

Guide relatif à l'élaboration de clauses contractuelles régissant la protection des données lors de communications de données à caractère personnel à des tiers non soumis à un niveau de protection des données adéquat (2002)

Elaboré par le Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD) en 2002.

Table des matières

I. [Historique](#)

II. [Guide relatif à l'élaboration de clauses contractuelles régissant la protection des données lors de communications de données à caractère personnel à des tiers non soumis à un niveau de protection adéquat](#)

III. [Principes à prendre en compte dans l'élaboration de clauses contractuelles régissant la protection des données lors de communications de données à caractère personnel à des tiers non soumis à un niveau de protection adéquat](#)

Annexes

Annexe I. [Convention 108](#)

Annexe II. [Protocole additionnel](#)

Annexe III. Modèles de clauses pour inclusion dans un contrat-type (voir annexe I du [Contrat-type visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières des données](#))

Annexe IV. Clauses contractuelles types (aux fins de l'article 26, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers qui n'assurent pas un niveau adéquat de protection) (contenu dans les annexes à la [Décision de la Commission du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE](#))

Annexe V. Clauses contractuelles types (« Sous-traitants ») (aux fins de l'article 26, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers qui n'assurent pas un niveau adéquat de protection) (contenu dans les annexes à la [Décision de la Commission du 27 décembre 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE](#))

Annexe VI. [Liste des autorités de contrôle des Parties à la Convention 108](#)

I. HISTORIQUE

1) Introduction

1. La *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* [STE No. 108] (appelée ci-après Convention 108) du Conseil de l'Europe, a été ouverte à la signature le 28 janvier 1981 et a pour but de garantir sur les territoires de chaque Partie le respect des droits et des libertés fondamentales de toute personne, quels que soient sa nationalité ou son lieu de résidence et, plus particulièrement, le droit au respect de sa vie privée lors du traitement automatique des données à caractère personnel qui la concernent.

2. Au niveau des principes, il ne devrait y avoir aucune différence pour les personnes concernées selon que les opérations de traitement ont lieu dans un seul ou dans plusieurs pays. Les mêmes règles fondamentales devraient toujours s'appliquer et les personnes concernées devraient bénéficier des mêmes garanties pour la protection de leurs droits et de leurs intérêts. Cela dit, dans la pratique, la protection des données à caractère personnel est moindre lorsque le secteur géographique de leur transfert s'étend. En conséquence, il est devenu nécessaire de mettre sur pied des mécanismes qui assurent une protection adéquate des personnes lorsque les données qui les concernent passent les frontières.

3. Les changements survenus dans le traitement des données à caractère personnel depuis l'adoption de la Convention 108 sont essentiellement liés aux progrès des technologies de l'information et au développement des télécommunications qui, conjointement, ont ouvert de nouvelles possibilités au traitement des données à l'échelle internationale. Les innovations dans le traitement électronique des données et la création de vastes banques de données ont de plus en plus facilité la diffusion d'informations dans plusieurs pays à la fois. Elles permettent de surmonter les barrières qui s'opposent à la communication entre des États différents : distance, heure, langue et coût. De ce fait, la libre circulation internationale de l'information peut favoriser les relations culturelles et économiques partout dans le monde.

4. Pour autant, dans la mesure où les principes de la protection des données à caractère personnel posés par la Convention 108 ne sont toujours pas intégrés dans la législation, le droit commun et les pratiques sociales de la grande majorité des pays tiers, des risques potentiels pèsent sur les droits liés aux données des ressortissants des États parties à la Convention 108, dès lors que ces données à caractère personnel peuvent également être traitées dans la majorité de ces pays tiers. Par conséquent, il importe de trouver des solutions juridiques spécifiques qui permettent de maintenir l'équilibre entre l'exigence d'une protection efficace des données à caractère personnel et le principe de la libre circulation de l'information, indépendamment des frontières, étant entendu qu'il s'agit dans le premier cas d'un droit fondamental de la personne, qui mérite une protection juridique spécifique.

