

Avis de la FRA – 2/2012
Programme de réforme des règles en matière de protection des données à caractère personnel

Vienne, le 1^{er} octobre 2012

Avis
de
l'Agence des droits fondamentaux de l'Union
européenne
concernant
le programme de réforme des règles en matière de
protection des données à caractère personnel

L'AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA),

vu le Traité sur l'Union européenne (TUE), et notamment son article 6,

rappelant les obligations énoncées par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »),

agissant conformément au Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment à son article 2, qui prévoit que la FRA « a pour objectif de fournir aux institutions, organes, organismes et agences compétents de la Communauté, ainsi qu'à ses États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers, lorsque, dans leurs domaines de compétence respectifs, ils prennent des mesures ou définissent des actions »¹,

vu l'article 4, paragraphe 1, point d), du Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil, qui dispose que la FRA « formule et publie des conclusions et des avis sur des sujets thématiques spécifiques, à l'intention des institutions de l'Union et des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission »,

vu également le considérant 13 du Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil, en vertu duquel « [l]es institutions devraient [...] pouvoir demander des avis sur leurs propositions législatives ou des positions qu'elles adoptent au cours des procédures législatives pour ce qui concerne leur compatibilité avec les droits fondamentaux »,

prenant acte de l'avis du Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) du 7 mars 2012², de l'avis du Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données (ci-après le « GT Art. 29 »)³, de l'avis du Comité économique et social européen (CESE) du 23 mai 2012⁴ et du projet d'avis du Comité des régions (Commission de l'éducation, de la jeunesse, de la culture et de la recherche) du 6 juillet 2012⁵,

répondant à la demande du Parlement européen du 5 septembre 2012 visant à obtenir un avis concernant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et

¹ Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2007 L 53/1.

² Contrôleur européen de la protection des données (2012), Résumé de l'avis du 7 mars 2012 du CEPD sur le paquet de mesures pour une réforme de la protection des données, JO 2012 C 192/05, Bruxelles, 7 mars 2012, JO 2012 C 192/7 (ci-après l'« avis du CEPD »). Le texte complet de l'avis est disponible sur le site web du CEPD, accessible à l'adresse suivante : www.edps.europa.eu.

³ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données (2012), Avis 01/2012 sur les propositions de réforme de la protection des données, WP 191, Bruxelles, 23 mars 2012 (ci-après l'« avis du GT Art. 29 »).

⁴ Comité économique et social européen (2012), Avis sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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 (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final (COD), Bruxelles, 23 mai 2012, JO 2012 C 229/90 (ci-après l'« avis du CESE »).

⁵ Comité des régions (2012), Projet d'avis de la commission de l'éducation, de la jeunesse, de la culture et de la recherche sur « Le train de mesures sur la protection des données », EDUC-V-022, Bruxelles, 6 juillet 2012 (ci-après l'« avis du CdR »).

à la libre circulation de ces données⁶ et concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 données⁷,

REND LE PRÉSENT AVIS :

⁶ Commission européenne (2012), Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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 (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final, Bruxelles, 25 janvier 2012 (ci-après le « projet de règlement »).

⁷ Commission européenne (2012), Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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, COM(2012) 10 final, Bruxelles, 25 janvier 2012 (ci-après le « projet de directive »).

Considérations de la FRA

Questions horizontales

Les instruments proposés visent à protéger les droits fondamentaux en général et les droits fondamentaux en matière de protection des données à caractère personnel en particulier. Les deux projets dressent une liste des droits fondamentaux susceptibles d'être affectés par le programme de réforme du cadre juridique en matière de protection des données à caractère personnel. Toutefois, la liste des droits fondamentaux affectés diffère entre les deux instruments. Par conséquent, il pourrait être envisagé d'aligner, dans les deux instruments, les listes des droits fondamentaux affectés. À défaut, toute divergence entre ces listes devrait être justifiée sur la base de la spécificité du champ d'application de chaque instrument. Il conviendrait de modifier le texte des projets en conséquence. La liste des droits fondamentaux affectés pourrait aussi être élargie dans les deux instruments.

Le programme de réforme des règles en matière de protection des données à caractère personnel pourrait potentiellement limiter un certain nombre de droits fondamentaux qui ne sont pas expressément mentionnés dans les instruments proposés. Il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique qui indiquerait que ces instruments sont appliqués de manière compatible avec les dispositions de la Charte.

Certains actes délégués et actes d'exécution pourraient restreindre les droits fondamentaux. Il pourrait être envisagé d'insérer une clause garantissant expressément que ces deux types d'actes ne limiteront nullement les droits fondamentaux d'une manière contraire à la Charte.

Dans le cadre de transferts de données vers des pays tiers qui ne sont pas couverts par une décision relative à l'assurance d'un niveau de protection des données adéquat, les projets d'instruments prévoient des garanties se rapportant spécifiquement à la protection des données à caractère personnel, mais pas à la protection d'autres droits fondamentaux. Il pourrait être envisagé d'insérer une disposition garantissant de manière effective les droits fondamentaux lors du partage d'informations avec des pays tiers.

Liberté d'expression et d'information (Article 11 de la Charte)

Le projet de règlement prévoit des exemptions relatives au traitement de données « aux seules fins de journalisme ». Il pourrait être envisagé de remplacer le concept de la finalité journalistique par la notion générique de « liberté d'expression et d'information ». Au minimum, il pourrait être envisagé d'inscrire tous les éléments du considérant 121 du projet de règlement dans son article 80 (traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression), lequel pourrait faire explicitement référence à l'article 11 de la Charte.

Liberté des arts et des sciences (Article 13 de la Charte)

Afin de tenir dûment compte des garanties prévues par la Charte, il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique à l'article 13 de la Charte en relation aux articles 80 (traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression) et 83 (traitements de données à des fins de recherche historique, statistique et scientifique) du projet de règlement.

Liberté d'entreprise (Article 16 de la Charte)

Les nouvelles obligations pour les entreprises prévues dans les deux instruments entraîneront de nouveaux coûts pour les responsables du traitement des données. Il pourrait être envisagé de se référer dans les deux instruments à l'article 16 de la Charte, afin d'assurer un juste équilibre entre la protection des données et la liberté d'entreprise.

Droits de l'enfant (Article 24 de la Charte)

Le droit à l'oubli numérique prévu à l'article 17 du projet de règlement est particulièrement pertinent pour l'effacement des données à caractère personnel que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant. Il pourrait être envisagé de préciser que l'exercice de ce droit est également applicable lorsque la personne concernée est toujours considérée comme un enfant.

L'exigence prévue à l'article 33 (analyse d'impact relative à la protection des données) du projet de règlement selon laquelle des analyses d'impact relatives à la protection des données doivent être effectuées avant les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées pourrait préciser que cette exigence doit s'appliquer dans la mesure du possible au traitement des données concernant des enfants.

Accès aux documents

Afin de tenir dûment compte des évolutions en matière d'accès aux documents à la fois au niveau national et au niveau international, il pourrait être envisagé d'insérer un article sur l'accès aux documents dans les deux instruments, renvoyant aux législations nationales. Une telle modification pourrait faciliter la conciliation nécessaire entre la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès aux documents

Non-discrimination (Article 21 de la Charte)

Les dispositions relatives aux données sensibles visent à protéger la vie privée et la non-discrimination. Il pourrait être envisagé d'inclure l'« orientation sexuelle » dans la liste des données sensibles figurant dans le projet de règlement et dans le projet de directive, conformément à l'article 21 de la Charte.

Données statistiques pour lutter contre la discrimination

Le traitement statistique de données sensibles peut contribuer à révéler des formes de discrimination, ce qui peut être mis à profit pour élaborer des politiques et des actions spécifiques et fournir une expertise aux tribunaux. Il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique à l'article 21 de la Charte dans le contexte de la lutte contre la discrimination par la collecte de données statistiques.

Données sensibles et capacité juridique

La privation de la capacité juridique n'est pas pleinement conforme aux obligations internationales liées à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CRPD). Il pourrait être envisagé d'aligner l'article 9 du projet de règlement sur les

exigences de l'article 12 de la CRPD concernant la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité.

Données sensibles et profilage

Dans le projet de règlement, les mesures fondées sur le profilage et le traitement automatisé sont inscrites dans le chapitre concernant les droits des personnes concernées tandis que, dans le projet de directive, elles sont prévues sous les principes. Dans le but d'aligner les deux instruments, les mesures fondées sur le profilage et le traitement automatisé pourraient être placées dans le chapitre concernant les droits des personnes concernées dans chaque instrument.

Les deux instruments interdisent le profilage fondé « exclusivement » sur des données à caractère sensible. Une plus grande protection contre l'utilisation abusive des données sensibles pourrait être inscrite dans le projet de règlement et le projet de directive si les propositions interdisaient le profilage réalisé « exclusivement ou essentiellement » sur la base de données sensibles.

Accès à la justice (Article 47 de la Charte)

Capacité d'ester en justice

En vue d'améliorer l'efficacité du droit à un recours effectif conformément à l'article 47 de la Charte (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) couvert par les deux projets, il pourrait être envisagé d'assouplir davantage les règles sur la capacité d'ester en justice afin de permettre aux organisations agissant dans l'intérêt public de porter plainte. Un tel assouplissement des règles sur la capacité d'ester en justice nécessiterait la mise en place de garanties appropriées pour préserver le juste équilibre entre l'accès effectif aux voies de recours et les litiges abusifs.

Mécanisme de recours effectif

Habiliter les autorités de protection des données (DPA) à accorder une indemnisation au cas par cas, tout en maintenant le recours devant le juge, pourrait être un moyen de rationaliser les voies de recours complexes pour les personnes concernées qui souhaitent poursuivre leur plainte relative au domaine de la protection des données.

Les deux instruments offrent une base solide pour la mise en place de DPA indépendantes. Il pourrait être envisagé de renforcer les garanties relatives à la nomination des membres de l'organe directeur issus des DPA en garantissant le pluralisme dans la procédure de nomination.

Accès à la justice pour les enfants

Afin de faciliter l'accès à la justice pour les enfants, il pourrait être envisagé d'insérer dans le projet de règlement et le projet de directive une procédure adaptée aux enfants, comme une représentation et des conseils juridiques adaptés, ainsi qu'une assistance juridique gratuite. Dans le projet de directive, des garanties procédurales spécifiques supplémentaires pourraient être envisagées pour protéger la vie privée des enfants victimes.

Introduction

- (1) La FRA se félicite de la demande du Parlement européen du 5 septembre 2012 l’invitant à formuler « un avis sur les questions relatives aux droits fondamentaux associées » aux propositions de la Commission européenne concernant le projet de règlement et le projet de directive.
- (2) L’objectif principal du projet de règlement est de renforcer le marché intérieur tout en assurant une protection effective des droits fondamentaux des personnes physiques, en particulier de leur droit à la protection des données à caractère personnel⁸. L’objectif principal du projet de directive est de garantir que le traitement de données à caractère personnel nécessaires 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 respecte les garanties en matière de protection des données. Le projet de directive prévoit en outre que l’échange de données par les autorités compétentes ne soit pas limité par les règles concernant la protection des données à caractère personnel⁹. Grâce de meilleures garanties en matière de protection des données, le projet de directive vise à améliorer la confiance mutuelle entre les autorités policières et judiciaires dans les États membres de l’Union européenne (UE) et entre eux¹⁰. Pour la première fois depuis que la Charte est devenue juridiquement contraignante avec l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009, l’UE propose une législation dans le but de garantir de manière effective et globale un droit fondamental, à savoir le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.
- (3) Le présent avis de la FRA s’appuie en particulier sur les avis publiés par le CEPD et le GT Art. 29, qui se concentrent sur la protection des données à caractère personnel. Il complète ces avis en examinant d’autres droits de la Charte pertinents. Il se concentre principalement sur les droits fondamentaux autres que celui de la protection des données, étant donné que les avis précités traitent abondamment de ce droit fondamental. L’avis de la FRA examine le projet de règlement et le projet de directive en tant qu’éléments d’un programme unique de réforme du cadre juridique en matière de protection des données à caractère personnel, en ne mettant en évidence les spécificités de chaque proposition que lorsque cela s’impose. Lorsque, dans l’analyse qui suit, il est fait référence aux deux instruments simultanément, le présent avis emploiera la formulation « programme de réforme ».
- (4) Après quelques remarques générales sur les questions horizontales relatives aux droits fondamentaux associées au programme de réforme des règles en matière de protection des données à caractère personnel à la lumière de la Charte et des normes pertinentes du

⁸ Article 1^{er} du projet de règlement. Voir Commission européenne (2012), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Protection de la vie privée dans un monde en réseau – Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21^e siècle, COM(2012) 9 final, Bruxelles, 25 janvier 2012 (ci-après la « communication 2012 de la Commission »), p. 9 et 12. On notera également l’objectif de la Convention du Conseil de l’Europe pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, STCE n° 108, 28 janvier 1981 (ci-après la « Convention 108 »), consistant à faciliter la libre circulation de l’information entre les personnes, sans considération de frontières, tout en assurant une protection adéquate des données à caractère personnel.

