis, le demandeur précise que l'avant-projet de loi a uniquement pour objectif d'approuver les accords internationaux (déjà signés par les parties concernées) dans leur intégralité. Dans la mesure où cela signifie que plus rien ne peut être modifié au contenu des textes internationaux et aux garanties qui y sont reprises pour la protection des données - ce qui est confirmé par le demandeur⁴-, l'Autorité regrette de ne pas avoir été consultée à un stade antérieur de sorte que d'éventuelles remarques auraient encore pu avoir un impact dans les accords en question.

Par conséquent, le présent avis expliquera plus particulièrement à quels critères les 'garanties appropriées pour la protection des données à caractère personnel' doivent généralement répondre en application des articles 66, § 1^{er}, 4° et 68, § 1^{er}, 1° de la LTD. Le présent avis pourrait alors servir de

³ En l'absence de décision d'adéquation, visée à l'article 67, un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers peut (notamment) avoir lieu lorsque : *"des garanties appropriées en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel sont fournies dans un instrument juridiquement contraignant"*.

⁴ Interrogé à cet égard, le demandeur apporte les précisions suivantes : *"Les instruments internationaux concernant la coopération en matière pénale ont en effet déjà été signés. Vu le caractère sensible et difficile des négociations ainsi que l'urgence de cet ensemble d'instruments, les instruments ne seront pas renégociés suite à l'avis de l'APD. La loi d'assentiment proprement dite ne comporte en effet aucune marge. Elle dit simplement : l'instrument sortira son plein et entier effet."*

Toutefois, l'avis de l'APD pourra bel et bien donner lieu à des adaptations et à des précisions dans l'Exposé des motifs. En outre, l'avis informe le ministère de la Justice sur d'éventuelles difficultés avec les dispositions dans le traité concernant la protection des données." [NdT : tous les passages cités du demandeur sont des traductions libres réalisées par le service de traduction du Secrétariat Général de l'Autorité, en l'absence de traduction officielle]

fil conducteur lors d'une éventuelle renégociation des accords internationaux (déjà signés et donc définitifs) communiqués dans le cadre de la présente demande d'avis ou pour d'autres nouveaux accords internationaux à conclure dans ce contexte répressif.

8. Enfin, l'Autorité fait remarquer qu'il incombe d'abord au Gouvernement (et au ministre compétent en particulier) mais aussi au Parlement - dans le cadre du vote sur l'avant-projet de loi portant assentiment aux accords internationaux susmentionnés - d'évaluer le caractère démocratique des pays tiers en question ainsi que le fait de savoir s'ils disposent d'un État de droit qui fonctionne bien, pouvant garantir efficacement les droits de l'homme.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE – INTERPRÉTATION DE LA NOTION DE 'GARANTIES APPROPRIÉES POUR LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL'

9. Les transferts de données à caractère personnel à des pays tiers, tout comme tout autre traitement de données relevant du Titre 2 de la LTD, doivent être licites, conformément à l'article 33 de la LTD⁵, et doivent en particulier être conformes, outre à toutes les dispositions pertinentes du Titre 2 de la LTD, aux dispositions de son Chapitre V (voir les articles 66 e.s. de la LTD). Cela implique plus particulièrement que :

- le transfert doit être nécessaire aux fins suivantes : "*la prévention et la détection d'infractions pénales, ainsi que les enquêtes et les poursuites en la matière ou l'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces*," (article 66, § 1^{er}, 1^o de la LTD)
- le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel sont transférées est une autorité compétente aux fins répressives susmentionnées ; (article 66, § 1^{er}, 2^o de la LTD)
- pour le transfert de données à caractère personnel, un niveau de protection adéquat est garanti (article 66, § 1^{er}, 4^o de la LTD) :
 - soit par une décision d'adéquation de la Commission européenne concernant le pays tiers vers lequel les données à caractère personnel sont transférées ; (article 67 de la LTD)

⁵ L'article 33 de la LTD stipule :

"§ 1^{er}. Le traitement est licite si :

1^o il est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée par une autorité compétente pour les finalités énoncées à l'article 27 ; et

2^o s'il est fondé sur une obligation légale ou réglementaire.

