

Le nouveau cadre réglementaire de l'UE en matière de protection des données

Questionnaire Thème 2 - FIDE XXIX Congress, La Haye, 2020

Prof. Associé Orla Lynskey (London School of Economics)¹

Introduction générale

Le nouveau paquet de l'Union en matière de protection des données est entré en vigueur en mai 2018 à la suite d'un long processus législatif. Le paquet comprend un règlement général sur la protection des données (règlement 2016/679, ci-après le « RGPD ») et une directive sur l'application de la législation (directive 2016/680, ci-après la « DAL »). Le RGPD vise notamment à « européaniser » le droit en matière de protection des données, ainsi que le rendre plus effectif. L'introduction d'un règlement, au lieu d'une directive, envisage de réduire les divergences nationales en ce qui concerne les dispositions de fond. Également, le RGPD introduit des instruments essentiellement nouveaux pour la mise en vigueur, y compris des recours par des parties privées et des fonctions des autorités de contrôle publics. Bien que la responsabilité pour le contrôle des instruments juridiques fait surtout partie de la mission des autorités de contrôle nationales, la création d'un nouvel organisme européen ayant le pouvoir de rendre des avis ayant de l'effet juridique et, dans les circonstances spécifiques, des décisions contraignantes a la conséquence de centraliser le respect de la protection des données. Il est à espérer que les changements apportés par le RGPD augmenteront au final l'effectivité des droits à la protection des données et au respect de la vie privée prévus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte »). Pourtant, malgré cette évolution vers un cadre juridique vraiment européen de la protection des données, et de façon inhabituelle pour un règlement, le RGPD laisse une grande responsabilité au législateur national, aux autorités nationales chargées de la protection des données (ci-après les « autorités nationales ») et aux tribunaux.

Ce nouveau cadre réglementaire soulève des questions procédurales, de fond et des questions institutionnelles qui seront intéressantes tant pour les juristes généraux de droit de l'Union que pour ceux spécialisés dans des domaines spécifiques substantiels du droit de l'Union.

Les personnes ayant un intérêt pour les questions procédurales et institutionnelles remarqueront que le RGPD contient des dispositions particulières concernant les voies de recours, responsabilités et sanctions. Ces dispositions prévoient des amendes administratives élevées et permettent que les états membres introduisent des sanctions pénales. En plus, les états membres sont en mesure de prévoir des actions par des organisations non gouvernementales représentatives. Ces voies de recours, responsabilités et sanctions détaillées devront être adaptées au système juridique national de sorte qu'elles soient compatibles avec le principe général de l'autonomie procédurale. En outre, les similarités existant entre les possibilités d'exécution forcée prévues par le RGPD et celles applicables aux services financiers dans l'Union (notamment le pouvoir accordé à un organe

¹ o.lynskey@lse.ac.uk

de l'Union de prendre des décisions contraignantes envers les autorités nationales de régulation) ne passeront pas inaperçues.

Sur le fond, l'application de la Charte à la protection des données et de la vie privée a transformé le paysage des droits fondamentaux en Europe. Le questionnaire couvre donc la façon dont la Charte a modifié les systèmes juridiques internes dans ce domaine, ainsi que l'incidence du RGPD sur d'autres droits tels que la liberté d'expression. En outre, le juge de l'Union a repoussé les limites du droit au respect de la vie privée prévu par la Charte dans le contexte de l'application de la loi. La pertinence de cette jurisprudence pour les intérêts nationaux en matière de sécurité et donc pour les questions de souveraineté reste contestée.

Au-delà de ces questions larges de droit de l'Union, le présent questionnaire traite également de questions spécifiques au cadre de protection des données de l'Union. Bien que ces questions soient rédigées d'une façon nécessairement technico-juridique, ses questions présentent un intérêt sociétal certain. Par exemple, à la suite du scandale Facebook-Cambridge Analytica l'intérêt et le débat publics ont été renouvelés quant à la gestion et la récolte de nos données par des géants technologiques et quant au marché conclu avec ces acteurs (à savoir l'accès à des services « gratuits » en échange du traitement de ces données personnelles, point qui est traité par la question 5). De même, la question de savoir si les particuliers doivent avoir le droit d'effacer leurs données du registre public de fait (par exemple, un service de moteur de recherche comme Google) lorsqu'il existe un intérêt public à accéder à cette information est vivement contestée et sera traitée dans la question 8.

Le présent questionnaire ambitionne d'évaluer la manière dont ce nouveau cadre juridique pour la protection des données a été reçu par les différents acteurs au niveau national (en particulier, les juridictions, les parlements nationaux, les autorités nationales de régulation et la société civile). Ces données nationales seront ensuite utilisées pour éclairer tant la discussion relative aux questions spécifiques en matière de protection des données que celle relative aux questions générales de droit de l'Union que le nouveau cadre réglementaire suscite.