⁹ Article 1^{er} du projet de directive.

¹⁰ Voir l’exposé des motifs (p. 5) et le considérant 7 du projet de directive.

Conseil de l'Europe¹¹, l'avis aborde la nécessité de mettre en balance le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et d'autres droits fondamentaux. Il analyse ensuite la question de la protection de certaines catégories de données à caractère personnel en rapport avec le principe de la non-discrimination. Enfin, l'avis examine les mesures de sauvegarde prévues par le programme de réforme pour assurer aux personnes physiques l'accès à la justice dans le domaine de la protection des données dans la pratique.

1. Remarques générales sur les questions horizontales relatives aux droits fondamentaux concernant le programme de réforme

1.1. Les droits fondamentaux affectés par le projet de règlement et le projet de directive

- (5) Selon l'exposé des motifs du projet de règlement, l'instrument proposé pourrait affecter les droits fondamentaux suivants : la liberté d'expression, la liberté d'entreprise, le droit de propriété, et notamment la protection de la propriété intellectuelle, la non-discrimination, les droits de l'enfant, le droit à la protection de la santé, le droit d'accès aux documents et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial¹². L'exposé des motifs du projet de directive fait référence à une liste plus limitée de droits fondamentaux susceptibles d'être affectés par cet instrument, à savoir l'interdiction de toute discrimination, les droits de l'enfant et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial¹³. Aucune explication justifiant un tel écart entre les deux instruments proposés n'est fournie.
- (6) Tout en reconnaissant la différence de champ d'application entre ces deux instruments, il semble que le traitement de données à caractère personnel par les forces de l'ordre et les autorités judiciaires puisse affecter d'autres droits fondamentaux que les trois mentionnés dans l'exposé des motifs du projet de directive¹⁴. Par exemple, alors que le projet de directive fait référence aux « données concernant la santé » dans le contexte des données sensibles¹⁵, il ne fait nullement référence à l'article 35 de la Charte, qui concerne la protection de la santé. De même, le traitement de données à caractère personnel dans le

¹¹ Cette notion couvre : 1) la Convention 108, 2) la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) fondée sur la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et 3) les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, comme la Recommandation R (87) 15 du Comité des Ministres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée le 17 septembre 1987. Les travaux relatifs à la modernisation de la Convention 108 sont aussi visés.

¹² Voir le projet de règlement, p. 7.

¹³ Voir le projet de directive, p. 7.

¹⁴ Voir l'avis du CEPD, point 305.

¹⁵ Voir le considérant 17, l'article 3, paragraphe 12, et l'article 8 du projet de directive.

cadre du projet de directive pourrait affecter la liberté d'expression et d'information de la personne concernée. La jurisprudence de la CouEDH fournit plusieurs exemples de saisies de matériel et de mesures de surveillance dirigées contre des professionnels du secteur des médias, entre autres¹⁶. Le projet de directive ne mentionne cependant pas le droit à la liberté d'expression et d'information, consacré à l'article 11 de la Charte.

- (7) Dans son analyse d'impact concernant les droits fondamentaux¹⁷, la Commission européenne ne fait pas de distinction entre les deux instruments.
- (8) Plusieurs références croisées entre les deux instruments existent, mais celles-ci ne sont pas nécessairement liées aux droits fondamentaux. Bien que le projet de directive, par exemple, se réfère aux « règles générales » définies dans le projet de règlement¹⁸, il n'indique pas que ces règles générales, et en particulier celles qui concernent la protection des droits fondamentaux, sont garanties en vertu du projet de directive.
- (9) Il pourrait être envisagé d'aligner dans les deux instruments les listes des droits fondamentaux affectés et, éventuellement, de les élargir et il conviendrait de modifier le texte des projets en conséquence. À défaut, toute divergence entre ces listes devrait être justifiée. En outre, il y aurait lieu de clarifier la relation entre le programme de réforme et les autres textes législatifs sectoriels de l'UE¹⁹ qui ne sont pas nécessairement liés à la coopération policière et judiciaire²⁰.

1.2. Une clause générale sur les droits fondamentaux ?

- (10) Tant le projet de règlement que le projet de directive visent à protéger les droits fondamentaux en général et les droits fondamentaux en matière de protection des données à caractère personnel en particulier. Ces deux instruments soulignent que, tout en renforçant les garanties en matière de protection des données, un certain nombre de droits fondamentaux consacrés par la Charte sont affectés par le programme de réforme (voir la section 1, point 5)²¹. Dans la pratique cependant, de très nombreux autres droits fondamentaux garantis par la Charte, qui ne sont pas mentionnés dans les projets, pourraient être affectés dans certaines situations par ce programme de réforme de grande portée.
- (11) Le projet de règlement et le projet de directive pourraient faire référence, par exemple, aux articles 18 et 19 de la Charte, qui garantissent le droit d'asile et la protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition. Cependant, aucun de ces instruments n'aborde

¹⁶ Voir, pour un exemple récent : CouEDH, *Ressiot et autres c. France*, n^{os} 15054/07 et 15066/07, 28 juin 2012.

¹⁷ Voir Commission européenne (2012), *Commission Staff Working Paper, Impact Assessment*, SEC(2012) 72 final, Bruxelles, 25 janvier 2012 (ci-après l'« analyse d'impact de la Commission »), annexe 7.

¹⁸ Considérant 9 du projet de directive.

¹⁹ Voir, par exemple, dans le domaine de l'asile, les articles 22 et 41 de la Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

²⁰ Pour les actes liés dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, voir l'avis du CEPD, points 312 et suivants.

²¹ Voir le considérant 2 et l'article 1^{er}, paragraphe 2, du projet de règlement ainsi que le considérant 2 et l'article 1^{er}, paragraphe 2, point a), du projet de directive.

les conséquences éventuelles du partage d'informations personnelles concernant des demandeurs d'asile avec les persécuteurs présumés, qui peut déboucher sur un risque de violation grave des droits de l'homme contre le demandeur et des membres de sa famille. Cela s'expliquerait par le fait que la Commission européenne prévoit d'évaluer les incidences du programme de réforme sur d'autres instruments sectoriels à un stade ultérieur²².

- (12) Le programme de réforme pourrait traiter cette question de manière cohérente et générale, en complétant la référence à la protection générale des droits fondamentaux dans les deux instruments. Il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique qui indiquerait que ces instruments sont appliqués de manière compatible avec la Charte.
- (13) Une telle référence pourrait être insérée à l'article premier des deux instruments. Cela permettrait de clarifier la manière dont les limitations²³ et les dérogations²⁴ y sont organisées²⁵.

1.3. Actes délégués et actes d'exécution

- (14) Le projet de règlement habilite la Commission européenne à adopter des actes délégués et des actes d'exécution²⁶. Le projet de directive l'habilite aussi en ce sens²⁷. Selon le programme de réforme²⁸, les actes délégués visent à permettre d'atteindre les objectifs des deux instruments, à savoir la protection des droits fondamentaux, et à assurer des conditions uniformes pour la mise en œuvre du règlement. Ils permettront de poursuivre l'alignement du règlement à la lumière des évolutions technologiques.
- (15) Même si les actes délégués ne devraient pas affecter les éléments essentiels du règlement, ils peuvent restreindre les droits fondamentaux²⁹. Il en va de même pour les actes d'exécution : ceux-ci portent généralement sur des questions techniques et administratives afin d'assurer des conditions uniformes pour la mise en œuvre du règlement³⁰, mais ils peuvent aussi restreindre les droits fondamentaux.

²² Voir Commission européenne (2010), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, COM(2010) 609 final, Bruxelles, 4 novembre 2010, p. 16, 17, 20 et 21, et communication 2012 de la Commission, p. 4, note de bas de page n° 14.

²³ Voir l'article 6, paragraphe 3, ou l'article 21 du projet de règlement. Voir également les limitations des droits de la personne concernée (chapitre III du projet de directive).

²⁴ Articles 80 et suivants du projet de règlement.

²⁵ En ce qui concerne le projet de directive, voir l'avis du CEPD, point 370, et l'avis du GT Art. 29, p. 32. En ce qui concerne le projet de règlement, voir l'avis du CESE, points 3.9 et 4.25, et l'avis du CdR, points 11 et 21.

²⁶ Articles 86 et 87 du projet de règlement.

²⁷ Article 56 du projet de directive.

²⁸ Voir les considérants 129 et 130 du projet de règlement et le considérant 66 du projet de directive.

²⁹ Article 290 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE »). Voir, par exemple, l'article 20, paragraphe 5, du projet de règlement ainsi que l'article 81, paragraphe 3, et l'article 83, paragraphe 3, du projet de règlement. Voir également l'avis du CEPD, points 48, 71 à 76, 194 et 304, l'avis du GT Art. 29, p. 6 et suivantes, l'avis du CESE, point 3.11, et l'avis du CdR, points 23 et 27.

³⁰ Voir l'article 291 du TFUE. Voir également l'avis du CEPD, points 71 et suivants et 248 et suivants.

- (16) La Commission européenne s'est engagée à veiller à ce que les actes d'exécution et les actes délégués soient pleinement conformes à la Charte³¹. Une disposition garantissant expressément que les actes délégués et les actes d'exécution ne peuvent pas limiter les droits fondamentaux de toute manière contraire à l'article 52 de la Charte, qui définit la portée et les limites des droits garantis par la Charte, peut être utile en tant que garantie générale. Il pourrait être envisagé d'insérer une telle garantie explicite.

1.4. Transferts de données vers des pays tiers

- (17) Les deux instruments contiennent des dispositions relatives au partage des données à caractère personnel avec des pays tiers³². Un mécanisme est prévu pour faciliter le transfert vers les pays qui, à la suite d'un examen mené par la Commission européenne, assurent un niveau de protection des données adéquat³³.
- (18) Cependant, les deux instruments permettent également le transfert de données vers des pays autres que ceux pour lesquels la Commission européenne a émis une décision favorable relative à l'assurance d'un niveau de protection des données adéquat. Le transfert de données à caractère personnel vers ces pays est soumis à certaines garanties. Dans les deux instruments, ces garanties ne concernent que la protection des données à caractère personnel par les pays tiers³⁴ et non la protection des autres droits fondamentaux.
- (19) Cela est particulièrement pertinent lorsque les données sont transférées dans le cadre du projet de directive³⁵. Des situations peuvent se présenter dans lesquelles les autorités répressives d'un pays tiers peuvent faire usage des données à caractère personnel transmises par un État membre de l'UE (qui concernent, par exemple, un criminel présumé) pour maltraiter les membres de la famille d'un individu, par exemple. Lorsque, sur la base de la situation en matière de droits de l'homme, il y a un risque qu'un pays tiers puisse faire usage des données à caractère personnel pour commettre des violations des droits de l'homme fondamentaux, aucun transfert de données ne devrait être autorisé.
- (20) Dans un autre contexte, le projet de règlement Eurosur³⁶ prévoit une garantie solide au sujet du partage d'informations avec des pays tiers³⁷. La démarche suivie dans le projet de règlement Eurosur pourrait être adaptée au champ d'application du programme de réforme s'agissant des données transférées conformément aux articles 42 et 44 du projet de règlement, ainsi qu'aux articles 35 et 36 du projet de directive.

³¹ Voir Commission européenne (2010), Communication de la Commission – Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, COM(2010) 573 final, Bruxelles, 19 octobre 2010, point 1.1.

³² Voir les chapitres V respectifs du projet de règlement et du projet de directive.

³³ Voir l'article 41 du projet de règlement et l'article 34 du projet de directive.

³⁴ Article 42 du règlement et article 35 de la directive.

³⁵ Article 33 du projet de directive. Voir également l'avis du CEPD, points 409 et suivants.