§ 2. L'obligation légale ou réglementaire régit au moins les catégories de données à caractère personnel devant faire l'objet d'un traitement et les finalités du traitement."

- soit en prévoyant des garanties appropriées via :
 - un instrument juridiquement contraignant avec le pays tiers en question, comme les accords internationaux soumis dans le cadre du présent avis ; (article 68, § 1^{er}, 1^o de la LTD)
 - une évaluation de toutes les circonstances du transfert de données à caractère personnel par le responsable du traitement au terme de laquelle ce dernier conclut qu'il existe des garanties appropriées (article 68, § 1^{er}, 2^o de la LTD).

10. Afin d'être licite, le traitement de données doit être nécessaire à l'exécution d'une mission par une autorité compétente pour la prévention et la détection d'infractions pénales, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière ou l'exécution de sanctions pénales et doit être fondé sur une obligation légale ou réglementaire (qui régit au moins les finalités du traitement et les catégories de données à caractère personnel qui seront traitées à cet effet) (voir l'article 33 de la LTD). Ces finalités doivent avoir été définies dans le droit interne.

11. Comme déjà indiqué ci-avant, les principes, règles et obligations des autorités belges compétentes en la matière au niveau de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, au niveau de l'extradition et au niveau du transfèrement de personnes (condamnées) sont défini(e)s dans :

- la loi du 9 décembre 2004 *sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle* ;
- la loi *sur les extraditions* du 15 mars 1874 et
- la loi du 23 mai 1990 *sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées, la reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition ainsi que la reprise et le transfert de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté*.

12. L'avant-projet de loi n'apporte pas de modification à ces réglementations. Dès lors, elles ne font pas l'objet du présent avis.

Les accords internationaux soumis pour avis prévoient généralement explicitement qu'une suite ne peut être donnée aux demandes qui y sont décrites dans le cadre d'une coopération en matière pénale que conformément à la réglementation nationale de la partie sollicitée et à condition que cette réglementation ne s'y oppose pas. Ceci est extrêmement important, en particulier dans la mesure où la réglementation belge prévoit les garanties nécessaires au niveau du respect des droits (de l'homme)

fondamentaux et des libertés fondamentales et rejette ainsi en principe les demandes de coopération internationale en matière pénale contraires à ceux-ci/celles-ci⁶.

13. Les articles soumis pour avis (voir le point 1) des accords internationaux auxquels l'avant-projet de loi vise l'assentiment constituant, selon le demandeur, l'instrument juridiquement contraignant qui doit assurer des 'garanties appropriées pour la protection des données à caractère personnel' dans le cadre de leur transfert vers respectivement l'Inde, les Émirats arabes unis et l'Iran.

14. Bien que ces 'garanties appropriées' ne soient pas énumérées en tant que telles dans le Chapitre V de la LTD, elles doivent en principe pouvoir assurer que les personnes dont des données à caractère personnel sont transférées vers un pays tiers bénéficient d'un niveau de protection qui correspond, dans les grandes lignes, au niveau de protection garanti en la matière au sein de l'Union européenne/en Belgique, tel qu'encadré au Titre 2 de la LTD, en exécution de la Directive en matière de protection des données dans le domaine répressif.

