

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection des données à l'ère du numérique

Kwasny, Sophie; De Terwangne, Cecile

Published in:
Dalloz IP/IT

Publication date:
2020

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Kwasny, S & De Terwangne, C 2020, 'La protection des données à l'ère du numérique: la convention 108+, parente et nécessaire alliée du RGPD', *Dalloz IP/IT*, Numéro 11, p. 607-611. <<http://www.crid.be/pdf/crid5978-18657.pdf>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PROTECTION DES DONNÉES À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE : LA CONVENTION 108+, PARENTE ET NÉCESSAIRE ALLIÉE DU RGPD

À l'ère des échanges instantanés et internationaux d'informations, il faut exploiter tous les outils de protection qui existent. En matière de protection des données, cela implique de dépasser les seuls cadres nationaux et de l'Union européenne pour saisir le potentiel du multilatéralisme offert par un outil unique : la Convention 108+ du Conseil de l'Europe. Cette convention, qui est parfaitement articulée avec le RGPD, a vocation à permettre le renforcement d'un large espace juridique harmonisé du droit à la protection des données.

Sophie Kwasny

Chef de l'Unité de protection des données du Conseil de l'Europe

et Cécile de Terwangne

Professeur à la Faculté de droit et directrice de recherches au Centre de recherche Information, Droit et Société (CRIDS), Université de Namur

Le RGPD, acronyme dont nul n'ignore désormais la signification (règlement général sur la protection des données¹), a été adopté par l'Union européenne (Bruxelles). Mais connaissez-vous également ses origines ? Savez-vous que le RGPD n'est autre que le descendant d'une Convention du Conseil de l'Europe (Strasbourg), plus connue des spécialistes sous le nom de « Convention 108 » ? Cette convention fêtera l'année prochaine ses 40 ans, et non peu fière des avancées qu'elle a permises au fil de ces décennies, elle s'est offert une nouvelle jeunesse. Une version actualisée de la Convention permet désormais une parfaite articulation avec le cadre de l'Union européenne et constitue un vecteur unique de promotion de nos principes de protection des données au-delà des frontières de l'Europe.

I – LES ORIGINES

Le 28 janvier 1981² voyait le jour à Strasbourg le premier – et toujours le seul – traité international portant sur le droit à la protection des données : la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, dite « Convention 108 ».

¹ Règl. (UE) 2016/679 du 27 avr. 2016.

² Le 28 janvier marque chaque année la Journée de la Protection des données, célébrant ainsi l'anniversaire de la Convention 108.

La Convention est un outil d'harmonisation législatif : par elle, des pays s'engagent à prendre dans leur droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux principes qu'elle pose. Elle a ainsi contribué à l'adoption de nombreuses législations de protection des données de par le monde, qui toutes sont fondées sur la même assise : protéger les personnes et faciliter la circulation de l'information.

A – Protéger les personnes

La Convention 108 contient, avec son protocole additionnel de 2001, le noyau essentiel de tout régime de protection des données. Son essence est de garantir, à toute personne, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement de ses données à caractère personnel³.

Ses principes portent notamment sur le caractère licite et loyal du traitement des données, la finalité déterminée et légitime, la limitation de la durée de conservation des données. Ils concernent également la qualité des données et en particulier leur caractère adéquat, pertinent et non excessif (proportionnalité) ou encore leur exactitude, le renforcement de la protection des données dites sensibles, l'information de la personne concernée et son droit d'accès et de rectification.

Un des atouts majeurs de la Convention tient à son champ d'application large : elle s'applique aussi bien au secteur public qu'au secteur privé, et à l'ère des scandales liés à des motifs de sécurité nationale ou à des modèles d'entreprises douteux, elle offre des garanties fondamentales.

II – ET DEMAIN ?

Soucieux de conserver la pertinence de cet instrument phare en l'adaptant aux réalités du monde numérique dans

B – Faciliter la circulation de l'information

Le préambule de la Convention 108 donne clairement le ton : il y est question de « l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel », de « liberté d'information sans considération de frontières » et de « la libre circulation de l'information entre les peuples ».

C'est une des raisons d'être de la Convention : permettre la libre circulation des données à caractère personnel entre les pays qui se sont engagés à respecter ses dispositions et qui garantissent donc un niveau équivalent de protection des données. Et ces pays sont aujourd'hui nombreux puisque pas moins de 55 États se sont engagés en ce sens⁴. C'est ce qui fait la force et, aujourd'hui encore, la nature unique de cette convention : elle est ouverte à tout pays qui se conforme à ses dispositions. Il n'existe aucun autre instrument juridique multilatéral contraignant en la matière. Les États qui souhaitent s'engager au niveau international à un respect fort du droit à la protection des données n'ont qu'une option : Strasbourg. Et entre Strasbourg et Bruxelles, les liens sont anciens et étroits. Le RGPD, bien qu'innovant, n'est pas une révolution mais une évolution. Il fait suite à la directive 95/46/CE⁵ et c'est précisément dans ce texte qu'est traduit de façon explicite le lien de filiation entre la Convention 108 et le cadre juridique de l'Union européenne en matière de protection des données. Le considérant 11 de la directive indiquait en effet que « les principes de la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la présente directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ».

lequel nous vivons, le Conseil de l'Europe a adopté en 2018 un Protocole d'amendement⁶ qui actualise la Convention 108,

Le RGPD, bien qu'innovant, n'est pas une révolution mais une évolution

³ Convention 108, art. 1^{er}.