³⁶ Commission européenne (2011), Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), COM(2011) 873 final, Bruxelles, 12 décembre 2011 (ci-après le « projet de règlement Eurosur »).

³⁷ Voir l'article 18, paragraphe 2, du projet de règlement Eurosur, en vertu duquel « [t]out échange d'informations [...] dont un pays tiers pourrait faire usage pour identifier des personnes ou des groupes de personnes risquant sérieusement d'être victimes d'actes de torture, de peines ou traitements inhumains ou dégradants ou de toute autre violation des droits fondamentaux, est interdit ».

1.5. Considérations

- (21) Les instruments proposés visent à protéger les droits fondamentaux en général et les droits fondamentaux en matière de protection des données à caractère personnel en particulier. Les deux projets dressent une liste des droits fondamentaux susceptibles d'être affectés par le programme de réforme des règles en matière de protection des données à caractère personnel. Toutefois, la liste des droits fondamentaux diffère entre les deux instruments. Par conséquent, il pourrait être envisagé d'aligner, dans les deux instruments, les listes des droits fondamentaux affectés. À défaut, toute divergence entre ces listes devrait être justifiée sur la base de la spécificité du champ d'application de chaque instrument. Il conviendrait de modifier le texte des projets en conséquence. La liste des droits fondamentaux affectés pourrait aussi être élargie dans les deux instruments.
- (22) Le programme de réforme du cadre juridique en matière de protection des données à caractère personnel pourrait potentiellement limiter un certain nombre de droits fondamentaux qui ne sont pas expressément mentionnés dans les instruments proposés. Il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique qui indiquerait que ces instruments sont appliqués de manière compatible avec les dispositions de la Charte.
- (23) Certains actes délégués et actes d'exécution pourraient restreindre les droits fondamentaux. Il pourrait être envisagé d'insérer une clause garantissant expressément que ces deux types d'actes ne limiteront nullement les droits fondamentaux d'une manière contraire à la Charte.
- (24) Dans le cadre de transferts de données vers des pays tiers qui ne sont pas couverts par une décision relative à l'assurance d'un niveau de protection des données adéquat, les projets d'instruments prévoient des garanties se rapportant spécifiquement à la protection des données à caractère personnel, mais pas à la protection d'autres droits fondamentaux. Il pourrait être envisagé d'insérer une disposition garantissant de manière effective les droits fondamentaux lors du partage d'informations avec des pays tiers.

2. Mettre en balance les droits fondamentaux

- (25) L'article 8 de la Charte consacre la protection des données à caractère personnel en tant que droit fondamental spécifique. Cet article représente un élément important du droit à la vie privée garanti par l'article 7 de la Charte, qui concerne le respect de la vie privée et familiale, auquel l'article 8 est étroitement lié. Le droit prévu à l'article 8 de la Charte n'est pas un droit absolu : les limitations visées à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte s'appliquent³⁸. L'article 52 est une clause générale prévoyant les limitations qui peuvent être appliquées aux droits et libertés garantis par la Charte.
- (26) Dans le système de la CEDH, la protection des données est garantie par l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) et, comme dans le système de la Charte, ce droit doit être appliqué dans le respect de la portée d'autres droits concurrents. Pour cette raison, la CEDH et la CJUE ont reconnu qu'une mise en balance avec d'autres

³⁸ Voir Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « CJUE »), affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Schecke et Eifert c. Land Hessen*, 9 novembre 2010, points 47, 48 et 50.

droits est nécessaire pour appliquer l'article 8 de la Charte et l'article 8 de la CEDH (voir la section 2.1, points 30 à 33).

- (27) L'un des principaux objectifs de la réforme de la protection des données est d'« accroître l'efficacité du droit fondamental à la protection des données »³⁹. La présente section examine si le projet de règlement et le projet de directive reconnaissent la nécessaire mise en balance de ce droit et d'autres droits et libertés reconnus par la Charte ; en d'autres termes, si d'autres droits spécifiques de la Charte sont pleinement pris en considération lors de la définition de la portée de la protection renforcée des données à caractère personnel⁴⁰.
- (28) Les développements qui suivent analysent le droit à la protection des données à caractère personnel par rapport au droit à la liberté d'expression et d'information (article 11 de la Charte), à la liberté des arts et des sciences (article 13 de la Charte), à la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte) et aux droits de l'enfant (article 24 de la Charte). Il est ensuite examiné la protection des données par rapport au droit d'accès aux documents, qui n'est garanti par la Charte que d'une manière limitée, mais qui est jugé important de protéger dans les deux projets.

2.1. Liberté d'expression et d'information

- (29) Plusieurs arrêts rendus par la CouEDH examinent l'interaction entre la liberté d'expression et les garanties en matière de protection des données. Des plaintes concernant la publication par la presse de données à caractère personnel, telles que des photographies⁴¹ ou des vidéos⁴², ont débouché sur la constatation de violations de l'article 8 de la CEDH ou de l'article 10 de la CEDH (liberté d'expression). Dans chacun de ces arrêts, la Cour a dû peser les intérêts en présence.
- (30) Dans l'affaire *Mosley*, des informations sur les activités sexuelles du requérant avaient été publiées dans un journal et sur le site internet de celui-ci. M. Mosley demandait que les journaux soient soumis à une obligation d'informer au préalable les personnes faisant l'objet de publications futures. La CouEDH a estimé que l'article 8 de la CEDH n'impose aucune obligation juridiquement contraignante de notification préalable en vertu de laquelle la presse devrait informer un individu avant la publication de documents relatifs à sa vie privée. Pour arriver à cette conclusion, la CouEDH a déclaré que « la protection de l'article 10 [...] pourrait céder devant les exigences de l'article 8 lorsque l'information en cause revêt un caractère privé et intime et que sa divulgation ne présente aucun intérêt public »⁴³. Dans cette affaire, toutefois, eu égard à l'« effet dissuasif »⁴⁴ auquel une

³⁹ Analyse d'impact de la Commission, p. 40. Voir également l'article 1^{er} du projet de règlement et l'article 1^{er} du projet de directive.

⁴⁰ Le considérant 139 du projet de règlement reconnaît la nécessité de mettre en balance la protection des données à caractère personnel avec d'autres droits fondamentaux. Le considérant 80 du projet de directive ne se réfère pas à une telle nécessité ; au lieu de cela, il confirme que la proposition vise à la protection du « droit à la protection des données à caractère personnel et [du] droit à un recours effectif et à un procès équitable ».

⁴¹ Voir, par exemple, CouEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, 24 juin 2004, CouEDH, *Sciacca c. Italie*, n° 50774/99, 11 mai 2005, ou CouEDH, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, n° 40660/08 et 60641/08, 7 février 2012.

⁴² Voir, par exemple, CouEDH, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, 28 janvier 1993, ou CouEDH, *Mosley c. Royaume-Uni*, n° 48009/08, 10 mai 2011.

⁴³ CouEDH, *Mosley c. Royaume-Uni*, n° 48009/08, 10 mai 2011, paragraphe 131.

obligation de notification préalable risquerait de donner lieu, aux doutes importants quant à l'efficacité de toute obligation de ce genre et à la large marge d'appréciation dans ce domaine, la CouEDH a conclu que l'article 8 n'impose aucune obligation juridiquement contraignante de notification préalable. En 2012, deux arrêts de la CouEDH ont précisé davantage comment réaliser l'exercice de mise en balance de la vie privée et de la liberté d'expression.

- (31) La CouEDH a résumé les critères à prendre en considération lors de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée dans deux arrêts⁴⁵. Ces deux arrêts examinent des droits concurrents de principe. Dans le premier, une plainte avait été déposée par une maison d'édition en vertu de l'article 10 et, dans le second, par une personne publique célèbre conformément à l'article 8. Dans l'arrêt *Axel Springer AG*, la Cour a dû déterminer si l'interdiction de publication imposée par un tribunal au propriétaire du quotidien *Bild Zeitung* était compatible avec l'article 10 de la CEDH. Le requérant voulait publier un article sur l'arrestation et la condamnation d'un acteur connu. La CouEDH a conclu que l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant était contraire à l'article 10 de la CEDH. Dans l'arrêt *Von Hannover (n° 2)*, la plainte des requérants concernait le fait qu'en refusant d'imposer une interdiction de publication sur des photographies, la justice allemande n'avait pas correctement protégé leur vie privée. La CouEDH n'a pas donné raison aux requérants et a conclu que l'article 8 de la CEDH n'avait pas été violé. Pour parvenir à ces conclusions, la Cour a appliqué dans les deux affaires plusieurs critères pertinents au regard des faits de l'espèce. L'un de ces critères, utilisé dans les deux affaires, fait référence à la « contribution à un débat d'intérêt général » de l'expression contestée⁴⁶.
- (32) Dans l'arrêt *Lindqvist*, la CJUE a établi que les exigences de la Directive 95/46/CE⁴⁷ relative à la protection des données ne constituent pas en elles-mêmes une restriction contraire à la liberté d'expression consacrée, en particulier, à l'article 10 de la CEDH. Selon la CJUE, les autorités et juridictions nationales appliquant les garanties en matière de protection des données doivent « assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire »⁴⁸. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Satamedia*, qui portait sur l'interprétation à donner à l'article 9 de la Directive 95/46/CE. La Cour a reconnu que « l'article 9 [...] poursuit l'objectif de concilier deux droits fondamentaux, à savoir, d'une part, la protection de la vie privée et, d'autre part, la liberté d'expression »⁴⁹.
- (33) La CouEDH et la CJUE reconnaissent la nécessité de mettre en balance le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel. La CouEDH suggère en outre une série de critères pour résoudre les tensions potentielles entre ces deux droits fondamentaux et pour évaluer en particulier si l'expression a contribué à un débat d'intérêt général (voir le point 31).
- (34) La Directive 95/46/CE garantit de manière effective la liberté d'expression, et l'analyse d'impact de la Commission reconnaît la nécessité de clarifier les relations entre la liberté

⁴⁴ CouEDH, *Mosley c. Royaume-Uni*, point 126.

⁴⁵ CouEDH, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, n°s 40660/08 et 60641/08, 7 février 2012, points 108 et suivants, et CouEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne*, n° 39954/08, 7 février 2012, points 89 et suivants.

⁴⁶ CouEDH, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, paragraphe 109.

⁴⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO 1995 L 281 (ci-après la « Directive 95/46/CE »).

⁴⁸ CJUE, C-101/01, *Bodil Lindqvist*, 6 novembre 2003, point 90.

⁴⁹ CJUE, C-73/07, *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, 16 décembre 2008, point 54.

d'expression et la protection des données à caractère personnel⁵⁰. L'article 80 du projet de règlement réitère, avec quelques modifications mineures, l'article 9 de la Directive 95/46/CE⁵¹. En vertu de l'article 80, les États membres de l'UE doivent adopter des exemptions et des dérogations pour assurer un juste équilibre entre la liberté d'expression et la protection des données à caractère personnel.

- (35) Les précisions nécessaires demandées par la Commission européenne dans son analyse d'impact sont explicitement incluses dans le considérant 121 du projet de règlement. Ce considérant tient compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE (voir le point 32). Il reconnaît également l'importance de la liberté d'expression en se référant à l'article 11 de la Charte. Il fournit des lignes directrices sur l'interprétation à donner à la notion de « fins journalistiques », qui comprend les activités ayant pour objet de communiquer au public des informations, des opinions ou des idées, quel que soit le vecteur utilisé pour les transmettre.
- (36) Une démarche éventuelle pour clarifier davantage les relations entre la liberté d'expression et la protection des données à caractère personnel pourrait consister en l'insertion de tous les éléments du considérant 121 dans l'article 80 du projet de règlement.
- (37) En conservant de manière générale le libellé de l'article 9 de la Directive 95/46/CE, le projet de règlement risque de ne pas couvrir suffisamment tous les types d'expression qui pourraient contribuer à un débat d'intérêt public. En conséquence, il pourrait être envisagé de se demander si la référence à la finalité journalistique figurant à l'article 80 du projet de règlement est appropriée ou s'il serait préférable d'insérer l'expression générique de « liberté d'expression et d'information » dans le projet d'article⁵².
- (38) La Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une nouvelle conception des médias montre combien il est aujourd'hui important d'élargir la notion de médias⁵³. De même, comme l'a reconnu la CJUE, la notion de « fins journalistiques » ne devrait pas être interprétée de manière trop restrictive.
- (39) L'insertion, à l'article 80 du règlement, d'une référence à la liberté d'expression et d'information garantie par l'article 11 de la Charte offrirait la souplesse nécessaire pour que les États membres de l'UE et les juridictions nationales puissent concilier la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression selon leur législation nationale conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. Dans leur législation, les États membres de l'UE devraient prévoir des limitations à la protection des données de nature proportionnée et uniquement si elles sont nécessaires pour concilier le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel⁵⁴. Parallèlement, cette solution n'exclurait pas a priori certains types d'expressions ou de personnes, telles que les lanceurs d'alerte (*whistleblowers*), dont l'expression est protégée par la liberté d'expression et d'information⁵⁵.