15. Dès lors, l'Autorité estime que les accords internationaux - afin de pouvoir servir d'instrument juridiquement contraignant au sens de l'article 68, § 1^{er}, 1^o de la LTD -, doivent comporter le respect de plusieurs 'exigences minimales' en matière de protection des données dans ce contexte répressif découlant du Titre 2 de la LTD, en particulier au niveau :

⁶ À cet égard, on peut en particulier faire référence à :

- l'article 4, § 2 de la loi précitée du 9 décembre 2004 :

"L'exécution d'une demande visée au § 1^{er} est refusée si :

1^o l'exécution est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la Belgique ;

2^o la demande concerne des faits qui, en Belgique, sont constitutifs d'infractions politiques ou connexes à de telles infractions ;

3^o la procédure dans laquelle cette demande s'inscrit est motivée par des raisons liées à la prétendue race, au sexe, à la couleur, aux origines ethniques ou sociales, aux caractéristiques génétiques, à la langue, à la religion ou aux convictions, aux opinions politiques ou à toute autre opinion, à l'appartenance à une minorité nationale, à la fortune, à la naissance, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle ; 4^o la demande se rapporte à une infraction passible de la peine de mort dans l'État requérant, à moins : (...)"

- l'article 2 bis de la loi susmentionnée du 15 mars 1874 sur les extraditions :

"L'extradition ne peut être accordée s'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons.

L'extradition ne peut davantage être accordée s'il existe des risques sérieux que la personne, si elle était extradée, serait soumise dans l'État requérant à un déni flagrant de justice, à des faits de torture ou des traitements inhumains et dégradants.

Lorsque l'infraction, pour laquelle l'extradition est demandée, est punissable de la peine de mort dans l'État requérant, le gouvernement n'accorde l'extradition que si l'État requérant donne des assurances formelles que la peine de mort ne sera pas exécutée."

- l'article 2 de la loi susmentionnée du 23 mai 1990 :

"Le transfèrement vers un État étranger ne peut être accordé s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'en cas d'exécution de la peine ou de la mesure dans l'État étranger, la situation de la personne condamnée risque d'être aggravée par des considérations de race, de religion ou d'opinions politiques."

1. de l'objectif et du champ d'application : définition claire et explicite des finalités visées par le transfert avec mention des catégories de données à caractère personnel qui seront traitées à cet effet ;
2. des définitions des notions de base (qui sont utilisées) ;
3. des principes de base en matière de protection des données au sujet desquels il est explicitement précisé que ceux-ci seront garantis par les deux parties, en particulier :
 - limitation des finalités
 - minimisation des données et exactitude des données
 - limitation de la conservation
 - sécurité et confidentialité des données
4. des droits des personnes concernées, en particulier :
 - information
 - accès/rectification/effacement/limitation
 - possibilité de limitations des droits des personnes concernées
5. de la limitation du transfert ultérieur et du partage de données;
6. de la possibilité de recours effective et efficace;
7. du contrôle indépendant afin de garantir une application effective des règles applicables en matière de protection des données ;
8. des catégories particulières de données à caractère personnel dont le traitement - vu les risques spécifiques que celui-ci implique - doit être encadré de garanties spécifiques ;
9. de la responsabilité ou 'accountability'.

1. Objectif et champ d'application

16. Le champ d'application des accords internationaux doit être clairement déterminé et les finalités de ceux-ci doivent être définies de manière explicite et spécifique.

17. En outre, les catégories de données à caractère personnel concernées qui sont transférées et traitées dans le cadre de l'accord doivent être mentionnées clairement.

2. Définitions

18. Les accords internationaux doivent contenir des définitions des notions de base relatives à la protection des données qui sont importantes pour l'accord en question. Celles-ci doivent refléter (ce qui ne veut pas dire être identiques aux) les notions telles que reprises au Titre 2 de la LTD (transposant la Directive en matière de protection des données dans le domaine répressif), en

particulier son article 26. Dans ce cadre, on peut notamment penser aux définitions importantes suivantes : données à caractère personnel, traitement de données à caractère personnel, autorités compétentes, responsable du traitement, sous-traitant, destinataire, données sensibles (données génétiques, données biométriques, données concernant la santé), brèche de sécurité et autorité de contrôle.

3. Principes de base en matière de protection des données

19. Les accords internationaux doivent contenir des formulations spécifiques établissant que les principes de base en matière de protection des données sont garantis par les deux parties.