5. Les solutions ainsi trouvées peuvent avoir une importance considérable dans le cas où un responsable du traitement ou un sous-traitant s'est engagé à appliquer les principes de la protection des données retenus par la Convention 108 dans un pays qui n'a pas encore intégré ces principes dans son ordre juridique interne. Cela n'empêche pas toutefois le responsable ou le sous-traitant d'accepter volontairement d'être liés par les principes. En outre, ceci peut renforcer le respect de ces mêmes principes dans les usages commerciaux et sociaux et être la source d'un droit coutumier. Cependant, l'utilisation de clauses contractuelles ne devrait être considérée comme un substitut à long terme d'une législation interne assurant la protection des données à caractère personnel.

2) Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel

6. L'article 12 de la Convention 108 a été rédigé pour faciliter l'équilibre entre la protection des données à caractère personnel et la libre circulation de l'information dans le contexte des flux transfrontières de données :

« Article 12 – Flux transfrontières de données à caractère personnel et droit interne

1 Les dispositions suivantes s'appliquent aux transferts à travers les frontières nationales, quel que soit le support utilisé, de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé ou rassemblées dans le but de les soumettre à un tel traitement.

2 Une Partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre Partie.

3 Toutefois, toute Partie a la faculté de déroger aux dispositions du paragraphe 2:

a. dans la mesure où sa législation prévoit une réglementation spécifique pour certaines catégories de données à caractère personnel ou de fichiers automatisés de données à caractère personnel, en raison de la nature de ces données ou de ces fichiers, sauf si la réglementation de l'autre Partie apporte une protection équivalente;

b. lorsque le transfert est effectué à partir de son territoire vers le territoire d'un Etat non contractant par l'intermédiaire du territoire d'une autre Partie, afin d'éviter que de tels transferts n'aboutissent à contourner la législation de la Partie visée au début du présent paragraphe.»

7. L'article 12 revient sur la notion exprimée dans le préambule de la Convention 108 qui stipule : « [...] Réaffirmant en même temps leur engagement en faveur de la liberté d'information sans considération de frontières; Reconnaisant la nécessité de concilier les valeurs fondamentales du respect de la vie privée et de la libre circulation de l'information entre les peuples [...] ». En résumé, cette disposition sur les flux transfrontières de données a pour objectif principal la protection de la vie privée sans pour autant faire peser une charge excessive sur la libre circulation de l'information, de façon à éviter tous les effets négatifs sur les relations internationales, qu'elles soient d'ordre culturel, économique ou autre.

8. En conséquence, l'article 12 pose le principe de la libre circulation des données à caractère personnel entre les États contractants, mais accepte de concéder à chacune des Parties à la Convention 108 le droit d'interdire ou de limiter les flux transfrontières de certaines catégories de données visées par des réglementations spécifiques, sauf lorsque les réglementations appliquées par l'État destinataire assurent une protection équivalente. Dans le même temps, cet article prévoit la limitation ou l'interdiction des flux transfrontières de données à caractère personnel vers des États non contractants lorsque la circulation de ces données passe par l'intermédiaire d'un État contractant.

9. Pour autant, cette disposition n'apporte pas de solution globale au problème de la protection nécessaire des libertés et droits fondamentaux des personnes concernées face aux flux

transfrontières des données, car l'augmentation spectaculaire de ces flux depuis dix ans va sans doute se poursuivre. Le transfert transnational de données à caractère personnel est facilité par les systèmes numériques de communication et devient inévitable en raison de l'internationalisation de l'économie.

3. Rôle du contrat type de 1992 pour assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières de données

10. Pour éviter une baisse du niveau de protection des données à la suite du traitement automatique des données à caractère personnel dans des pays tiers, le Comité consultatif de la Convention 108 du Conseil de l'Europe a commencé à réfléchir dès 1989 à la possibilité de faire appel à des techniques contractuelles pour garantir la protection de la vie privée des individus dans le cadre des flux transfrontières de données. Il a déjà été fait allusion à plusieurs reprises à cette technique contractuelle dans différentes recommandations sectorielles sur la protection des données, adoptées par le Comité des ministres (par exemple, Recommandation No. R(86)1 sur la protection des données à caractère personnel utilisées dans le cadre des régimes de sécurité sociale ou Recommandation No. R(89)2 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi).