⁵⁰ Analyse d'impact de la Commission, annexe 2, p. 23.

⁵¹ Le projet de directive ne mentionne pas la liberté d'expression.

⁵² Les rédacteurs de la version modernisée de la Convention 108 semblent avoir suivi cette démarche : voir Conseil de l'Europe (2012), Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Moderniser la Convention : nouvelles propositions, T-PD(2012)04Rev_fr, Strasbourg, 17 septembre 2012 (ci-après le « Comité consultatif sur la modernisation de la Convention 108 »), p. 12.

⁵³ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2011), Recommandation Rec(2011)7 aux États membres sur une nouvelle conception des médias, 21 septembre 2011.

⁵⁴ Voir l'avis du CEPD, points 283 à 289.

⁵⁵ Voir CouEDH, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04, 12 février 2008.

- (40) En vertu du projet de règlement⁵⁶, un responsable du traitement des données ne peut pas effacer les données à caractère personnel qui sont nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression et d'information⁵⁷. Modifier l'article 80 du projet de règlement, comme proposé ci-dessus, serait également intéressant en ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 17 du projet de règlement sur le droit à l'oubli numérique et à l'effacement des données à caractère personnel.

2.2. Liberté des arts et des sciences

- (41) L'article 13 de la Charte garantit la liberté des arts et des sciences. Elle n'est pas absolue mais doit être mise en balance avec les droits à la protection des données étant donné que les données à caractère personnel peuvent être utilisées par les artistes, par exemple. La CJUE n'a pas encore été amenée à statuer sur une affaire fondée sur l'article 13 de la Charte. Dans le système de la CEDH, l'article 10 garantit la liberté d'expression artistique⁵⁸ et la création littéraire⁵⁹. Selon la CouEDH, « [c]eux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression »⁶⁰.
- (42) L'article 80 du projet de règlement appelle les États membres de l'UE à établir des dérogations et des exemptions dans le contexte de l'« expression artistique ou littéraire ». Dans le système de la CEDH, ces notions sont couvertes par les garanties générales en matière de liberté d'expression. Compte tenu du caractère juridiquement contraignant de la Charte, il pourrait être opportun de faire spécifiquement référence à la liberté des arts et des sciences garantie par l'article 13 de la Charte.

2.3. Liberté d'entreprise

- (43) La liberté d'entreprise reconnue à l'article 16 de la Charte est un autre droit qui nécessitera souvent d'être concilié avec l'article 8 de la Charte⁶¹. En particulier, le projet de règlement et le projet de directive introduisent de nouvelles obligations pour les entreprises dans le but de renforcer la protection des données et les droits des détenteurs de données. Ces

⁵⁶ Article 17, paragraphe 3, point a), du projet de règlement.

⁵⁷ Voir également les discussions sur le « droit à l'oubli » qui ont eu lieu lors du 3^e colloque annuel de la FRA sur la réforme de la protection des données dans l'UE et les nouvelles garanties relatives des droits fondamentaux : FRA (2012), *FRA Symposium report – European Union data protection reform: new fundamental rights guarantees*, 3rd Annual Symposium, Vienna, 10 May 2012 (ci-après le « rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA »), p. 6 et suivantes.

⁵⁸ CouEDH, *Müller et autres c. Suisse*, n° 10737/84, 24 mai 1988, point 33, et CouEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, n° 68354/01, 25 janvier 2007, point 33 ; voir également CouEDH, *Akdaş c. Turquie*, n° 41056/04, 16 février 2010, points 24 et 25. En effet, l'expression peut être à la fois artistique et politique : voir CouEDH, *Táatar et Fáber c. Hongrie*, n° 26005/08 et 26160/08, 12 juin 2012, point 41.

⁵⁹ CouEDH, *Karataş c. Turquie*, n° 23168/94, 8 juillet 1999, point 49, CouEDH, *Alınak c. Turquie*, n° 40287/98, 29 mars 2005, point 41, et CouEDH, *London, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, n° 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007, point 47.

⁶⁰ CouEDH, *Karataş c. Turquie*, n° 23168/94, 8 juillet 1999, point 49.

⁶¹ Voir également les références pertinentes dans l'analyse d'impact de la Commission, annexe 7.

obligations influenceront sur la mesure dans laquelle les entreprises exerceront leur liberté en vertu de l'article 16 de la Charte, notamment en occasionnant de nouveaux coûts pour les responsables du traitement des données.

- (44) Ces nouvelles obligations incluent la présence obligatoire de délégués à la protection des données dans les secteurs public et privé⁶², l'introduction d'analyses d'impact relatives à la protection des données⁶³, des obligations de documentation⁶⁴ ou des obligations liées à la mise en œuvre de certains droits de la personne concernée, comme le droit d'accès⁶⁵, le droit à l'oubli numérique⁶⁶ ou le droit à la portabilité⁶⁷. Il est donc important de veiller à ce que, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, de telles limitations soient nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi et préservent l'essence de la liberté fondamentale concernée. En d'autres termes, les coûts de mise en œuvre résultant de ces obligations ne doivent pas être si élevés qu'ils entravent de manière disproportionnée l'essence même de la liberté d'entreprise.
- (45) De récents arrêts de la CJUE illustrent la nécessité de mettre en balance la protection des droits de propriété intellectuelle des titulaires de droits d'auteur et la liberté d'entreprise des fournisseurs d'accès à l'internet. Dans l'affaire *Scarlet Extended SA c. SABAM*⁶⁸, la question principale posée à la CJUE consistait à savoir si la législation de l'UE applicable dans le domaine des droits de propriété intellectuelle devait être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une injonction faite à un fournisseur d'accès à l'internet (FAI) de mettre en place un système de filtrage des communications électroniques afin d'éviter le partage de fichiers portant atteinte à la législation relative au droit d'auteur. La CJUE a dû mettre en balance le droit à la propriété intellectuelle (article 17, paragraphe 2, de la Charte) des personnes concernées par les mesures prises par le FAI et le droit du FAI d'exercer librement ses activités (article 16 de la Charte). La CJUE a jugé que l'injonction faite à un FAI de mettre en place et d'entretenir à ses frais un système informatique complexe et coûteux pour surveiller l'intégralité des communications électroniques réalisées sur le réseau sans limitation dans le temps (afin de protéger les droits des titulaires de droits d'auteur) limite de manière disproportionnée la liberté d'entreprise du FAI. La Cour a déclaré qu'une telle injonction ne respectait pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre la protection des droits dont jouissent les titulaires de droits d'auteur et celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les FAI. En outre, la CJUE a noté que l'injonction litigieuse pouvait également porter atteinte au droit à la protection des données et à la liberté d'information de la clientèle des FAI. Ces deux droits fondamentaux supplémentaires ont été pris en considération lors de la mise en balance. La Cour a conclu que l'injonction litigieuse ne respectait pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, le droit à la propriété et, d'autre part, la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations⁶⁹.

⁶² Article 35 du projet de règlement et article 30 du projet de directive.

⁶³ Article 33 du projet de règlement.

⁶⁴ Article 28 du projet de règlement ou article 23 du projet de directive.

⁶⁵ Article 15 du projet de règlement et article 12 du projet de directive.

⁶⁶ Article 17 du projet de règlement. Voir également le rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA, p. 7.

⁶⁷ Article 18 du projet de règlement. Voir également le rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA, p. 9.

⁶⁸ CJUE, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 novembre 2011.

⁶⁹ *Ibid.* La CJUE a suivi le même raisonnement dans le récent arrêt *SABAM c. Netlog* : CJUE, C-360/10, *SABAM c. Netlog*, 16 février 2012.

- (46) Tout en relevant les références au principe de proportionnalité contenues dans divers considérants du projet de règlement⁷⁰ et, par conséquent, les dispositions particulières pour les micro, petites et moyennes entreprises, la possibilité d'inclure une référence à l'article 16 de la Charte pourrait permettre de mettre en balance les droits en tenant compte, à la lumière de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, de tous les aspects pertinents liés à la liberté d'entreprise, et pas seulement de la taille de l'entreprise⁷¹. Cette démarche pourrait aussi permettre d'élargir une référence très générale et d'insister sur la nécessité de tenir compte des coûts de mise en œuvre figurant dans les instruments proposés⁷².

2.4. Droits de l'enfant

- (47) L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC) des Nations Unies (ONU)⁷³ et l'article 24 de la Charte consacrent le droit de l'enfant à la protection et aux soins nécessaires à son bien-être. Ils garantissent en outre que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans tous les actes relatifs aux enfants⁷⁴. L'article 3 de la CRC prend également en considération les droits et les devoirs des parents de l'enfant, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables et prescrit la prise de mesures législatives et administratives appropriées. Le projet de règlement souligne que les enfants méritent une protection spécifique des données à caractère personnel les concernant, mais pas le projet de directive⁷⁵.
- (48) Le projet de règlement reconnaît que les enfants « peuvent être moins conscients des risques, des conséquences, des garanties et de leurs droits en matière de traitement des données »⁷⁶. Le projet tire en particulier deux conséquences de cette déclaration importante. Premièrement, « s'agissant de l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants », le projet de règlement prévoit que, pour les enfants de moins de 13 ans et sans préjudice du droit général des contrats des États membres de l'UE, le parent de l'enfant ou une personne qui en a la garde doit donner ou autoriser le consentement pour le traitement des données à caractère personnel⁷⁷. Deuxièmement, l'exercice du « droit à l'oubli et à l'effacement »⁷⁸ met en lumière l'importance des données « que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant ». Il pourrait être envisagé de préciser que l'exercice de ce droit est également applicable lorsque la personne concernée est toujours considérée comme un enfant.

⁷⁰ Considérants 11 et 139 du projet de règlement.

⁷¹ Voir les préoccupations liées aux critères de la taille de l'entreprise : avis du CEPD, point 79, et avis du GT Art. 29, p. 17 et 18.

⁷² Articles 23 et 31 du projet de règlement ou articles 19 et 27 du projet de directive.

⁷³ Organisation des Nations Unies, Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

⁷⁴ Voir CouEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, 6 juillet 2010, point 135. La CouEDH y note qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer. Dans cet arrêt, la CouEDH fait référence à l'article 24 de la Charte.

⁷⁵ Voir également l'avis du CEPD, points 320 et suivants.

⁷⁶ Considérant 29 du projet de règlement. Voir l'avis du CEPD, point 128, l'avis du GT Art. 29, p. 14, et l'avis du CESE, point 4.19.

⁷⁷ Article 8 du projet de règlement.

⁷⁸ Article 17 du projet de règlement.

- (49) L'exigence prévue par le projet de règlement⁷⁹ selon laquelle des analyses d'impact relatives à la protection des données doivent être effectuées avant les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées pourrait inclure l'obligation d'effectuer dans la mesure du possible des analyses d'impact relatives au traitement des données concernant des enfants.

2.5. Droit d'accès aux documents

- (50) Bien qu'il existe dans la jurisprudence des indications selon lesquelles le droit d'accès du public aux documents pourrait être considéré comme un principe général du droit de l'UE, qui s'appliquerait également au niveau national, la CJUE n'a pas encore confirmé que c'est bien le cas⁸⁰. Le droit d'accès du public aux documents tel qu'il est garanti par l'article 42 de la Charte, l'article 15 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et le Règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission⁸¹ ne porte que sur l'accès aux documents détenus par les institutions de l'UE⁸². Le Règlement (CE) n° 1049/2001 contient une liste exhaustive des exceptions au droit d'accès du public, par exemple lorsque la divulgation du document en question porterait atteinte à la vie privée et à l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation de l'UE relative à la protection des données à caractère personnel. L'application de cette exception s'est révélée complexe et, parfois, controversée dans la pratique⁸³.
- (51) Vingt-six États membres de l'UE ainsi que la Croatie ont adopté des dispositions en matière d'accès à l'information dans leur législation nationale⁸⁴. En outre, on peut se référer aux principes énoncés dans la Recommandation Rec(2002)2 du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics⁸⁵, qui ont inspiré les rédacteurs de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (ci-après la « Convention 205 »)⁸⁶. Cette

⁷⁹ Article 33 du projet de règlement.