3.1 Principe de limitation des finalités (articles 28, 2° et 29 de la LTD)

20. Les accords internationaux doivent reprendre explicitement les finalités spécifiques (en vue de la prévention et la détection des infractions pénales ainsi que des enquêtes et des poursuites en la matière ou de l'exécution de sanctions pénales) pour lesquelles les données à caractère personnel seront transférées et traitées. En outre, il faut garantir que les données ne seront pas traitées ultérieurement pour des finalités incompatibles.

21. Afin de prévenir le risque de 'glissement de finalité' ou de 'détournement de finalité', de tels accords internationaux doivent également indiquer explicitement que les données transférées ne peuvent pas être utilisées pour d'autres finalités que celles mentionnées expressément dans l'accord, à moins qu'il s'agisse d'une finalité compatible avec l'utilisation initiale et que l'autorité effectuant le transfert n'ait donné son autorisation à cet effet, après notification.

3.2 Minimisation des données et exactitude (articles 28, 3° et 4° et 32 de la LTD)

22. L'accord international doit mentionner que les données transférées et traitées ultérieurement sont adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire pour les finalités pour lesquelles elles sont transférées et traitées. Cela doit empêcher que dans la pratique, des données non adéquates ou excessives soient transférées.

23. En outre, les données doivent être exactes et à jour, vu la nature et la finalité du traitement concerné. En particulier dans le cadre de procédures judiciaires, les déclarations contenant des données à caractère personnel sont souvent basées sur une perception subjective d'individus et ne sont donc pas toujours vérifiables. Dès lors, l'exigence d'exactitude doit, dans ce contexte, concerner le fait qu'une déclaration spécifique a été faite plutôt que l'exactitude de la déclaration elle-même.

24. Il faut également veiller à ce que des données à caractère personnel qui sont inexactes, incomplètes ou qui ne sont plus actuelles ne soient pas transférées ou mises à disposition et que des procédures soient instaurées pour corriger ou supprimer les données inexactes.

Un accord international doit par conséquent aussi établir que la partie qui transfère les données contrôlera toujours (en respectant toutes les mesures raisonnables possibles) que les données à caractère personnel transférées dans le cadre de l'accord soient exactes et, le cas échéant, à jour.

Par ailleurs, l'accord doit établir que si une des parties apprend que des données inexactes ou obsolètes ont été transférées ou sont traitées, cette partie doit en informer l'autre partie sans délai.

Enfin, l'accord doit garantir que lorsqu'il est confirmé que les données qui ont été transférées ou qui sont traitées sont inexactes, chaque partie qui traite les données prendra des mesures pour corriger ou effacer les informations.

3.3 Limitation de la conservation (articles 28, 5° et 30 de la LTD)

25. Les parties doivent veiller à ce que l'accord international contienne une clause relative à la conservation des données. Cette clause doit préciser spécifiquement que les données à caractère personnel ne seront pas conservées pour une durée indéterminée, mais qu'elles seront uniquement conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles ont été transférées et traitées ensuite.

Dans ce cadre, il peut s'agir d'une durée déterminée ou d'une évaluation périodique de la nécessité de la conservation des données à caractère personnel (ou d'une combinaison des deux).

26. Si aucun délai de conservation maximal n'a (encore) été défini dans le droit interne d'un pays, ce délai de conservation maximal doit être défini dans le texte de l'accord.

3.4 Sécurité et confidentialité (articles 28, 6°, 50 et 51 de la LTD et article 10, § 2 de la LTD)

27. Les parties doivent s'engager à garantir la sécurité et la confidentialité des données à caractère personnel qui font l'objet des transferts et des traitements qu'elles exécutent.

28. Les parties doivent notamment assurer qu'elles ont pris des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour sécuriser les données à caractère personnel et donc les protéger contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle.

