

GIOVANNI BUTTARELLI
CONTRÔLEUR ADJOINT

M. Giovanni KESSLER
Directeur général
Commission européenne
Office européen de lutte antifraude
(OLAF)
BE-1049 Bruxelles

Bruxelles, le 3 avril 2012
GB/RDG/et/D(2012)746 C 2012-0086

Objet: Votre consultation concernant la version révisée des clauses contractuelles types de l'OLAF en matière de protection des données à utiliser dans les accords de coopération administrative (ACA) conclus avec les autorités de pays tiers ou des organisations internationales

Monsieur,

Nous vous remercions de votre consultation au titre de l'article 46 du règlement (CE) n° 45/2001 (ci-après, le «règlement») concernant la version révisée des clauses contractuelles types en matière de protection des données à utiliser dans les accords de coopération administrative (ACA) conclus avec les autorités de pays tiers ou des organisations internationales (ci-après, le «projet de clauses contractuelles»).

1. Faits

Le 26 janvier 2012, l'OLAF a soumis au CEPD un ensemble de clauses contractuelles types en matière de protection des données à utiliser dans les ACA conclus avec les autorités de pays tiers ou des organisations internationales en lui demandant son avis, conformément à l'article 28, paragraphe 1, et à l'article 46, point d), du règlement. Le projet de clauses contractuelles est censé revoir et remplacer un ensemble précédent de clauses contractuelles que l'OLAF a soumis au CEPD en 2006 (ci-après, les «clauses contractuelles de 2006»).

Adresse postale: rue Wiertz 60 - B-1047 Bruxelles

Bureaux: rue Montoyer 63

Adresse électronique: edps@edps.europa.eu – Site web: www.edps.europa.eu

Tél.: 02-283 19 00 - Fax: 02-283 19 50

L'OLAF a déclaré que les révisions visent à simplifier le texte afin de le rendre plus intelligible aux parties avec lesquelles il a conclu des ACA.

2. Analyse juridique

2.1. Transferts à des pays tiers en vertu du règlement (CE) n° 45/2001

Conformément à l'article 9, paragraphe 1, du règlement, les transferts de données à caractère personnel à des destinataires autres que les institutions et organes de l'Union, et qui ne sont pas soumis à la législation nationale adoptée en application de la directive 95/46/CE, ne peuvent avoir lieu que pour autant qu'un niveau de protection adéquat soit assuré dans le pays du destinataire ou au sein de l'organisation internationale destinataire, et que ces transferts visent exclusivement à permettre l'exécution des missions qui relèvent de la compétence du responsable du traitement. Cette disposition présente un intérêt particulier dans le cas de l'OLAF étant donné que la plupart des pays tiers ou des organisations internationales destinataires des transferts de données à caractère personnel effectués par l'OLAF ne seraient pas considérés comme assurant un niveau de protection adéquat.

Par dérogation à la règle générale, une institution ou un organe de l'Union peut transférer des données à caractère personnel aux destinataires susmentionnés si l'une des exceptions prévues à l'article 9, paragraphe 6, du règlement s'applique.

Parmi les diverses exceptions énoncées à l'article 9, paragraphe 6, le point d) concernant les transferts nécessaires ou rendus juridiquement obligatoires pour des motifs d'intérêt public importants ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice présente un intérêt particulier pour l'OLAF dans la mesure où bon nombre des transferts internationaux qu'il effectue sont susceptibles de relever de son champ d'application.

Toutefois, un recours systématique aux dérogations ne serait pas pleinement satisfaisant du point de vue de la protection des données. En principe, les transferts basés sur les exceptions susmentionnées ne peuvent être massifs ou structurels. En outre, le CEPD considère que des garanties adéquates doivent être adoptées lorsqu'un transfert qui serait en principe couvert par l'une des dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 6, présente des caractéristiques particulières qui feraient planer des risques disproportionnés sur la protection des droits des personnes concernées. Cela peut être notamment le cas du fait de la nature des données concernées (par exemple, données sensibles), de la finalité du traitement (par exemple, enquêtes pouvant déboucher sur des poursuites pénales) ou du cadre juridique du pays de destination (par exemple, absence ou faible niveau de protection des données).

L'article 9, paragraphe 7, du règlement prévoit un autre cas dans lequel peuvent avoir lieu des transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou des organisations internationales n'assurant pas un niveau de protection adéquat. Conformément à cette disposition, le CEPD peut autoriser un transfert ou une série de transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers ou une organisation internationale n'assurant pas un niveau de protection adéquat lorsque le responsable du traitement présente des garanties adéquates, qui peuvent résulter en particulier de clauses contractuelles appropriées.

La finalité des clauses contractuelles de l'OLAF (tant celles de 2006 que les nouvelles) est d'offrir un cadre de garanties adéquates permettant les transferts vers des pays tiers qui n'assurent pas un niveau de protection adéquate tout en maintenant des garanties suffisantes pour les droits des personnes concernées. Comme évoqué ci-dessus, ces clauses peuvent jouer un rôle tant dans le contexte d'un transfert effectué en vertu d'une dérogation prévue par

l'article 9, paragraphe 6, que dans le cadre d'un transfert ou d'une série de transferts autorisés au titre de l'article 9, paragraphe 7.