⁸⁰ CJUE, C-58/94, *Pays-Bas c. Conseil*, 30 avril 1996, points 34 à 40, et conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire C-58/94, *Pays-Bas c. Conseil*, présentées le 28 novembre 1995, points 14 et 15.

⁸¹ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO L 145, 31 mai 2001 [ci-après le « Règlement (CE) n° 1049/2001 »].

⁸² Voir également l'article 5 du Règlement (CE) n° 1049/2001.

⁸³ Voir, dans le contexte de l'UE, CJUE, C-28/08 P, *Commission européenne c. The Bavarian Lager Co. Ltd.*, 29 juin 2010, et CEPD (2011), Accès du public aux documents contenant des données à caractère personnel après l'arrêt rendu dans l'affaire *Bavarian Lager*, Bruxelles, 24 mars 2011, Commission européenne (2012), Rapport de la Commission concernant l'application au cours de l'année 2011 du règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, COM(2012) 429 final, Bruxelles, 2 août 2012, p. 5, et Conseil de l'Union européenne (2012), Dixième rapport annuel du Conseil sur la mise en œuvre du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, n° 8260/12, Bruxelles, 30 mars 2012.

⁸⁴ Voir freedominfo.org à l'adresse : www.freedominfo.org/regions/europe.

⁸⁵ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2002), Recommandation Rec(2002)2 aux États membres sur l'accès aux documents publics, 21 février 2002.

⁸⁶ Conseil de l'Europe, Convention sur l'accès aux documents publics, STCE n° 205, 18 juin 2009. La Convention 205 n'est pas encore entrée en vigueur, elle a été signée par sept États membres de l'UE (Belgique, Danemark, Estonie, Hongrie, Lituanie, Slovaquie, Suède) et ratifiée par trois États membres de l'UE (Hongrie, Lituanie, Suède).

convention est le premier instrument contraignant établissant le droit d'accès aux documents publics détenus par des autorités publiques⁸⁷. Ce droit peut être limité pour plusieurs motifs, notamment pour protéger la vie privée et les autres intérêts privés légitimes⁸⁸. Comme il est indiqué dans le rapport explicatif sur la Convention 205, les documents contenant des données à caractère personnel sont couverts par la Convention 205, étant donné que la Convention 108 n'interdit pas l'accès de tiers à des documents contenant des données à caractère personnel⁸⁹. Toutefois, lorsqu'un accès à de tels documents est accordé, l'usage des données à caractère personnel est régi par les garanties en matière de protection des données (par exemple, la Convention 108).

- (52) Le projet de règlement et le projet de directive permettent « de prendre en compte, dans la mise en œuvre de [leurs] dispositions [respectives], le principe du droit d'accès du public aux documents administratifs »⁹⁰. Il pourrait être envisagé de renforcer au moyen d'un article les garanties en matière d'accès à l'information dans les deux instruments⁹¹. Une telle modification marquerait la nécessité d'établir un équilibre entre la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès aux documents.

2.6. Considérations

Liberté d'expression et d'information

- (53) Le projet de règlement prévoit des exemptions relatives au traitement de données « aux seules fins de journalisme ». Il pourrait être envisagé de remplacer le concept de la finalité journalistique par la notion générique de « liberté d'expression et d'information ». Au minimum, il pourrait être envisagé d'inscrire tous les éléments du considérant 121 du projet de règlement dans son article 80 (traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression), lequel pourrait faire explicitement référence à l'article 11 de la Charte.

Liberté des arts et des sciences

- (54) Afin de tenir dûment compte des garanties de la Charte, il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique à l'article 13 de la Charte en ce qui concerne les articles 80 (traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression) et 83 (traitements de données à des fins de recherche historique, statistique et scientifique) du projet de règlement.

Liberté d'entreprise

- (55) Les nouvelles obligations pour les entreprises prévues dans les deux instruments entraîneront de nouveaux coûts pour les responsables du traitement des données. Il pourrait être envisagé de se référer dans les deux instruments à l'article 16 de la Charte, afin d'assurer un juste équilibre entre la protection des données et la liberté d'entreprise.

Droits de l'enfant

⁸⁷ Article 2 de la Convention 205.

⁸⁸ Article 3, paragraphe 1, point f), de la Convention 205.

⁸⁹ Voir Conseil de l'Europe, Convention sur l'accès aux documents publics, STCE n° 205, 18 juin 2009 – Rapport explicatif, point 16.

⁹⁰ Voir le libellé semblable au considérant 18 du projet de règlement et au considérant 13 du projet de directive.

⁹¹ Voir l'avis du GT Art. 29, p. 12 et 13, et l'avis du CEPD, points 290 et suivants.

- (56) Le droit à l'oubli numérique prévu à l'article 17 du projet de règlement est particulièrement pertinent pour l'effacement des données à caractère personnel que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant. Il pourrait être envisagé de préciser que l'exercice de ce droit est également applicable lorsque la personne concernée est toujours considérée comme un enfant.
- (57) L'exigence prévue à l'article 33 (analyse d'impact relative à la protection des données) du projet de règlement selon laquelle des analyses d'impact relatives à la protection des données doivent être effectuées avant les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées pourrait préciser que cette exigence doit s'appliquer dans la mesure du possible au traitement des données concernant des enfants.

Accès aux documents

- (58) Afin de tenir dûment compte des évolutions en matière d'accès aux documents à la fois au niveau national et au niveau international, il pourrait être envisagé d'insérer un article sur l'accès aux documents dans les deux instruments, renvoyant aux législations nationales. Une telle modification pourrait faciliter la conciliation nécessaire entre la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès aux documents.

3. Non-discrimination

- (59) L'objectif d'une réglementation spécifique pour les données sensibles est de garantir la vie privée et la non-discrimination⁹². L'article 9 du projet de règlement, qui régit les traitements portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel, se fonde sur le texte actuel de la Directive 95/46/CE⁹³ ; il interdit le traitement des données à caractère personnel sensibles. L'article 8 du projet de directive, qui régit également les traitements portant sur des données sensibles, prend en outre en considération la jurisprudence de la CouEDH⁹⁴.
- (60) L'analyse d'impact de la Commission européenne note que la transposition de la Directive 95/46/CE a donné lieu à des approches divergentes au niveau national. La Commission européenne conclut que la notion de données sensibles doit être examinée plus avant, sa portée éventuellement étendue et les conditions dans lesquelles les données sensibles peuvent être traitées mieux harmonisées⁹⁵. Les considérants pertinents du programme de réforme font référence à la protection de la vie privée en ce qui concerne l'interdiction du traitement de données sensibles ; toutefois, il n'est fait nulle mention de la non-discrimination⁹⁶. Une meilleure solution consisterait peut-être à inclure une référence

⁹² Voir le document consultatif concernant des catégories particulières de données (les « données sensibles » suivant : Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données (2011), *Advice paper on special categories of data ("sensitive data")*, Bruxelles, 4 avril 2011.

⁹³ Article 8 de la Directive 95/46/CE.

⁹⁴ L'exposé des motifs du projet de directive se réfère à la p. 9 à l'arrêt de la CouEDH dans l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30566/04, 4 décembre 2008.

⁹⁵ Analyse d'impact de la Commission, annexe 2, p. 30.

⁹⁶ Voir les considérants 41 et suivants du projet de règlement et le considérant 26 du projet de directive.

spécifique à l'article 21 de la Charte dans l'article 9 du projet de règlement et l'article 8 du projet de directive⁹⁷.

- (61) Une telle référence directe à la non-discrimination pourrait améliorer l'alignement sur l'article 21 de la Charte. Dans ce contexte, les considérants ou projets d'articles pertinents pourraient également inclure une référence spécifique à l'« orientation sexuelle » en tant que donnée sensible⁹⁸ lorsque le libellé actuel mentionne la « vie sexuelle ».
- (62) En outre, cette référence directe à l'article 21 pourrait faciliter la prise de mesures contre les discriminations directes et indirectes. La discussion ci-dessous illustre la manière dont cette référence pourrait contribuer à la lutte contre ces discriminations.

3.1. Données sensibles et examen de données à des fins statistiques et de non-discrimination

- (63) L'interdiction de traiter des données sensibles n'est pas absolue. Les projets autorisent un certain nombre d'exceptions, qui sont toutes encadrées par des garanties étant donné que le traitement de données sensibles pourrait avoir de lourdes conséquences pour la personne concernée en l'absence de garanties en matière de protection des données⁹⁹. Dans les limites de ces garanties et sous certaines conditions, la collecte de données sensibles peut être bénéfique pour la lutte contre la discrimination.
- (64) La Commission européenne a reconnu l'importance et la nécessité de disposer de données pour quantifier les discriminations et évaluer les progrès accomplis dans la mise en œuvre des politiques. Elle a souligné qu'« [i]l est crucial de disposer de données précises pour évaluer la portée et la nature des discriminations subies et pour concevoir, modifier, suivre et évaluer des politiques en la matière [et que la] demande de données relatives à tous les motifs de discrimination est considérable »¹⁰⁰.
- (65) L'avis de la FRA sur les données des dossiers passagers (PNR)¹⁰¹, fondé sur la jurisprudence de la Cour EDH¹⁰² et de la CJUE¹⁰³, a souligné l'importance de l'utilisation des statistiques pour

⁹⁷ Voir, en ce qui concerne le projet de règlement, l'avis du CESE, point 4.16.2. Voir également les travaux relatifs à la modernisation de la Convention 108, dont le projet d'article 6 mentionne le « risque de discrimination » : Comité consultatif sur la modernisation de la Convention 108, p. 8.

⁹⁸ Article 9 et article 33, paragraphe 2, point b), du projet de règlement et article 8 du projet de directive. Cette démarche serait conforme à la Recommandation Rec(2010)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 31 mars 2010 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, dont le point 19 dispose : « Les États membres devraient veiller à ce que les données à caractère personnel mentionnant l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne ne soient ni collectées ni conservées ou utilisées d'une autre manière par des organismes publics incluant notamment les services répressifs, sauf si cette activité est nécessaire à des fins spécifiques, légales et légitimes ; les enregistrements existants et non conformes à ces principes devraient être détruits. » Voir également Commissaire aux droits de l'homme (2011), *Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, 2^e édition, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011, p. 55.

⁹⁹ Voir également l'avis du CEPD, point 302.

¹⁰⁰ Voir Commission européenne (2008), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Non-discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé, COM(2008) 420 final, Bruxelles, 2 juillet 2008, p. 8.

¹⁰¹ Voir FRA (2011), *Avis de la FRA – 1/2011, Données des dossiers passagers*, Vienne, 14 juin 2011 (ci-après l'« avis de la FRA sur les PNR »), p. 7 et suivantes ; FRA, ECtHR (2011), *Manuel de droit européen*

combattre la discrimination. En vertu du droit de l'UE, les statistiques peuvent être utilisées pour donner lieu à une présomption de discrimination qui débouchera sur un renversement de la charge de la preuve. À cette fin, les statistiques peuvent être utiles devant le juge. Elles servent également des objectifs plus larges en matière de non-discrimination, comme la surveillance générale ou ciblée des discriminations, qui peut apporter des conseils fondés sur des éléments probants aux décideurs politiques lors de l'élaboration des mesures de lutte contre la discrimination. Ces statistiques peuvent également servir d'orientation pour la mise en place d'actions positives visant à lutter contre la discrimination là où elle a été constatée¹⁰⁴.