29. Lors de la détermination du niveau de protection, il faut tenir compte d'une part de l'état des connaissances et des coûts de la mise en œuvre et d'autre part, de la nature, de la portée, du contexte

et des finalités du traitement, ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, que présente le traitement pour les droits et libertés des personnes physiques.

30. Des canaux de communication sûrs (avec lesquels il est possible de prévoir un chiffrement lors du transfert) doivent être déployés entre les autorités compétentes des états contractants, ainsi que des mécanismes notifiant les violations de données.

31. Les accords internationaux peuvent ensuite établir que si une des parties est au courant d'une violation de données à caractère personnel, celle-ci en informera l'autre partie sans délai et elle utilisera des moyens raisonnables et appropriés pour remédier à la violation de données à caractère personnel et endiguera au maximum les éventuelles conséquences négatives.

Il est recommandé de définir dans l'accord international le calendrier pour la notification d'une violation de données à caractère personnel et, le cas échéant, les procédures permettant d'en informer la personne concernée ou l'autorité de contrôle.

32. Pour le traitement de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions pénales ou aux mesures de sûreté connexes, il est préférable de convenir que le responsable du traitement établira une liste des catégories de personnes ayant accès aux données à caractère personnel avec une description de leur fonction par rapport au traitement.

Les personnes ainsi désignées doivent être tenues, par une obligation légale ou statutaire ou par une disposition contractuelle équivalente, au respect du caractère confidentiel des données visées.

4. Droits des personnes concernées (articles 36 e.s. de la LTD)

33. Les droits dont disposent les personnes concernées, y compris les engagements spécifiques pris par les parties pour prévoir ces droits, doivent être repris dans l'accord. Afin d'être efficace, l'accord international doit prévoir des mécanismes qui garantissent leur application dans la pratique. En outre, pour chaque violation des droits d'une personne concernée, une voie de recours appropriée doit pouvoir être invoquée.

4.1 Droit à l'information (articles 36 et 37 de la LTD)

34. Les personnes concernées doivent être informées de tous les éléments importants du traitement de leurs données à caractère personnel. Ces informations doivent être aisément accessibles et compréhensibles et contiennent au moins la finalité du traitement, l'identité du responsable du traitement, la base juridique du traitement, les droits qui leur sont conférés (dont également le droit

d'introduire une plainte auprès de l'autorité de contrôle) ainsi que d'éventuelles informations complémentaires nécessaires pour assurer un traitement loyal et transparent.

4.2 Droit d'accès/de rectification/à l'effacement/à la limitation (articles 38 et 39 de la LTD)

35. La personne concernée a le droit d'obtenir la confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées et, dans l'affirmative, d'accéder à ses données.

36. Le droit d'accès est particulièrement important et constitue la base pour l'exercice des autres droits des personnes concernées. Le droit d'accès permet en effet d'avoir une idée du traitement effectif des données à caractère personnel des personnes concernées et des conséquences de ce traitement. Le droit d'accès est d'ailleurs également mentionné explicitement à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

37. Le droit d'accès doit, le cas échéant, au moins permettre d'obtenir les renseignements suivants : les finalités et la base juridique du traitement, les catégories de données à caractère personnel concernées, les catégories de destinataires, la durée de conservation (ou les critères utilisés pour déterminer cette durée), la source des données et les droits conférés à la personne concernée (dont également le droit d'introduire une plainte auprès de l'autorité de contrôle).

38. Les personnes concernées doivent en principe avoir le droit de faire corriger les données à caractère personnel les concernant, en particulier lorsque celles-ci sont inexactes ou incomplètes.

39. Les personnes concernées ont également un droit à l'effacement de leurs données lorsque le traitement de celles-ci n'est plus nécessaire ou est illicite.