11. Sur la base des considérations mentionnées plus haut, le Conseil de l'Europe, conjointement avec la Commission des Communautés européennes et la Chambre de commerce internationale ont préparé en 1992 une étude qui comporte un « contrat type visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières de données » (consulter à ce sujet le site web du Conseil de l'Europe relatif à la protection des données : <http://www.coe.int/dataprotection>). Comme il est indiqué dans cette étude, les obligations de l'exportateur et de l'importateur des données, telles qu'elles résultent du contrat type reposaient sur les garanties définies par la Convention 108 du Conseil de l'Europe qui figurent également dans les directives de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel. Les objectifs fixés à l'élaboration d'un contrat type destiné à assurer une protection équivalente dans le cadre des flux transfrontières de données peuvent être résumés comme suit :

fournir un exemple des moyens de résoudre les problèmes complexes posés par le transfert de données à caractère personnel soumises à des régimes de protection distincts ;

faciliter la libre circulation des données à caractère personnel tout en respectant la vie privée des individus ;

autoriser le transfert des données dans l'intérêt du commerce international ;

favoriser un climat de sécurité dans les transactions internationales impliquant le transfert de données à caractère personnel.

12. Les clauses de ce contrat type étaient conçues pour permettre le transfert de données à caractère personnel entre des entités économiques indépendantes et le soin a été laissé aux Parties de se prononcer sur l'utilisation ou non de ces clauses ; celles-ci étaient facultatives et les Parties pouvaient les adapter à leur situation particulière. Elles pouvaient servir de base à l'élaboration et à la mise au point de règles appropriées, c'est à dire de règles adaptées au transfert au sein du même groupe d'entreprises ou entre un responsable du traitement et un sous-traitant. Les Parties étaient libres aussi de choisir le droit applicable au contrat souscrit entre « exportateur » et « importateur ».

En revanche, elles devaient impérativement préciser lequel elles avaient choisi. Lorsque le droit interne applicable assurait une meilleure protection des données à caractère personnel, il était recommandé à l'exportateur de vérifier s'il devait satisfaire aux conditions imposées par les clauses types.

4. Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et plus spécifiquement relatif aux autorités de contrôle et aux flux transfrontières de données

13. Élaboré en 1992, ce « contrat type » a constitué la première étape dans la préparation de clauses contractuelles types du même genre utilisables dans un autre forum international. Toutefois, la nécessité d'améliorer « la mise en œuvre des principes contenus dans la Convention [qui] est rendu nécessaire compte tenu, notamment, du nombre croissant des flux transfrontières de données à caractère personnel depuis une Partie à la Convention vers un Etat ou entité tiers à la Convention.⁽¹⁾ » a été l'une des raisons qui ont prévalu dans la préparation du *Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel [STE No. 108] et relatif aux autorités de contrôle et aux flux transfrontières de données [STE No. 181]* ouvert à la signature le 8 novembre 2001.

14. Le rapport explicatif de ce Protocole additionnel à la Convention 108 précise que « Cet accroissement des flux transfrontières de données est dû en particulier à la multiplication et à la globalisation des échanges internationaux ainsi qu'à l'évolution des diverses applications des progrès technologiques. Il requiert donc, parallèlement, une amélioration constante de la protection effective des droits garantis par la Convention. Or l'effectivité de cette protection implique une harmonisation au niveau international, non seulement des principes fondamentaux de la protection des données mais également, dans une certaine mesure, des moyens de mettre en œuvre ces principes - dans un domaine en perpétuelle évolution et caractérisé par une très forte technicité - et des conditions dans lesquelles les transferts de données à caractère personnel peuvent être effectués à travers les frontières. [...] La circulation de l'information constitue le nerf de la coopération internationale. Cependant, la protection effective de la vie privée et des données à caractère personnel suppose également qu'il ne puisse pas y avoir, en principe, des transferts de données à caractère personnel à travers les frontières à destination de pays ou d'organisations qui ne garantissent pas la protection de ces données.⁽²⁾ ».