- (66) Dans la pratique, cependant, la collecte, la production, l'analyse et la diffusion de ces statistiques à des fins de lutte contre la discrimination sont à tort considérées par beaucoup comme étant contraires à l'interdiction de traiter des catégories particulières ou sensibles de données à caractère personnel énoncée dans la Directive 95/46/CE. La Commission européenne a remis en question cette perception en ce qui concerne les données ethniques en déclarant qu'« [i]l appartient [...] aux États membres de décider si des données ethniques doivent être recueillies pour produire des statistiques en vue de combattre la discrimination, pour autant que les garanties établies dans la directive sur la protection des données [la Directive 95/46/CE] soient respectées »¹⁰⁵.
- (67) Outre la faisabilité juridique de la collecte, dans certaines conditions, de données sensibles à des fins de lutte contre la discrimination, il existe des preuves solides de l'acceptation générale de la collecte de ce genre de données. Par exemple, l'*Eurobaromètre spécial 263 « La discrimination dans l'Union européenne »* révèle qu'« [e]n moyenne, la population européenne témoigne d'un degré élevé de disposition à fournir une information personnelle dans le cadre d'un recensement anonyme en vue de combattre la discrimination »¹⁰⁶. C'est également le cas pour les personnes appartenant à des minorités, comme l'indique le rapport de la FRA sur l'Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination (EU-MIDIS). Au total, 65 % des 23 500 personnes interrogées – d'origine étrangère ou appartenant à une minorité ethnique – ont déclaré qu'elles étaient disposées à

en matière de non-discrimination, Luxembourg, Office des publications, 2011, p. 32 et suivantes et p. 150 et suivantes ; FRA, ECtHR (2012), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination : Mise à jour de la jurisprudence juillet 2010-décembre 2011*, document en ligne.

¹⁰² Pour une affaire de discrimination ethnique, voir CouEDH, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, 13 novembre 2007.

¹⁰³ Pour des affaires de discrimination sexuelle, voir CJUE, affaires jointes C-4/02 et C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main* et *Silvia Becker c. Land Hessen*, 23 octobre 2003, et, plus récemment, CJUE, affaire C-123/10, *Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt*, 20 octobre 2011.

¹⁰⁴ Voir Julie Ringelheim et Olivier de Schutter (2010), *Ethnic monitoring – The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, Bruxelles, Bruylant, p. 38.

¹⁰⁵ Voir Commission européenne (2006), Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM(2006) 643 final, Bruxelles, 30 octobre 2006, p. 10.

¹⁰⁶ Trois citoyens de l'UE sur quatre accepteraient de communiquer une information personnelle sur leur origine ethnique (75 %) et sur leur religion ou leurs convictions (74 %). La disposition à fournir une information sur son orientation sexuelle (65 %) et sa situation de santé (71 %) est à peine moins répandue. Voir Commission européenne (2007), *Eurobaromètre spécial 263 « La discrimination dans l'Union européenne »*, p. 32.

fournir, de façon anonyme, des informations sur leur origine ethnique comme part d'un recensement si cela pouvait aider à combattre la discrimination¹⁰⁷.

- (68) L'analyse des données à des fins statistiques – y compris les données à caractère personnel telles que l'auto-identification de l'origine ethnique ou de la religion/des convictions – peut être effectuée sans référence aux informations personnelles des personnes interrogées, comme leur nom et leur adresse. Le recensement des formes de discrimination éventuelle (aux côtés d'autres formes) est fondé sur une analyse de grands ensembles de données pour laquelle il n'est pas nécessaire d'identifier l'individu. La confirmation scientifique de l'existence de formes de discrimination se fait plutôt en analysant la relation entre différents ensembles de variables – telles que le sexe, l'âge et l'origine ethnique – par rapport à la situation en matière d'emploi ou de profilage, par exemple ; sur cette base, les tests de signification statistique peuvent indiquer si ces formes de discrimination sont susceptibles de se produire par hasard ou non, ce qui pourrait indiquer une éventuelle discrimination.
- (69) Lorsque le nombre de cas (par exemple, le nombre de personnes incluses dans une étude) n'atteint pas une certaine valeur, la convention en statistique veut que l'on n'utilise ou ne publie pas de données permettant d'identifier un individu sauf consentement explicite de celui-ci. Cette convention garantit l'anonymat des personnes concernées, tout en permettant d'analyser les formes éventuelles de discrimination. Cette situation diffère de l'examen par la justice de cas individuels de discrimination, dans lesquels le juge apprécie les circonstances d'un ou de plusieurs cas particuliers et peut faire référence à un comparateur. Toutefois, les éléments – obtenus à partir de grands ensembles de données – attestant de l'existence de formes de discrimination peuvent être utilisés devant un tribunal comme preuve à l'appui de l'existence d'une discrimination éventuelle.
- (70) Le projet de règlement prévoit une nouvelle exception permettant la collecte de données sensibles lorsque celle-ci « est nécessaire à des fins de recherche historique, statistique ou scientifique, sous réserve des conditions et des garanties prévues à l'article 83 »¹⁰⁸. Pour remédier au manque de clarté susmentionné et afin de fournir aux États membres de l'UE les instruments appropriés, cette disposition pourrait indiquer explicitement que les données sensibles peuvent être collectées dans le but de lutter contre des discriminations fondées sur les motifs énumérés à l'article 21 de la Charte¹⁰⁹.
- (71) De telles modifications pourraient s'inspirer de l'article 31 de la CRPD¹¹⁰, qui oblige les États parties à recueillir des informations appropriées qui soutiennent la formulation de politiques relatives à des mesures de lutte contre la discrimination en faveur des personnes handicapées. Ces données statistiques et de recherches doivent être collectées dans le respect de la législation en matière de protection des données¹¹¹.

¹⁰⁷ FRA (2009), *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination – Rapport sur les principaux résultats*, Luxembourg, Office des publications, p. 284.

¹⁰⁸ Article 9, paragraphe 2, point i), du projet de règlement. L'article 83 du projet de règlement régit les traitements de données à des fins de recherche historique, statistique et scientifique.

¹⁰⁹ Voir également le projet d'article 6 de la version modernisée de la Convention 108. Voir Comité consultatif sur la modernisation de la Convention 108, p. 14.

¹¹⁰ ONU, Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRPD), 13 décembre 2006.

¹¹¹ À ce jour, la CRPD a été ratifiée par 23 États membres de l'UE et par l'UE. Son article 31 dispose :

« 1. Les États Parties s'engagent à recueillir des informations appropriées, y compris des données statistiques et résultats de recherches, qui leur permettent de formuler et d'appliquer des politiques visant à donner effet à la présente Convention. Les procédures de collecte et de conservation de ces informations respectent :

a) Les garanties légales, y compris celles qui découlent de la législation sur la protection des données, afin d'assurer la confidentialité et le respect de la vie privée des personnes handicapées ;

- (72) Une démarche semblable pourrait être suivie en ce qui concerne l'article 8 du projet de directive, en dressant une liste plus précise des dérogations à l'interdiction de traitement des données sensibles¹¹².

3.2. Données sensibles et capacité juridique

- (73) La formulation de l'article 9, paragraphe 2, point c), du projet de règlement, qui autorise le traitement de données sensibles lorsque la personne concernée est « dans l'incapacité [...] juridique de donner son consentement » pourrait affecter les personnes handicapées¹¹³. L'article 9, paragraphe 2, point c), est pertinent dans de nombreux États membres de l'UE où les personnes handicapées mentales et les personnes souffrant de troubles mentaux peuvent être privées de leur capacité juridique¹¹⁴. Cependant, la notion de privation de la capacité juridique n'est pas pleinement conforme aux exigences de la CRPD, que la plupart des États membres de l'UE ont ratifiée. L'article 12 de la CRPD reconnaît que les personnes handicapées ont la « personnalité juridique » et ont la capacité juridique sur une base d'égalité avec autrui. Cet article appelle à des réformes juridiques pour permettre l'accompagnement de la prise de décisions. Même lorsqu'une personne handicapée a besoin d'un accompagnement considérable, l'obligation de son accompagnateur est de lui permettre d'exercer sa capacité juridique selon ses souhaits. Le Comité des droits des personnes handicapées, chargé du suivi de la mise en œuvre de la CRPD, a clairement appelé les gouvernements à revoir leur législation nationale afin de remplacer les régimes de substitution de prise de décisions par des cadres permettant l'accompagnement de celle-ci¹¹⁵. Il pourrait être envisagé de modifier l'article 9 du projet de règlement afin d'assurer la pleine conformité avec la CRPD et avec les articles 21 et 26 de la Charte (intégration des personnes handicapées).

3.3. Données sensibles et profilage

- (74) Le projet de règlement et le projet de directive couvrent les mesures fondées sur le profilage¹¹⁶. Le projet de règlement prévoit le droit de la personne concernée de ne pas être soumise au profilage¹¹⁷. Dans le projet de directive, ce droit est inclus dans les

-
- b) Les normes internationalement acceptées de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes éthiques qui régissent la collecte et l'exploitation des statistiques.
2. Les informations recueillies conformément au présent article sont désagrégées, selon qu'il convient, et utilisées pour évaluer la façon dont les États Parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu de la présente Convention et identifier et lever les obstacles que rencontrent les personnes handicapées dans l'exercice de leurs droits. »

¹¹² Voir l'avis du CEPD, point 360.

¹¹³ Voir également l'avis du CEPD, point 130, et l'avis du GT Art. 29, p. 15.

¹¹⁴ Voir FRA (à paraître), *Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems*, Luxembourg, Office des publications.

¹¹⁵ Voir, plus récemment, ONU, Comité des droits des personnes handicapées (2012), Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 35 de la Convention, Observations finales du Comité des droits des personnes handicapées, Hongrie, CRPD/C/HUN/CO/1, Genève, 27 septembre 2012, paragraphes 24 et suivants.

¹¹⁶ Voir le considérant 58 et l'article 20 du projet de règlement ainsi que le considérant 27 et l'article 9 du projet de directive.

¹¹⁷ Chapitre III du projet de règlement sur les droits de la personne concernée.

principes en matière de protection des données¹¹⁸. Les deux instruments pourraient être alignés de manière à ce que les mesures fondées sur le profilage fassent partie des droits de la personne concernée.

- (75) Les deux instruments interdisent le traitement automatisé de données à caractère personnel fondé « exclusivement » sur des « données sensibles »¹¹⁹. Dans le contexte de la lutte contre le profilage ethnique discriminatoire, il pourrait être important de renforcer les garanties¹²⁰. Il pourrait être envisagé d'employer les termes « exclusivement ou essentiellement ».

3.4. Considérations

Non-discrimination

- (76) Les dispositions relatives aux données sensibles visent à protéger la vie privée et à la non-discrimination. Il pourrait être envisagé d'inclure l'« orientation sexuelle » dans la liste des données sensibles figurant dans le projet de règlement et dans le projet de directive, conformément à l'article 21 de la Charte.

Données statistiques pour lutter contre la discrimination

- (77) Le traitement statistique de données sensibles peut contribuer à révéler des formes de discrimination, ce qui peut être mis à profit pour élaborer des politiques et des actions spécifiques et fournir une expertise aux tribunaux. Il pourrait être envisagé d'insérer une référence spécifique à l'article 21 de la Charte dans le contexte de la lutte contre la discrimination par la collecte de données statistiques.

Données sensibles et capacité juridique

- (78) La privation de la capacité juridique n'est pas pleinement conforme aux obligations internationales liées à la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées. Il pourrait être envisagé d'aligner l'article 9 du projet de règlement sur les exigences de l'article 12 de la CRPD concernant la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité.

Données sensibles et profilage

- (79) Dans le projet de règlement, les mesures fondées sur le profilage et le traitement automatisé sont inscrites dans le chapitre concernant les droits des personnes concernées tandis que, dans le projet de directive, elles sont prévues sous les principes. Dans le but d'aligner les deux instruments, les mesures fondées sur le profilage et le traitement automatisé pourraient être placées dans le chapitre concernant les droits des personnes concernées dans chaque instrument.
- (80) Les deux instruments interdisent le profilage fondé « exclusivement » sur des données sensibles. Une plus grande protection contre l'utilisation abusive des données sensibles pourrait être inscrite dans le projet de règlement et dans le projet de directive si les

¹¹⁸ Chapitre II du projet de directive sur les principes.

¹¹⁹ Voir l'article 20, paragraphe 3, du projet de règlement et l'article 9, paragraphe 2, du projet de directive.

¹²⁰ Voir FRA (2010), *Pour des pratiques de police plus efficaces – Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire*, Luxembourg, Office des publications, 2010, p. 23. Voir également l'avis de la FRA sur les PNR, p. 7 et suivantes.

propositions interdisaient le profilage réalisé « exclusivement ou essentiellement » sur la base de données sensibles.