40. L'exercice de ces droits ne peut pas être trop compliqué pour la personne concernée.

4.3 Limitations des droits des personnes concernées

41. En particulier dans le contexte répressif, il peut y avoir des raisons légitimes de limiter ou de retarder certains droits des personnes concernées, plus précisément pour :

- éviter de gêner des enquêtes, des recherches, des procédures pénales ou autres procédures réglementées ;
- éviter de nuire à la prévention ou à la détection d'infractions pénales, aux enquêtes ou aux poursuites en la matière ou à l'exécution de sanctions ;
- protéger la sécurité publique ou la sécurité nationale;
- protéger les droits et libertés d'autrui

et ce dans la mesure où et aussi longtemps qu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique⁷, en tenant dûment compte des droits fondamentaux et des intérêts légitimes de la personne physique concernée.

42. Quoi qu'il en soit, toute éventuelle limitation doit être temporaire et ne pas être générale et elle ne peut en aucun cas aboutir à l'annulation complète des droits concernés.

5. Limitations des transferts ultérieurs et du partage des données reçues (articles 29 et 66, § 1^{er}, 5° de la LTD)

43. Un transfert ultérieur des données à caractère personnel reçues par la (première) partie destinataire doit en principe être exclu par l'accord international.

44. Dans des situations et des circonstances exceptionnelles, de tels transferts peuvent quand même être autorisés dans l'accord international à condition que :

- le principe de limitation des finalités soit respecté ;
- le destinataire ultérieur/tiers soit une autorité compétente pour les finalités répressives ;
- il y ait une base juridique pour ces transferts ;
- ces transferts soient toujours soumis à l'autorisation explicite de la partie qui transfère les données et
- le destinataire ultérieur/tiers s'engage à respecter les mêmes garanties que celles reprises dans l'accord international, assurant une continuité du 'niveau de protection adéquat'.

45. Les mêmes garanties doivent, le cas échéant, s'appliquer au partage des données à caractère personnel transférées au sein du même pays (destinataire).

46. Il faut prévoir un mécanisme informant l'autorité compétente de l'état en question du projet de transfert ultérieur afin qu'elle puisse ensuite l'autoriser. Pour pouvoir parler dans ce cadre d'un consentement éclairé dans le chef de la partie qui transfère les données, la partie destinataire doit en effet fournir suffisamment d'informations sur les catégories de données à caractère personnel qu'elle a l'intention de transférer ou de partager ainsi que sur les raisons et les finalités pour lesquelles ce transfert ou ce partage est nécessaire et elle doit aussi indiquer les destinataires tiers.

⁷ L'Autorité attire l'attention sur sa remarque préliminaire en la matière formulée au point 8 du présent avis.

6. Possibilité de recours effective et efficace

47. Les personnes concernées doivent toujours avoir accès à des possibilités de recours efficaces afin de se défendre contre des traitements de données illicites et de pouvoir faire valoir leurs droits en tant que personnes concernées. Une réglementation ou un accord qui n'offre pas de recours à un individu pour faire valoir les droits qui lui sont conférés viole l'essence du droit fondamental à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, tel que décrit à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸.

48. Afin de garantir les droits opposables et effectifs des personnes concernées, l'accord international doit prévoir un système permettant aux personnes concernées de conserver la possibilité d'invoquer des mécanismes de recours après que leurs données ont été transférées à un pays tiers. Ces mécanismes de recours doivent offrir aux personnes confrontées au non-respect des dispositions de l'accord une possibilité de recours et donc offrir aux personnes concernées dont les données à caractère personnel ont été transférées la possibilité d'introduire une plainte relative à un tel non-respect et de faire traiter cette plainte. Il faut notamment veiller à ce que la personne concernée puisse soumettre sa plainte de manière efficace aux organismes publics qui sont parties à l'accord international et à ce qu'elle puisse la soumettre (immédiatement ou après interpellation de la partie en question) à un organe de contrôle indépendant. En principe, un recours juridictionnel doit en outre être disponible.