15. Comme indiqué plus haut, l'article 12 de la Convention 108 pose le principe de la libre circulation des données à caractère personnel entre les Parties, tout en reconnaissant les possibilités de dérogation prévues au sous-alinéa 3. L'article 2 du Protocole additionnel à la Convention 108 pose le principe que les flux transfrontières de données à destination d'un pays bénéficiaire qui échappe à la juridiction de Parties à la Convention 108, sont soumis à la condition d'un niveau de protection adéquat dans le pays ou au sein de l'organisation destinataire. Cela dit, les Parties à la Convention 108 ont la possibilité de déroger au principe d'un niveau de protection adéquat. L'une de ces dérogations concerne la prévision de garanties dont la responsabilité incombe au responsable du transfert et peut, en particulier, se traduire par des clauses contractuelles (voir article 2, paragraphe 2, sous-alinéa b. du Protocole additionnel à la Convention 108).

16. Tout le problème réside dans la définition du sens précis de l'expression « niveau de protection adéquat ». Le rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention 108 - et plus particulièrement les paragraphes qui font allusion à l'alinéa 1 de l'article 2 - donnent un certain nombre d'indications de cas où il peut être admis qu'un niveau de protection adéquat des données

existe dans un pays tiers. La véracité peut en être attestée par une appréciation générale ou par une appréciation au cas par cas.

17. Le caractère adéquat relatif du niveau de protection des données peut faire l'objet d'une appréciation d'ordre général. Le paragraphe 28 du rapport explicatif du Protocole additionnel précise qu'une « appréciation du caractère adéquat peut toutefois être faite pour l'ensemble d'un Etat ou d'une organisation permettant ainsi tous les transferts de données vers cette destination. Dans ce cas, le niveau adéquat de protection est déterminé par les autorités compétentes de chaque Partie. ».

18. Le caractère adéquat du niveau de protection des données peut également être établie par une appréciation au cas par cas. Le paragraphe 26 du rapport explicatif précise que « Le caractère adéquat du niveau de protection doit être évalué à la lumière de l'ensemble des circonstances relatives au transfert ». Le paragraphe 27 poursuit ainsi : « Le niveau de la protection devrait être évalué au cas par cas et pour chaque transfert ou catégorie de transfert effectué. Dans ce contexte, les circonstances relatives au transfert doivent être examinées et en particulier :

la nature des données,

les finalités et la durée des traitements pour lesquels les données sont transférées,

le pays d'origine et le pays de destination finale,

les règles de droit, générales et sectorielles applicables dans l'Etat ou l'organisation en question et les règles professionnelles et de sécurité qui y sont respectées. »

19. Toutefois, conformément au paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention 108, le transfert de données à caractère personnel vers des pays qui n'assurent pas un niveau de protection adéquat est possible si le droit interne le prévoit en raison des intérêts spécifiques de la personne concernée, ou lorsque les intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants, ou encore si des garanties ont été prévues par le responsable du transfert.

20. Dans ce contexte, il est important d'étudier ce que pourraient être les « *intérêts légitimes [qui] prévalent, en particulier des intérêts publics importants* » prévus par le droit interne. Le paragraphe 31 du rapport explicatif précise que « Les Parties possèdent une marge d'appréciation pour déterminer les dérogations au principe de niveau adéquat. Les règles pertinentes de droit interne doivent néanmoins respecter le principe de droit inhérent à l'ordre juridique européen qui consiste à interpréter les clauses d'exception de manière restrictive afin que l'exception ne devienne pas la règle. Les normes de droit interne peuvent énoncer de telles exceptions pour un intérêt légitime, lorsque celui-ci prévaut. Cet intérêt peut être de protéger un intérêt public important, tel que défini dans le contexte de l'article 8 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 9 paragraphe 2 de la Convention STE n° 108 ; l'exercice ou la défense d'un droit en justice ; ou lorsqu'il s'agit de données extraites d'un registre public. Des exceptions peuvent également être prévues pour répondre à des intérêts spécifiques de la personne concernée, pour l'exécution d'un contrat conclu avec la personne concernée ou dans l'intérêt de celle-ci, pour la protection de ses intérêts vitaux ou lorsqu'elle a donné son consentement. Dans ce cas, avant de consentir, la personne concernée doit être informée de manière appropriée du transfert envisagé. ».