⁴ À savoir, les 47 États membres du Conseil de l'Europe ainsi que l'Argentine, le Cap Vert, Maurice, le Maroc, le Mexique, le Sénégal, la Tunisie et l'Uruguay.

⁵ Dir. (CE) 95/46 du 24 oct. 1995.

⁶ Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE n° 223) adopté le 18 mai 2018 à Elsenauer.

et livre la « Convention 108+ ». Afin de maintenir la nécessaire complémentarité des deux cadres juridiques parents, celui de la Convention et celui de l'Union européenne, les négociations menées à Strasbourg et à Bruxelles ont veillé à la cohérence des instruments, condition essentielle à leur convergence et influence à l'échelle mondiale.

A – Nouveautés

La version modernisée de la Convention 108 entend ainsi répondre aux défis que pose, au regard du droit au respect de la vie privée, l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Elle renforce par ailleurs le mécanisme visant à garantir sa mise en œuvre effective (le respect des engagements pris pourra désormais être vérifié par le Comité qui est institué par la Convention).

La Convention 108+ contient d'importantes innovations : elle consolide la condition de proportionnalité exigée pour le traitement des données et consacre le principe de minimisation des données. Elle fait obligation de notifier les failles de sécurité. Elle renforce également la responsabilité de ceux qui sont en charge du traitement des données ainsi que sa transparence, essentielle pour préserver la confiance dans l'environnement numérique.

La version actualisée de la Convention exige aussi que le responsable du traitement procède, préalablement au traitement, à l'examen de son impact potentiel sur les droits et libertés fondamentales des personnes concernées. Son nouvel article 10 prévoit également que les traitements des données à caractère personnel doivent intégrer dès leur conception le droit au respect de la vie privée (*privacy by design*).

La Convention 108+ renforce aussi l'arsenal des droits des personnes concernées, en particulier à l'intention de celles dont les données personnelles sont

utilisées dans un contexte décisionnel algorithmique. C'est sur ce dernier point que nous nous concentrerons ici. Il est apparu impératif pour les auteurs de la modernisation de la Convention 108 de consacrer en premier lieu le droit pour toute personne de « 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 »⁷.

Présenté comme premier droit de la personne concernée, il découle de la volonté farouche que l'homme ne soit pas soumis entièrement à la machine. Il n'est pas souhaitable qu'une décision qui s'impose à un individu dépende des seules conclusions d'une machine. C'est là l'expression de la prééminence à accorder à la dignité humaine.

Or, l'approche de plus en plus suivie aujourd'hui est de s'en remettre à un « ordinateur » et aux algorithmes qu'il exécute pour décider du sort à réserver à un individu (le considérer ou non comme fraudeur fiscal, comme cible de *marketing* ou comme voyageur candidat terroriste, ...). Au nom de la dignité humaine, il est crucial que l'individu puisse faire valoir de manière effective son point de vue, ses arguments et puisse, par là, contester la décision. « En particulier, la personne concernée doit avoir la possibilité de prouver l'inexactitude éventuelle des données à caractère personnel avant leur utilisation, l'inadéquation du profil qu'il est prévu d'appliquer à sa situation particulière ou d'autres facteurs qui auront un impact sur le résultat de la décision automatisée »⁸.

Au titre des nouveautés de la Convention modernisée, il faut enfin noter que le Protocole d'amendement renforce l'indépendance, les pouvoirs et les moyens d'action des autorités de contrôle (en France, la CNIL) dont le rôle est absolument essentiel à tout système moderne de protection des données.

*Volonté farouche
que l'homme ne
soit pas soumis
entièrement à la
machine*

⁷ Convention 108+, art. 9.51 a.

⁸ Rapport explicatif de la Convention 108+, paragraphe 75.

*La Convention
108 a été conçue
pour servir de
passerelle entre
diverses régions
du monde*

Si cet exercice de mise à jour de la Convention a nécessité de nombreuses années de négociation, c'est notamment afin d'assurer la parfaite cohérence et compatibilité de la Convention et du cadre juridique de l'Union européenne. N'oublions pas en effet que tous les États membres de l'Union européenne sont à la fois tenus par le cadre législatif de l'Union et la Convention, qu'ils ont ratifiée. Si le cadre législatif de l'Union européenne en matière de protection des données se base sur les principes de la Convention 108, il fallait veiller, avec la modernisation des instruments juridiques, à maintenir la parenté, et assurer ainsi de façon commune leur convergence.

B – Convergence et fertilisation croisée

La Convention 108 a été conçue pour servir de passerelle entre diverses régions du monde. Elle est reliée de façon évidente au RGPD, qui y fait explicitement référence dans le contexte des flux transfrontières de données⁹.