49. Premièrement, l'état/l'organisme public destinataire doit s'engager à mettre en place un mécanisme lui permettant de traiter et de solutionner efficacement et en temps opportun les plaintes de personnes concernées relatives au respect des garanties convenues en matière de protection des données. De plus, les personnes concernées doivent disposer de la possibilité d'intenter un recours effectif devant un organe de contrôle indépendant, incluant, si celle-ci est disponible, une autorité de protection des données indépendante.

50. Deuxièmement, l'accord doit permettre un recours juridictionnel, y compris une réparation, aussi bien pour un dommage matériel que pour un préjudice moral, résultant du traitement illicite des données à caractère personnel. S'il n'est pas possible de garantir un recours juridictionnel effectif, par

⁸ L'article 47 de la Charte européenne dispose :

"Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article..

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice."

exemple en raison de limitations en droit interne ou en raison du statut spécifique de l'organisme public destinataire, l'accord international doit prévoir des garanties alternatives. Ces garanties alternatives doivent offrir aux personnes concernées des garanties qui correspondent, dans une large mesure, aux garanties requises en vertu de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹.

51. Pour tous les mécanismes de recours précités, l'accord international doit contenir pour les parties l'obligation de s'informer mutuellement des résultats des procédures, notamment si une plainte d'une personne est rejetée ou n'est pas solutionnée.

7. Contrôle indépendant

52. Afin de garantir que toutes les obligations créées en vertu de l'accord international sont remplies, l'accord international doit prévoir un contrôle indépendant permettant de contrôler l'application correcte de l'accord et de surveiller les manquements aux droits prévus par l'accord.

53. Premièrement, l'accord doit prévoir un contrôle interne grâce auquel le respect de l'accord est garanti. Chaque partie à l'accord doit procéder à des contrôles internes périodiques des procédures définies et de l'application effective des garanties prévues par l'accord¹⁰. Dans ce cadre, les parties doivent coopérer : réagir aux questions des uns et des autres et communiquer les résultats de ce(s) contrôle(s) à l'autre partie.

54. En outre, l'accord international doit reprendre l'obligation qu'une partie informe sans délai l'autre partie si, pour une quelconque raison, elle n'est pas en mesure d'exécuter effectivement les garanties dans l'accord. Dans ce cas, l'accord international doit prévoir la possibilité de suspendre ou de mettre un terme au transfert de données à caractère personnel jusqu'à ce que la partie destinataire confirme être à nouveau en mesure d'honorer toutes les garanties convenues. Il est également préférable de notifier cette information auprès de l'autorité de contrôle nationale compétente.

⁹ Dans ce cas, l'accord international pourrait être assorti d'une structure permettant à la personne concernée de faire valoir ses droits en dehors du tribunal, par exemple via des mécanismes quasi judiciaires contraignants tels que l'arbitrage ou des mécanismes alternatifs de règlement des litiges comme la médiation, qui pourraient garantir un jugement indépendant et seraient contraignants pour l'organisme public destinataire. En outre, l'organisme public qui transmet les données à caractère personnel pourrait engager sa responsabilité pour la réparation à la suite du traitement illicite des données à caractère personnel qui transparaît du contrôle indépendant.

¹⁰ Cela implique également de vérifier si une législation interne a subi des modifications qui empêchent qu'une partie respecte les principes de protection des données et les garanties en la matière dans l'accord.

55. Deuxièmement, l'accord doit prévoir un contrôle indépendant qui doit garantir que les parties respectent les dispositions définies dans l'accord. Cela découle directement des articles 8¹¹ et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'accord pourrait par exemple recourir au contrôle par une autorité de contrôle compétente si celle-ci existe dans le pays tiers vers lequel les données à caractère personnel sont transférées. L'accord pourrait aussi reprendre l'engagement volontaire de la partie destinataire de coopérer avec l'autorité de contrôle belge.

S'il n'existe pas dans le pays tiers une autorité de contrôle chargée spécifiquement du contrôle du droit en matière de protection des données, d'autres moyens doivent être utilisés pour établir un mécanisme de contrôle indépendant, effectif et impartial¹².