2.2. *Évaluation du projet de clauses contractuelles*

Deux questions principales doivent être abordées en ce qui concerne le projet de clauses contractuelles: l'une porte sur leur contenu, l'autre sur leur forme juridique et leur champ d'application matériel. Ces deux aspects seront examinés tour à tour ci-dessous.

2.2.1. Observations relatives aux dispositions de fond

Les clauses contractuelles de 2006 reposaient dans une large mesure sur la décision C(2004)5271 de la Commission approuvant un «*ensemble alternatif de clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers*» (ci-après, les «clauses contractuelles alternatives de la Commission»). Le projet de clauses contractuelles semble au contraire s'écarter de manière significative de ces dernières. Le CEPD considère que ces modifications peuvent avoir pour effet de réduire sensiblement le niveau de garanties et qu'elles doivent en conséquence être reconsidérées. Plus particulièrement, les éléments suivants devraient être revus.

1) Premièrement, il est essentiel que les personnes concernées aient accès à des mécanismes de recours juridique effectif. Le principe de recours juridique effectif est consacré par l'article 41, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Par conséquent, non seulement le projet de clauses contractuelles doit être exécutoire pour les pays ou organisations parties aux ACA, mais les personnes concernées doivent aussi pouvoir le faire appliquer. En outre, l'exportateur de données doit conserver une responsabilité subsidiaire dans les cas où la personne concernée n'est pas en mesure d'exercer ses droits vis-à-vis de l'importateur de données. À cet égard, le CEPD recommande que l'OLAF introduise une disposition relative à la responsabilité et une disposition relative aux droits des tiers, sur le modèle de la clause III des clauses contractuelles alternatives de la Commission.

2) Deuxièmement, le CEPD note que le projet de clauses contractuelles est susceptible de réduire les garanties concernant les obligations de l'importateur. À cet égard, il convient d'observer ce qui suit:

- les points c) et e) de la clause II des clauses contractuelles alternatives de la Commission concernant les lois locales et le point de contact pour les demandes de renseignements, respectivement, ont été retirés. En l'absence d'explication spécifique par l'OLAF, le CEPD recommande de réinsérer ces clauses, étant donné qu'elles jouent un rôle important en contribuant à la protection des droits des personnes concernées;
- la clause 2.4 du projet de clauses contractuelles énonce que la divulgation à des autorités gouvernementales ne peut avoir lieu «qu'avec l'accord explicite de l'autorité d'exportation» (à savoir, l'OLAF) et moyennant certaines conditions supplémentaires que les destinataires doivent respecter concernant la limitation des finalités, le transfert de données et leur diffusion ultérieure. Le CEPD considère que les garanties concernant les transferts ultérieurs doivent être renforcées. En particulier, les destinataires doivent s'engager par écrit à respecter au moins les principes de protection des données énoncés à l'annexe de l'ACA. Avant de donner son accord, l'OLAF doit recevoir un exemplaire de cet engagement et procéder à une évaluation

de la capacité du destinataire de respecter ces règles. En outre, ces transferts ultérieurs doivent être décrits et enregistrés de façon adéquate.

3) Troisièmement, afin de renforcer le niveau de garanties, le CEPD recommande d'insérer les dispositions suivantes dans le projet de clauses contractuelles:

- une clause similaire à la clause V, point c), des clauses contractuelles alternatives de la Commission concernant le respect des décisions de justice;
- une clause obligeant les parties à décrire les détails du transfert et enregistrer les transferts effectués en vertu de l'ACA dans un registre central, conformément à la clause VIII des clauses contractuelles alternatives de la Commission;
- une clause de responsabilité énonçant que l'OLAF et l'autre partie sont tenus, si une demande est faite en ce sens (c'est-à-dire au CEPD, à un arbitre ou à la juridiction compétente, selon le cas), de fournir une preuve suffisante de respect de la réglementation (couvrant la nécessité de démontrer l'efficacité des mesures prises);
- une précision supplémentaire à la clause 7 indiquant que l'ACA peut être dénoncé par n'importe quelle partie ou par l'autorité de contrôle compétente si l'une des conditions visées à la clause VI, point b), sous i), iii) et iv), des clauses contractuelles alternatives de la Commission est remplie.

4) Enfin, le CEPD considère qu'il est important que l'OLAF assure une transparence intégrale des accords en publiant, dans une section spécifique de son site web, le texte de l'ensemble des ACA qu'il a conclus.

2.2.2. Observations relatives à la forme juridique et au champ d'application matériel

Le CEPD salue les efforts de l'OLAF visant à établir un ensemble cohérent de garanties juridiques en vue des transferts de données à caractère personnel aux pays tiers ou aux organisations internationales qui ne garantissent pas une protection adéquate. Il estime que, dès qu'il aura été modifié de manière appropriée à la lumière des recommandations précitées, le projet de clauses contractuelles pourra être utilisé dans le cadre des transferts aux pays tiers sur la base de l'article 9, paragraphe 6, point d), du règlement. À cet égard, il encourage l'OLAF à conclure de tels ACA avec les autorités des pays tiers et les organisations internationales avec lesquelles ce genre de transfert est susceptible d'avoir lieu.