Cela étant, le présent questionnaire est structuré autour de quatre grands sujets :

- A. Présentation du contexte
- B. Réception des dispositions de fond du RGPD dans l'ordre juridique national
- C. Application interne de la législation en matière de protection des données
- D. Traitement de données pour des motifs de sécurité nationale

A. Présentation du contexte

Le RGPD est un règlement atypique en ce qu'il accorde au législateur national une marge significative lui permettant de se prévaloir de la souplesse prévue dans de nombreuses dispositions.

Question 1 : *Merci d'identifier et de décrire les principaux instruments juridiques qui ont été introduits pour mettre en œuvre le RGPD. Merci d'exposer notamment la façon dont ces instruments utilisent les principales marges de manœuvre permises par le RGPD [notamment à l'article 6, paragraphe 1, sous c), l'article 23 et aux articles 86 à 90 du RGPD] et de préciser quel rôle de surveillance joue l'autorité nationale de contrôle concernant ces instruments.*

La Charte est un cas unique parmi les instruments internationaux de protection des droits humains en ce qu'elle contient des dispositions distinctes pour protéger le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données (articles 7 et 8 de la Charte).

Question 2 : *Votre ordre juridique national établit-il une distinction entre ces deux droits ? Le droit à la protection des données prévu par la Charte a-t-il influencé l'interprétation de votre droit national ?*

B. Réception des dispositions de fond du RGPD dans l'ordre juridique national

Même si les lignes directrices du Comité européen de la protection des données (ci-après le « CEPD ») devraient minimiser les divergences entre États membres, la possibilité demeure que les conclusions du CEPD soient contestées au niveau national (par le pouvoir judiciaire, par d'autres autorités de régulation, par des universitaires ou encore par la société civile ou les médias). C'est pourquoi les questions ci-dessous sont posées.

Obligations au titre du RGPD

Un grand nombre des garanties ou « principes » relatifs au traitement des données reste inchangé par rapport à la directive de 1995 sur la protection des données. Pourtant, la signification et l'incidence pratique de principes critiques demeurent insuffisantes et, les indications fournies à ce jour, par le juge de l'Union, sont limitées.

Question 3 : *De quelle façon les responsables du traitement des données ont-ils interprété et appliqué les principes du « traitement loyal », de limitation des finalités et de minimisation des données ? L'autorité nationale de contrôle a-t-elle appliqué ces principes et ces derniers ont-ils été interprétés par les juridictions internes ?*

Le groupe de travail de l'article 29 a rendu un avis sur l'utilisation des « intérêts légitimes » comme fondement juridique pour le traitement des données, ainsi que des lignes directrices sur le consentement (approuvé par le Comité européen de la protection des données) **Question 4 :** *De quelle façon ces fondements juridiques – le « consentement » et les « intérêts légitimes » – qui sont sans doute les plus importants (malgré le flou qui les entoure dans un environnement numérique) sont-ils interprétés par les juridictions nationales ?*

La grande partie des services et contenus numériques offerts aux utilisateurs d'Internet sont accessibles gratuitement par l'utilisateur final. Ce service ou contenu est ensuite subventionné au moyen d'une publicité comportementale en ligne personnalisée à l'utilisateur sur la base d'un profil généré par le traitement de ses données personnelles. Ainsi, les données personnelles deviennent la contrepartie ou la « rémunération » de la fourniture du contenu ou service numérique « gratuit ». L'article 7, paragraphe 4, du RGPD

prévoit que lorsque le consentement est utilisé pour justifier un traitement de données personnelles, au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir si l'exécution d'un contrat est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat. De même, l'article 6, paragraphe 1, sous b), dispose que le traitement est licite lorsqu'il « est *nécessaire* à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie » (mise en italique par nos soins).

Question 5 : *Un débat a-t-il eu lieu ou une décision a-t-elle été prise, au niveau national, quant à la validité du transfert de données personnelles comme « contrepartie » à la fourniture de contenus numériques ?*

Droits au titre du RGPD

Le RGPD vise à rendre plus effectifs des droits existants (comme le droit d'accéder à ses propres données personnelles) en précisant leur signification et en introduisant un nouveau droit, à savoir le droit à la portabilité des données.

Question 6 : L'article 22 prévoit le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée sur un traitement automatisé, y compris le profilage. L'article 22, paragraphe 2, sous b), autorise les États membres à légiférer pour écarter l'application de ce droit, dans certaines circonstances. Une telle législation a-t-elle été mise en place et, dans l'affirmative, quelles mesures pour la sauvegarde des droits, libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée contient-elle ?

Question 7 : Le droit à l'effacement (article 17), ou son prédécesseur issu de la directive de 1995 sur la protection des données (article 12 de la directive 95/46/CE), comment a-t-il été appliqué au niveau national par les moteurs de recherche, les autorités nationales de contrôle ou les tribunaux ?

Question 8 : Le RGPD permet aux États membres de légiférer pour concilier le droit à la protection des données et le droit à la liberté d'expression (article 85). Votre État a-t-il adopté une loi au titre de l'article 85, paragraphe 2, du RGPD et, dans l'affirmative, comment a-t-elle été interprétée et appliquée jusqu'à présent ?