8. Catégories particulières de données à caractère personnel (articles 34 et 60 de la LTD)

56. Dans la mesure où leur traitement est strictement nécessaire, un accord international peut également explicitement prévoir le transfert de données à caractère personnel sensibles ("*qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, ou l'appartenance syndicale*", et "[les] données génétiques, [les] données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, [les] données concernant la santé ou [les] données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle"). Des garanties supplémentaires doivent alors être reprises¹³.

57. L'Autorité rappelle qu'un transfert de données à caractère personnel (sensibles) doit toujours être exclu de procédures et de demandes (potentiellement) motivées par des raisons liées à la prétendue race, au sexe, à la couleur, aux origines ethniques ou sociales, aux caractéristiques génétiques, à la langue, à la religion ou aux convictions, aux opinions politiques ou à toute autre opinion, à l'appartenance à une minorité nationale, à la fortune, à la naissance, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle¹⁴.

¹¹ L'article 8.3 de la Charte européenne dispose ce qui suit : "*Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.*"

¹² Un organe de contrôle doit en particulier être indépendant et impartial et doit disposer de compétences répressives effectives. Dans ce contexte, l'organe de contrôle doit avoir la compétence de mener, de sa propre initiative, des enquêtes et éventuellement d'intervenir en droit. Il doit également pouvoir assister et conseiller les personnes concernées dans l'exercice de leurs droits et traiter des plaintes en matière de traitements de données.

¹³ Ces garanties peuvent par exemple comporter des limitations comme des limitations d'accès, des limitations des finalités pour lesquelles les données peuvent être traitées, des limitations au transfert ultérieur, etc. ou des garanties spécifiques, par exemple des mesures de sécurité supplémentaires impliquant que le personnel ayant accès à ces données soit obligé de suivre une formation spécialisée.

¹⁴ Voir également le point 12 du présent avis et en particulier l'article 4, § 2 de la loi du 9 décembre 2004 *sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle*.

58. Pour le traitement de ces catégories particulièrement sensibles de données à caractère personnel, les responsables du traitement, conformément à l'article 34, § 2 de la LTD, établissent quoi qu'il en soit une liste des catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel avec une description de leur fonction par rapport au traitement.

Les personnes ainsi désignées doivent être tenues au respect du caractère confidentiel des données visées par une obligation légale ou statutaire ou par une disposition contractuelle équivalente.

9. Responsabilité ou 'accountability' (articles 50 et 51 de la LTD)

59. Il appartient tout d'abord à l'autorité compétente de l'état qui transfère les données (au besoin, avec l'aide de l'autorité compétente qui reçoit les données) d'évaluer si la liste des garanties reprises dans l'accord international peut être respectée dans la pratique, compte tenu de l'ingérence possible du système juridique de ce pays tiers dans le respect de ces garanties.

En effet, en vertu de sa responsabilité, le responsable du traitement doit garantir activement et en continu une protection des données effective en prenant des mesures techniques et organisationnelles légales, en les évaluant et éventuellement en les actualisant et il doit également pouvoir le démontrer.

60. Le cas échéant, si le respect des garanties appropriées ne peut pas être garanti, le transfert devra être suspendu ou il faudra mettre un terme à l'accord.

PAR CES MOTIFS, l'Autorité,

souligne l'importance de lui demander au préalable son avis de manière à ce que le résultat puisse encore produire des effets dans les textes soumis (voir le point 7) ;

souligne l'importance d'un certain nombre d'exigences minimales en matière de protection des données qui doivent se refléter dans l'instrument juridiquement contraignant dont il est question à l'article 68, § 1^{er}, 1^o de la LTD afin que celui-ci puisse assurer des garanties appropriées en la matière (voir les points 15 e.s.).

Pour le Centre de Connaissances,

(sé) Jean-Michel Serna - Responsable a.i. du Centre de Connaissances