4. Accès à la justice

- (81) Selon le droit international, y compris le droit européen des droits de l'homme, les États doivent garantir à toute personne le droit d'accéder à la justice par le biais d'un tribunal ou d'un organe de règlement des différends et d'obtenir réparation en cas de violation de ses droits. En vertu de l'article 47 de la Charte, toute personne a « [d]roit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ». En outre, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du TUE, « [l]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Bien que les États membres de l'UE jouissent d'une marge d'appréciation pour déterminer quelles mesures sont les plus appropriées pour la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE, conformément au principe de coopération loyale visé à l'article 4, paragraphe 3, du TUE, les exigences minimales d'efficacité, d'équivalence, de proportionnalité et de dissuasion doivent être respectés¹²¹.
- (82) S'agissant de l'accès à la justice, les éléments présentés par la FRA dans son rapport en la matière montrent que les plaignants sont confrontés à de nombreux obstacles qui menacent la mise en œuvre effective de leurs droits¹²². Ces obstacles sont parfois considérés comme étant en contradiction avec les exigences de la Charte et de la CEDH¹²³. Ils concernent, entre autres, le coût des procédures judiciaires, les règles strictes sur la capacité d'ester en justice ainsi que la longue durée des procédures dans certains États membres de l'UE, ce qui décourage les justiciables de saisir la justice et, dès lors, rend leur accès à la justice moins effectif. En outre, les victimes de violations des droits de l'homme considèrent souvent que les voies de recours existantes sont trop complexes et coûteuses. Il arrive aussi fréquemment qu'elles n'aient pas connaissance de leurs droits fondamentaux et procéduraux, en particulier des droits garantis par le droit de l'UE et/ou le droit international, et qu'elles ne cherchent donc pas à obtenir réparation devant la justice¹²⁴. Selon les récentes constatations de la FRA concernant l'accès à la justice pour les victimes de discrimination dans l'UE, par exemple, un obstacle majeur pour les plaignants lors de l'accès à la justice consiste à déterminer l'institution à laquelle il convient d'adresser leurs plaintes pour discrimination. La multitude des voies disponibles pour les victimes de

¹²¹ Voir, par exemple, CJUE, C-432/05, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, 13 mars 2007, points 37 à 39 et 42.

¹²² FRA (2011), *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, Luxembourg, Office des publications, et FRA (2010), *EU-MIDIS – Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination – Données en bref 3, Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité*, Luxembourg, Office des publications, 2010. Voir également FRA (2012, à paraître), *Access to justice in cases of discrimination in the EU – Steps to further equality*, Luxembourg, Office des publications.

¹²³ Voir, par exemple, CJUE, C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Allemagne*, 22 décembre 2010, points 28 à 61, et CJUE, C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c. Staatssecretaris van Financiën*, 13 janvier 2005, point 18. Voir également CouEDH, *Albanese c. Italie*, n° 77924/01, 23 mars 2006, point 74, et CouEDH, *Stankov c. Bulgarie*, n° 68490/01, 12 juillet 2007, points 50 à 55.

¹²⁴ FRA (2011), *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, Luxembourg, Office des publications. Voir également FRA (2012, à paraître), *Access to justice in cases of discrimination in the EU – Steps to further equality*, Luxembourg, Office des publications.

violations des droits fondamentaux a été considérée comme un facteur augmentant la difficulté d'accéder à la justice¹²⁵.

- (83) L'analyse d'impact de la Commission européenne souligne également que ces lacunes affectent le domaine de la protection des données¹²⁶.
- (84) Les considérants des deux projets d'instruments réitèrent les principes pertinents pour les droits fondamentaux, dont les normes existantes qu'il convient de respecter pour assurer l'exercice effectif du droit d'accès à la justice¹²⁷. Néanmoins, le dispositif de ces deux instruments aurait pu fournir les détails nécessaires et prévoir des mesures concrètes pour garantir l'accès à la justice.

4.1. Capacité d'ester en justice

- (85) La capacité d'ester en justice est la porte d'accès à la justice¹²⁸. Tant le projet de règlement que le projet de directive¹²⁹ prévoient que les organisations ou associations ont le droit de déposer une plainte pour le compte d'une ou de plusieurs personnes concernées devant les juridictions compétentes, ce qui facilitera cet accès¹³⁰. Parallèlement, il pourrait être envisagé d'élargir davantage les exigences en matière de capacité d'ester en justice en faveur d'un mécanisme de recours collectif moins strict, compte tenu des effets positifs globaux sur la mise en œuvre des droits des titulaires de droits (les personnes concernées) dans la pratique¹³¹.
- (86) Dans son analyse d'impact, la Commission européenne reconnaît qu'il existe de nombreux cas dans lesquels une personne est affectée par une infraction aux règles en matière de protection des données qui affecte aussi un nombre considérable d'autres personnes dans une situation semblable¹³².
- (87) Les résultats des recherches de la FRA ont confirmé que l'élargissement de la capacité d'ester en justice en vue d'autoriser un certain type d'action d'intérêt public peut être une voie à suivre pour les cours et les tribunaux et les institutions non judiciaires (en l'espèce, les autorités de protection des données (DPA) nationales)¹³³. La consultation publique que mène actuellement la Commission européenne sur l'introduction des « recours collectifs »

¹²⁵ *Ibid.* Voir également FRA (2012), « Focus : Donner corps aux droits : le paysage des droits fondamentaux dans l'Union européenne », dans : *Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2011 – Rapport annuel de la FRA*, Luxembourg, Office des publications.

¹²⁶ Analyse d'impact de la Commission, annexe 2, p. 36 et suivantes.

¹²⁷ Voir les considérants 93, 94, 100, 117 et 139 du projet de règlement et les considérants 53, 56, 63 et 80 du projet de directive.

¹²⁸ FRA (2011), *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, Luxembourg, Office des publications, p. 39.

¹²⁹ Article 76 du projet de règlement et article 53 du projet de directive.

¹³⁰ Voir également l'analyse d'impact de la Commission, annexe 7, p. 129. Voir également le considérant 112 du projet de règlement.

¹³¹ Voir également l'avis du CEPD, point 261, et l'avis du CESE, points 1.9 et 4.18.1.

¹³² Analyse d'impact de la Commission, annexe 2, point 10.10.1.

¹³³ FRA (2011), *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, Luxembourg, Office des publications, et FRA (2012), *Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2011 – Rapport annuel*, Luxembourg, Office des publications, p. 228 et suivantes. Voir également FRA (2012, à paraître), *Access to justice in cases of discrimination in the EU – Steps to further equality*, Luxembourg, Office des publications.

révèle néanmoins des différences notables entre les États membres de l'UE en ce qui concerne leurs approches respectives de la qualité juridique¹³⁴.

- (88) Cependant, tous les États membres de l'UE autorisent une certaine forme d'actions d'intérêt public en matière d'environnement conformément aux obligations qui leur incombent en vertu de la Convention d'Aarhus¹³⁵. Il s'ensuit que des règles plus générales en matière de capacité d'ester en justice sont acceptables en principe et que le législateur de l'UE pourrait envisager d'élargir ses règles en la matière à d'autres domaines du droit, notamment ceux qui sont liés à la protection des données à caractère personnel, en particulier lorsque les plaintes individuelles ne semblent pas être efficaces dans la pratique, comme le souligne le paragraphe 82.
- (89) Il pourrait être envisagé d'insérer dans les projets le droit de tout organisme, organisation ou association – agissant dans l'intérêt public et pas seulement au nom d'une personne en particulier – de porter plainte pour des manquements relatifs à la protection des données à caractère personnel. Une telle modification permettrait aux organisations de la société civile et à d'autres organismes actifs dans le domaine de la protection des données, et disposant du savoir-faire nécessaire ainsi que connaissant les règles juridiques et la situation dans la pratique, de jouer un rôle plus direct dans les différends. Elle contribuerait ainsi à assurer une meilleure mise en œuvre de la législation en matière de protection des données, en particulier lorsque certaines pratiques affectent une multitude de personnes et/ou lorsque les victimes d'une violation des règles régissant la protection des données ne sont pas susceptibles de porter plainte à titre individuel contre un responsable du traitement des données, compte tenu des coûts, de la durée de la procédure et des charges auxquels elles seraient exposées. L'introduction de règles plus larges en matière de capacité d'ester en justice devrait aller de pair avec des garanties spécifiques visant à préserver l'équilibre délicat entre la prévention des litiges abusifs et l'accès effectif à la justice pour les personnes concernées.

4.2. Mécanismes de recours effectifs

- (90) Deux types de mécanismes de recours au niveau national sont prévus dans le programme de réforme proposé. Si une personne souhaite faire valoir ses droits en matière de protection des données à caractère personnel, elle peut introduire une réclamation auprès d'une DPA (procédure administrative) et saisir la justice (procédure judiciaire). Le programme de réforme s'appuie sur la clause existante de la Directive 95/46/CE en matière de recours¹³⁶.

¹³⁴ Commission européenne (2011), Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs, SEC(2011) 173 final, Bruxelles, 4 février 2011. Voir également Parlement européen (2012), *Standing up for your right(s) in Europe. A Comparative study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*, Brussels, Directorate General for Internal policies, Policy Department C: Citizens' rights and constitutional affairs legal affairs.

¹³⁵ ONU, Commission économique pour l'Europe (CEE), article 14 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998 (ci-après la « Convention d'Aarhus »). La Convention d'Aarhus a été ratifiée par tous les États membres de l'UE ainsi que par l'UE elle-même. Pour la jurisprudence pertinente de la CJUE concernant l'interprétation des règles sur la capacité d'ester en justice en vertu de la Convention d'Aarhus, voir CJUE, C-240/09, *Lesoochranské Zoskupenie VĽK c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, 18 mars 2011.

¹³⁶ Voir les articles 73 à 75 du projet de règlement et les articles 50 à 52 du projet de directive.

- (91) Selon une jurisprudence constante de la CouEDH, tout recours disponible pour un individu doit répondre aux critères de disponibilité, d'adéquation et d'effectivité. Il ne suffit pas que le recours soit uniquement disponible en théorie en vertu de la loi¹³⁷. Il doit également être effectif dans la pratique. L'effectivité du recours sera entravée dans la pratique pour des raisons liées, entre autres, à la complexité des procédures, à leur durée ou aux charges connexes. Ces obstacles limitent ou réduisent souvent l'accès des personnes de telle manière ou à un point tel que l'essence même du droit est altérée¹³⁸.
- (92) Les résultats préliminaires d'une étude sur le terrain de la FRA portant sur les mécanismes de recours dans le domaine de la protection des données à caractère personnel semblent indiquer que les victimes d'une violation des règles en matière de protection des données sont réticentes à accéder à la justice afin d'introduire un recours contre les responsables du traitement des données. Leur réticence semble être liée aux formalités, aux coûts, aux délais et aux incertitudes, mais aussi à une tendance générale au niveau national consistant à exclure la possibilité de demander réparation devant les tribunaux en cas de violation des droits sur la protection des données, en raison de la rigidité des exigences procédurales et en matière de preuve. Cette situation peut mettre en cause l'effectivité du droit à un recours judiciaire dans la pratique¹³⁹.
- (93) Avec la réforme de la protection des données, les DPA seront habilitées à infliger des sanctions administratives¹⁴⁰. Cette mesure fournit l'une des principales compétences nécessaires pour assurer le respect des obligations en matière de protection des données, comme l'a souligné la FRA dans ses recherches¹⁴¹. Cependant, pour améliorer l'effectivité de l'accès à un recours il pourrait être utile d'habiliter les DPA également à accorder réparation. Cela serait sans préjudice du pouvoir d'un juge de statuer en faveur du plaignant ou de revoir toute décision en la matière prise par les DPA nationales, mais cela permettrait d'obtenir réparation par un autre moyen¹⁴².
- (94) Les DPA pourraient être le point d'accès privilégié en matière de violation des règles sur la protection des données à caractère personnel. Elles pourraient recevoir des réclamations, effectuer des enquêtes¹⁴³, prendre des décisions contraignantes avec pouvoir de réparation et/ou de sanction¹⁴⁴ et accorder la réparation adéquate. Ce renforcement de leurs pouvoirs réduira probablement les coûts globaux, les délais et les formalités des mécanismes de recours au niveau national.
- (95) Une structure semblable comportant un organisme extrajudiciaire accordant réparation a été mise en place dans le domaine de la lutte contre la discrimination. Sur la base de la

¹³⁷ Voir, par exemple, CouEDH, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, 26 octobre 2000, point 57, ou CouEDH, *MSS c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, 21 janvier 2011, points 286 à 293.