En outre, le projet de clauses contractuelles peut également constituer un bon point de départ en vue d'une autorisation au titre de l'article 9, paragraphe 7, du règlement. À cet égard, le CEPD insiste cependant sur le fait qu'un certain nombre d'aspects formels concernant les parties contractantes et les effets juridiques des ACA doivent encore être clarifiés. En particulier, des informations supplémentaires sont nécessaires concernant les autorités des pays tiers et les organisations internationales spécifiques avec lesquelles ces accords sont conclus. De plus, l'OLAF doit préciser au préalable si l'autre partie est juridiquement habilitée à engager le pays ou l'organisation dont elle relève en vertu du cadre juridique applicable.

Le CEPD note également que les clauses types soumises par l'OLAF semblent avoir un champ d'application illimité. Elles ont apparemment vocation à être négociées avec un groupe non défini d'autorités de pays tiers et d'organisations internationales qui n'offrent pas de protection adéquate et à servir de base juridique générale en vue des mouvements de données

transfrontaliers futurs vers ces autorités et organisations. À cet égard, le CEPD est d'avis que, du fait de leur champ d'application illimité, ces accords pourraient aller au-delà de la notion de «transfert ou série de transferts» pouvant être autorisés par le CEPD en vertu de l'article 9, paragraphe 7, du règlement.

Par conséquent, le CEPD invite l'OLAF à fournir de plus amples renseignements afin de clarifier les aspects précités. En particulier, l'OLAF doit fournir des informations (dans un délai d'un an au plus tard) sur le nombre et les types d'ACA qui ont été conclus, les autorités des pays tiers ou les organisations internationales concernées, les transferts ou séries de transferts ayant été effectués et les mécanismes adoptés afin de vérifier le pouvoir juridique de l'autre partie contractante de donner des garanties et d'honorer les engagements énoncés dans les clauses.

3. Conclusions

Le CEPD salue le projet de clauses contractuelles comme un moyen de renforcer les garanties juridiques offertes aux personnes concernées dans le contexte de transferts à des destinataires qui ne garantissent pas un niveau de protection adéquat sur la base de la dérogation prévue à l'article 9, paragraphe 6, point d), du règlement. À cet égard, il encourage l'OLAF à conclure ce genre d'ACA avec les autorités des pays tiers et les organisations internationales avec lesquelles ces transferts sont susceptibles d'avoir lieu, sous réserve des recommandations suivantes:

- introduire une clause de responsabilité et une clause sur les droits des tiers équivalentes à la clause III des clauses contractuelles alternatives de la Commission;
- réintroduire les clauses équivalentes à la clause II, points c) et e), des clauses contractuelles alternatives de la Commission concernant les lois locales et le point de contact pour les demandes de renseignements, respectivement;
- en ce qui concerne les transferts ultérieurs, introduire à la clause 2.4 du projet de clauses contractuelles l'obligation, pour le destinataire tiers, de s'engager par écrit à respecter les principes de protection des données énoncées dans l'annexe;
- introduire une clause équivalente à la clause V, point c), des clauses contractuelles alternatives de la Commission concernant le respect des décisions de justice;
- introduire une clause obligeant les parties à décrire les détails du transfert et à enregistrer les transferts effectués en vertu de l'ACA dans un registre central conformément à la clause VIII des clauses contractuelles alternatives de la Commission;
- spécifier, à la clause 7, que l'ACA peut être dénoncé par n'importe quelle partie ou par l'autorité de contrôle compétente si l'une des conditions visées à la clause VI, point b), sous i), iii) et iv), des clauses contractuelles alternatives de la Commission est remplie;
- inclure une clause de responsabilité indiquant que l'OLAF et l'autre partie sont tenus, si une demande est faite en ce sens (c'est-à-dire au CEPD, à un arbitre ou à la juridiction compétente, selon le cas), de fournir une preuve suffisante du respect de la réglementation (couvrant la nécessité de démontrer l'efficacité des mesures prises);

- publier, dans une section spécifique du site web de l'OLAF, les ACA conclus avec les autorités de pays tiers et des organisations internationales;
- fournir au CEPD, dans un délai de trois mois, des documents pertinents prouvant la mise en œuvre adéquate et l'adoption des mesures nécessaires afin de garantir le respect du règlement (CE) n° 45/2001 à la lumière des conclusions précitées.

Enfin, le CEPD recommande à l'OLAF de l'informer, dans un délai d'un an au plus tard à compter de la conclusion du premier ACA, du nombre et des types d'ACA conclus, des autorités des pays tiers ou des organisations internationales concernées, des transferts ou séries de transferts ayant été effectués et des mécanismes adoptés afin de vérifier le pouvoir juridique de l'autre partie contractante de donner des garanties et d'honorer les engagements énoncés dans les clauses.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur, l'expression de nos salutations distinguées,

(signé)

Giovanni BUTTARELLI

Cc : M^{me} Laraine LAUDATI, *déléguée à la protection des données de l'OLAF*