C. Application interne de la législation en matière de protection des données

Le RGPD révolutionne la mise en œuvre de la protection des données en Europe. D'une part, il crée un nouvel organe de l'Union, à savoir le Comité Européen de la Protection des Données qui est compétent pour adopter des avis avec effet juridique et, ultérieurement, des décisions contraignantes concernant toute question d'application générale ou produisant des effets dans plusieurs États membres². D'autre part, il introduit un éventail de nouvelles voies de recours et de nouvelles sanctions, notamment des sanctions

² Cela résulte d'une lecture combinée de l'article 64, paragraphe 2, et de l'article 65, paragraphe 1, sous c), du RGPD.

administratives significatives et la possibilité de recours collectifs. L'articulation entre ces nouvelles dispositions et les règles procédurales nationales existantes risque de se révéler complexe. C'est dans ce contexte que les questions suivantes sont posées.

Les autorités nationales de contrôle sont les gardiens du RGPD : elles sont chargées de contrôler son application et de contribuer à la cohérence de cette application.

Question 9 : *Veillez, d'abord, identifier l'autorité (ou les autorités) publique pertinente dans votre État membre. Merci, ensuite, d'exposer brièvement sa composition, la procédure d'embauche du personnel et de préciser si, en application du droit national, des pouvoirs ou obligations additionnels sont confiés à l'autorité nationale de contrôle. Veillez, enfin, donner les détails pertinents concernant son bilan en ce qui concerne la mise en œuvre du RGPD.*

Le RGPD accorde aux particuliers le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle et précise que cette autorité doit informer l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de l'enquête. Certains commentateurs ont estimé que les autorités de contrôle devraient retenir, au nom d'une plus grande efficacité, une approche sélective des réclamations. Selon eux, il conviendrait de trier les réclamations et de concentrer les ressources des autorités sur les plus importantes (par exemple, en termes de taille ou de précédent judiciaire qui sera fixé à cette occasion).

Question 10 : *Quelle stratégie a retenu votre autorité nationale de contrôle, en termes de gestion des réclamations, et quelles contraintes éventuelles le droit national a-t-il imposé à cette stratégie ?*

Le RGPD prévoit au profit des États membres de nouveaux mécanismes permettant de sanctionner les infractions aux règles sur la protection des données, y compris le pouvoir d'imposer des mesures correctrices (article 58, paragraphe 2,), des amendes administratives plus élevées (article 83) et la possibilité d'infliger d' « autres sanctions » (article 84).

Question 11 : *Comment ces sanctions ont-elles été appliquées par votre autorité nationale de contrôle et quelles sanctions additionnelles ont été adoptées au niveau national en plus de celles prévues expressément par le RGPD ?*

Le RGPD prévoit que les personnes concernées ayant subi un dommage matériel ou moral ont le droit d'obtenir réparation du préjudice subi (article 82).

Question 12 : *La réparation d'un dommage moral est-elle possible dans votre système juridique (dans ce domaine ou dans un autre) ? Si tel est le cas, comment les dommages et intérêts alloués sont-ils calculés ?*

Les opérations de traitement de données en ligne se caractérisent par des asymétries, en termes de pouvoirs et d'informations, entre les responsables du traitement des données et les personnes concernées par ce traitement. Le RGPD cherche à atténuer ces asymétries en prévoyant à son article 80 la possibilité d'actions représentatives.

Question 13 : *Votre État membre a-t-il légiféré pour faciliter ces actions représentatives ? Quel rôle ont joué les ONG dans l'application des règles en matière de protection des données dans votre État et existe-t-il des mouvements alternatifs nouveaux au niveau national (comme par exemple des syndicats ou coopératives dédiés à la protection des données à caractère personnel) ?*

Dans la mesure où les données personnelles ont à la fois une valeur économique et une valeur en termes de dignité humaine, il existe une tendance grandissante chez certains régulateurs autres que les autorités nationales de contrôle à intervenir dans les réclamations relatives à un traitement de données (par exemple, les autorités de concurrence ou les autorités en charge de la protection des consommateurs).

Question 14 : *Cette tendance existe-t-elle dans votre État membre ? En particulier, votre autorité nationale de contrôle a-t-elle collaboré, formellement ou informellement, avec d'autres autorités de régulation ou avec le médiateur ?*

D. Traitement de données pour des motifs de sécurité nationale

Le RGPD et la DAL excluent de leur champ d'application le traitement des données personnelles pour des motifs de « sécurité nationale ». La DAL a pour objet de réglementer, pour la première fois, les opérations internes de traitement des données par les services répressifs. La ligne de partage entre, d'une part, les activités répressives relevant du champ d'application de la directive et, d'autre part, les activités relatives à la sécurité nationale ne relevant pas de son champ d'application, pourrait donner lieu à des contestations au niveau national.

Question 15 : *La notion de « sécurité nationale » est-elle définie dans votre droit national ou dans la pratique administrative interne ? Les autorités nationales ont-elles accepté d'appliquer la Charte à la conservation des données pour des motifs de sécurité nationale [à la suite de l'arrêt du 21 décembre 2016, Tele2 Sverige et Watson e.a. (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970)] ?*