¹³⁸ Voir, par exemple, CouEDH, *Paul et Audrey Edwards*, n° 46477/99, 14 mars 2002, point 99, CouEDH, *Kadlec c. République tchèque*, n° 49478/99, 5 mai 2004, point 26, ou CouEDH, *Öneriyildiz c. Turquie*, n° 48939/99, 30 novembre 2004, points 154 et 156.

¹³⁹ FRA (2010), *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne : le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données – Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE II*, Luxembourg, Office des publications, et FRA (à paraître), *Redress mechanisms in the area of data protection in the EU*, Luxembourg, Office des publications.

¹⁴⁰ Article 79 du projet de règlement.

¹⁴¹ FRA (2010), *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne : le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données – Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE II*, Luxembourg, Office des publications, p. 8.

¹⁴² Article 75 lu en combinaison avec l'article 77 du projet de règlement et article 52 lu en combinaison avec l'article 54 du projet de directive.

¹⁴³ Articles 52 et 53 du projet de règlement et articles 45 et 46 du projet de directive.

¹⁴⁴ Article 79 du projet de règlement.

directive sur l'égalité raciale¹⁴⁵, des organismes nationaux de promotion de l'égalité ont été institués dans les États membres de l'UE afin de permettre aux personnes concernées d'obtenir réparation sans devoir faire appel à la justice¹⁴⁶. Parallèlement, la directive sur l'égalité raciale impose aux États membres de l'UE l'obligation générale de sensibiliser le grand public, et notamment les victimes potentielles, à ces possibilités¹⁴⁷.

- (96) Tant la CJUE que la CouEDH acceptent la validité des mécanismes non judiciaires de règlement des différends pour autant que leurs décisions puissent être supervisées par un organe judiciaire (lequel doit se conformer aux exigences de l'article 6 de la CEDH) et que ces mécanismes eux-mêmes respectent les exigences générales d'équité¹⁴⁸. La jurisprudence pertinente impose entre autres conditions en la matière l'indépendance et l'impartialité de l'organisme ou du fonctionnaire en question¹⁴⁹.
- (97) Ainsi que le rappellent des considérants clés du projet de règlement et du projet de directive et comme le prescrivent ces deux projets¹⁵⁰, il est également important de garantir des moyens financiers et humains adéquats aux DPA nationales. À cet égard, la FRA rappelle son rapport de 2010 qui contient un avis à ce sujet¹⁵¹.
- (98) Il pourrait donc être envisagé de simplifier les mécanismes de recours actuels dans les États membres de l'UE au moyen de règles européennes communes en habilitant les DPA nationales à accorder réparation.

4.2.1. Indépendance des autorités de protection des données

- (99) Les projets d'articles sur le statut indépendant des DPA fournissent une base solide pour leur indépendance, notamment en ce qui concerne le processus de nomination des membres de leur organe directeur¹⁵². La formulation utilisée s'inspire de la jurisprudence de la CJUE, selon laquelle « les personnes assumant la direction des autorités de contrôle

¹⁴⁵ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 (ci-après la « Directive 2000/43/CE »).

¹⁴⁶ En Irlande, le Tribunal pour la promotion de l'égalité (*Equality Tribunal*), par exemple, est habilité à accorder des indemnisations aux plaignants.

¹⁴⁷ Article 10 de la Directive 2000/43/CE.

¹⁴⁸ Voir CouEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, 8 juillet 1986, points 201 et 202, CouEDH, *Rotaru c. Roumanie*, n^o 28341/95, 4 mai 2000, point 69. À comparer avec CouEDH, *Peck c. Royaume-Uni*, n^o 44647/98, 28 janvier 2003, point 109.

¹⁴⁹ Voir, pour les principes généraux de l'indépendance des tribunaux, CouEDH, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, n^{os} 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, 6 mai 2003, point 190. Voir également CJUE, C-506/04, *Graham Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, 19 septembre 2006, points 47 à 53. Voir également les commentaires relatifs à l'indépendance exprimés dans l'avis du CEPD, points 234 à 236.

¹⁵⁰ Considérant 94 du projet de règlement et considérant 53 du projet de directive ainsi que article 47, paragraphe 5, du projet de règlement et article 40, paragraphe 5, du projet de directive.

¹⁵¹ FRA (2010), *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne : le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données – Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE II*, Luxembourg, Office des publications, p. 8. Voir également le rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA, p. 12 et suivantes. Voir également l'analyse d'impact de la Commission, annexe 2, p. 42, et l'avis du GT Art. 29, p. 9 et 19.

¹⁵² Voir le considérant 95 et l'article 48, paragraphe 1, du projet de règlement. Rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA, p. 10 et suivantes. Voir également l'avis du CEPD, point 236, en ce qui concerne les règles de nomination des membres des DPA.

peuvent être nommées par le parlement ou le gouvernement »¹⁵³. La FRA rappelle son avis sur l'indépendance des DPA : « Il serait utile de décrire dans les détails les garanties de l'indépendance [...] pour garantir une indépendance réelle dans la pratique des autorités de protection des données. Il serait opportun que la directive fasse référence aux principes de Paris et à d'autres normes disponibles lors d'une modification future de la directive afin de proposer une définition plus complète de l'indépendance. »¹⁵⁴

- (100) Bien que les autorités de protection des données aient un mandat plus ciblé et plus restreint que les institutions nationales des droits de l'homme (INDH), elles sont toutes censées être des organismes de contrôle indépendants actifs dans le domaine des droits fondamentaux. Comme l'a observé la CJUE, les DPA sont « les gardiennes desdits droits et libertés fondamentaux, et leur institution, dans les États membres, est considérée [...] comme un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel »¹⁵⁵.
- (101) Selon les principes de Paris, les facteurs qui ont pour effet d'assurer l'indépendance comprennent, premièrement, le pluralisme dans la composition d'une institution (ce qui reflète la composition de la société), deuxièmement, une infrastructure adaptée (en particulier des crédits suffisants et l'autonomie budgétaire) et, troisièmement, la stabilité du mandat des membres de l'institution, qui s'exprime à travers les conditions de nomination et de licenciement et l'exclusion du droit de vote pour les représentants gouvernementaux au sein des organes directeurs des institutions.
- (102) Le Sous-comité d'accréditation du Comité international de coordination publie des observations sur la manière d'appliquer les principes de Paris. Il a souligné l'importance cruciale de la transparence du processus de sélection et de nomination des membres de l'organe directeur des INDH. Ce processus devrait garantir le pluralisme et l'indépendance de l'institution concernée¹⁵⁶.
- (103) Il pourrait également être fait référence à la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion¹⁵⁷. Ce document recommande aux États membres du Conseil de l'Europe d'adopter des règles qui garantissent que les membres de ces autorités « sont désignés de manière démocratique et transparente »¹⁵⁸. Cette formulation pourrait assurer une

¹⁵³ CJUE, C-518/07, *Commission c. Allemagne*, 9 mars 2010, point 44.

¹⁵⁴ FRA (2010), *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne : le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données – Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE II*, Luxembourg, Office des publications, p. 8. Voir également le rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA, p. 11 et suivantes. Les principes de Paris ont été adoptés par l'ONU, par la résolution 48/134 de l'Assemblée générale du 20 décembre 1993.

¹⁵⁵ CJUE, C-518/07, *Commission c. Allemagne*, 9 mars 2010, point 23.

¹⁵⁶ ONU, Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (CIC), Sous-comité d'accréditation (2009), *General Observations*, Genève, juin 2009, observation n° 2.2.

¹⁵⁷ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2000), Recommandation Rec(2000)23 concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion, 20 décembre 2000, et Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2008), Déclaration du Comité des Ministres concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion, 26 mars 2008.

¹⁵⁸ Voir Rec(2000)23, paragraphe 5.

« procédure de nomination pluraliste »¹⁵⁹ qui empêcherait l'exécutif ou la seule majorité parlementaire de contrôler la procédure de nomination¹⁶⁰.

- (104) Dans ce contexte, il convient de noter que le projet de règlement établit le mécanisme de contrôle de la cohérence¹⁶¹, qui assure l'application uniforme du règlement dans les États membres. Non seulement ce mécanisme permet à la Commission européenne d'adopter un avis motivé visant à la suspension des projets de mesures considérées comme étant contraires à l'application correcte du règlement¹⁶², mais il l'habilite également à adopter des actes d'exécution¹⁶³. Ces compétences et leurs effets sur l'indépendance des autorités nationales de protection des données peuvent être difficiles à concilier avec les garanties prévues à l'article 8, paragraphe 3, et à l'article 47 de la Charte ainsi qu'avec les normes internationales d'indépendance mentionnées ci-dessus¹⁶⁴.

4.3. Accès à la justice pour les enfants

- (105) La reconnaissance, dans le projet de règlement, du fait que les enfants « peuvent être moins conscients des risques, des conséquences, des garanties et de leurs droits en matière de traitement des données »¹⁶⁵ souligne la nécessité pour les enfants non seulement d'avoir le droit d'introduire une réclamation auprès d'une DPA et/ou de disposer d'un droit de recours¹⁶⁶, mais aussi de recevoir des conseils juridiques fournis d'une manière qui leur soit adaptée. De même, les procédures de plainte devraient être mises à disposition d'une manière qui soit adaptée aux enfants¹⁶⁷. En particulier, il pourrait être envisagé de prévoir la fourniture d'une représentation et de conseils juridiques adaptés, ainsi que d'une assistance juridique gratuite¹⁶⁸.
- (106) Dans le contexte spécifique des procédures pénales, il pourrait être envisagé de prendre des mesures appropriées pour protéger la vie privée, notamment les particularités personnelles et l'image de la victime et des membres de sa famille. En outre, il pourrait être envisagé d'empêcher la diffusion publique de toute information pouvant conduire à l'identification de la victime lorsqu'il s'agit d'un enfant¹⁶⁹.

¹⁵⁹ FRA (2010), *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne : le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données – Renforcement de l'architecture des droits fondamentaux au sein de l'UE II*, Luxembourg, Office des publications, p. 8.

¹⁶⁰ Voir le rapport sur le 3^e colloque annuel de la FRA, p. 10 et suivantes.

¹⁶¹ Articles 57 à 63 du projet de règlement.

¹⁶² Article 60 du projet de règlement.

¹⁶³ Article 62 du projet de règlement.

¹⁶⁴ Voir l'avis du CEPD, points 251 et suivants.

¹⁶⁵ Considérant 29 du projet de règlement.

¹⁶⁶ Considérant 111 et article 73 du projet de règlement et considérant 60 et article 50 du projet de directive.

¹⁶⁷ Voir les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, adoptées le 17 novembre 2010.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Voir l'article 17 *quater* de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité [COM(2011)0275 – C7-0127/2011 – 2011/0129(COD)] et les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, adoptées le 17 novembre 2010.

4.4. Considérations

Capacité d'ester en justice

- (107) En vue d'améliorer l'efficacité du droit à un recours effectif conformément à l'article 47 de la Charte (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) couvert par les deux projets, il pourrait être envisagé d'assouplir davantage les règles sur la capacité d'ester en justice afin de permettre aux organisations agissant dans l'intérêt public de porter plainte. Un tel assouplissement des règles sur la capacité d'ester en justice nécessiterait la mise en place de garanties appropriées pour préserver le juste équilibre entre l'accès effectif aux voies de recours et les litiges abusifs.

Mécanisme de recours effectif

- (108) Habilitier les autorités de protection des données (DPA) à accorder une indemnisation au cas par cas, tout en maintenant le recours devant le juge, pourrait être un moyen de rationaliser les voies de recours complexes pour les personnes concernées qui souhaitent poursuivre leur plainte relative au domaine de la protection des données.
- (109) Les deux instruments offrent une base solide pour la mise en place de DPA indépendantes. Il pourrait être envisagé de renforcer les garanties relatives à la nomination des membres de l'organe directeur issus des DPA en garantissant le pluralisme dans la procédure de nomination.

Accès à la justice pour les enfants

- (110) Afin de faciliter l'accès à la justice pour les enfants, il pourrait être envisagé d'insérer dans le projet de règlement et le projet de directive une procédure adaptée aux enfants, comme une représentation et des conseils juridiques adaptés, ainsi qu'une assistance juridique gratuite. Dans le projet de directive, des garanties procédurales spécifiques supplémentaires pourraient être envisagées pour protéger la vie privée des enfants victimes.