Pour l'Union européenne, la Convention 108+, dont l'ADN est commun à celui du RGPD, doit contribuer au plan mondial à une convergence vers un ensemble de normes élevées de protection des données. En ce sens, l'Union européenne encourage l'adhésion à la Convention 108+ de tout État tiers. Cette adhésion est un des éléments pris en compte lors de l'examen du niveau de protection des données assuré par un pays tiers qui sollicite une décision d'adéquation¹⁰. Si la première décision d'adéquation prise sous application du RGPD en faveur du Japon n'a pas permis de prendre en considération l'adhésion à la Convention 108+ (le Japon n'étant pour l'heure pas partie à la Convention), il sera intéressant d'examiner les prochaines décisions d'adéquation. L'attachement de l'Union européenne à la promotion de la Convention 108+ au-delà de ses frontières tient notamment à un atout spécifique de la

Convention modernisée : elle s'applique de façon transversale à tout type de traitement. C'est au titre d'un régime d'exceptions strictes et spécifiques que les États qui s'engagent à respecter ses dispositions peuvent déroger aux principes, sous certaines conditions, dans le cas de traitements réalisés à des fins de sécurité nationale et de défense¹¹. La Convention 108+ présente aussi l'atout d'être rédigée sous forme de principes au caractère général et souple plutôt que de règles précises et approfondies. Ne présageons pas trop de la diffusion d'un modèle aussi accompli et détaillé que le RGPD en dehors de l'Union européenne. Il a fallu des décennies à nos pays européens pour faire évoluer le droit et la pratique de la protection des données et aboutir au niveau du RGPD. Il ne serait pas raisonnable de penser qu'un même niveau de protection effective peut être garanti dans tel ou tel pays du monde qui, il y a à peine quelques temps de cela, n'avait jamais entendu parler de responsable de traitement ni de droit d'accès.

Les liens entre la Convention et l'Union européenne seront d'autant plus proches qu'il sera désormais possible à cette dernière d'adhérer à la Convention et de participer aux travaux de son Comité en qualité de partie. Ceci sera d'autant plus crucial que ce Comité verra à l'avenir ses pouvoirs renforcés.

La Convention 108+, en incitant les pays à faire évoluer leur droit à la protection des données et en leur offrant un forum d'échange et de coopération unique au moyen de son Comité, doit ainsi permettre de renforcer plus avant la protection des données à caractère personnel au plan mondial.

La coopération entre les CNIL du monde (il en existe pour l'heure une centaine) est essentielle à l'effectivité du droit à la protection des données à l'ère numérique : où que nous soyons, nos données traversent une multitude de frontières à chaque clic, nos données sont collectées par les mêmes plateformes et ce sont les

⁹ RGPD, consid. 105.

¹⁰ RGPD, art. 45 ; consid. 105.

¹¹ Convention 108+, art. 11.

mêmes défis que nous devons relever. C'est pour cette raison qu'un chapitre spécifique de la Convention 108+ est dédié à la coopération et l'entraide mutuelle entre autorités de contrôle. Elles sont désormais appelées à coordonner leurs investigations, mener des actions conjointes et s'échanger des informations. La Convention 108+ leur procure la base légale à ces échanges internationaux.

En conclusion, appelons de nos vœux l'adhésion la plus large possible des pays à la Convention 108+, comme l'a fait le rapporteur spécial des Nations unies, le Professeur

CE QU'IL FAUT RETENIR

L'Europe (tant celle de Strasbourg que celle de Bruxelles) est à l'avant-garde de la protection des données depuis des décennies. La Convention 108+ et le RGPD, duo de pointe de la protection des personnes à l'ère numérique, nous offrent depuis 2018 un renouveau à la hauteur des défis mondiaux qui se dessinent.

Joseph A. Cannataci, qui a invité tous les États membres des Nations unies à adhérer à la Convention 108+, qu'il dépeint comme l'alternative mondiale en matière de protection des données la plus réaliste et la plus viable.

À QUOI SERT LE PRINCIPE DE TRANSPARENCE EN DROIT DES DONNÉES PERSONNELLES ?

En 1977, Jean Foyer, alors rapporteur de la loi Informatique et libertés, présente à l'Assemblée nationale le « droit d'accès » que le texte entend consacrer. D'une formule destinée à marquer les esprits, il annonce que les fichiers informatisés deviendront des « maisons de verre ». Les traitements auront lieu au grand jour. Chacun saura quelles informations le concernant sont exploitées, et de quelle manière : l'idée de transparence est déjà bien là, même si ce terme précis n'est pas encore employé.

Emmanuel Netter

Professeur de droit privé à l'Université d'Avignon,
Directeur du LBNC (EA 3788)

Il fait une apparition discrète au détour d'un considérant de la directive de 1995¹, et trône aujourd'hui en majesté au coeur du RGPD². D'abord, au sein des grands principes énumérés par le texte, la transparence occupe le premier rang, au côté de la licéité et de la loyauté (art. 5 §1 a). Ensuite, le chapitre consacré aux droits des personnes concernées s'ouvre par une section « transparence et modalités ».

¹ Dir. (CE) 95/46 du 24 oct. 1995, consid. 63.

² Règl. (UE) 2016/679 du 27 avr. 2016.