21. Lorsque le pays destinataire ne peut garantir un niveau adéquat de protection des données, les garanties fournies par le responsable du traitement constituent une autre option, en particulier

lorsqu'elles résultent de clauses contractuelles. Les paragraphes 32 et 33 du rapport explicatif stipulent que « Chaque Partie peut également prévoir qu'un transfert de données à caractère personnel, vers un destinataire n'étant pas soumis à la juridiction d'une Partie et n'assurant pas un niveau de protection adéquat pour le transfert considéré, peut être effectué lorsque la personne responsable du transfert fournit des garanties suffisantes. Ces garanties doivent être jugées suffisantes par les autorités de contrôle compétentes, conformément au droit interne. De telles garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles liant le responsable du traitement à l'origine du transfert et le destinataire n'étant pas soumis à la juridiction d'une Partie. Le contenu de ces contrats doit inclure les éléments pertinents de la protection des données. En outre, du point de vue formel, les clauses contractuelles pourraient, par exemple, être aménagées de façon à ce que l'individu dispose d'une personne de référence auprès du responsable du transfert qui soit chargée de veiller au respect des normes matérielles de protection. L'individu pourrait s'adresser à elle à tout moment et sans frais et le cas échéant obtenir son aide pour l'exercice de ses droits. »

5. Clauses contractuelles de protection des données à caractère personnel dans le cadre des flux transfrontières de données vers des pays tiers préparés par d'autres organisations internationales

22. Comme mentionné plus haut, la Commission des communautés européennes a participé, conjointement avec le Conseil de l'Europe et la Chambre de commerce internationale à la préparation du contrat type de 1992. Par la suite, le Groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, créé en application de la Directive 95/46/CE, a défini des normes conçues pour faciliter l'évaluation des niveaux de protection adéquats qui doivent être assurés lors du transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers⁽³⁾. Dans le droit fil de ces directives, la Commission européenne a adopté sa *Décision 2001/497/EC en date du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles standard régissant la communication de données à caractère personnel à des pays tiers*. Cette décision de la Commission définit « des clauses contractuelles types qui assureront un niveau de protection adéquat des données à caractère personnel transférées de l'UE vers des pays tiers. La décision fait obligation aux États membres de reconnaître que les sociétés ou organismes utilisant de telles clauses types dans des contrats relatifs à des transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers assurent un "niveau de protection adéquat" des données. [...] L'utilisation de ces clauses contractuelles types sera volontaire, mais offrira aux sociétés et aux organismes un moyen simple de respecter leur obligation d'assurer un "niveau de protection adéquat" aux données à caractère personnel transférées vers des pays tiers qui n'ont pas été reconnus par la Commission comme assurant à ces données un niveau de protection adéquat.⁽⁴⁾ ». Cette Décision de la Commission ne concerne que le transfert des données à caractère personnel entre responsables de telles opérations d'exportation. La *Décision de la Commission 2002/16/EC en date du 27 décembre 2001 relative aux clauses contractuelles standard pour le transfert des données à caractère personnel vers des responsables du traitement établis dans des pays tiers* concerne les transferts effectués vers des responsables du traitement des données.

23. D'autres organisations internationales ont également examiné cette question ; c'est le cas du Groupe de travail de l'OCDE sur la sécurité de l'information et le respect de la vie privée qui a préparé en l'an 2000 le *Rapport sur les clauses contractuelles applicables aux flux transfrontières de données dans le cadre plus général des mécanismes de protection de la vie privée sur les réseaux globalisés*.

24. En 1999, la Chambre de commerce internationale a préparé des *Clauses types à faire figurer dans les contrats impliquant des flux transfrontières de données*. La Chambre de commerce internationale et d'autres organisations commerciales préparent actuellement un ensemble de clauses contractuelles standard applicables au transfert de données à caractère personnel par les pays de l'Union européenne aux pays tiers. Ces projets de clauses standard font actuellement l'objet de débats au sein de la Commission des communautés européennes.

II. GUIDE RELATIF A L'ÉLABORATION DE CLAUSES CONTRACTUELLES RÉGISSANT LA PROTECTION DES DONNÉES LORS DE COMMUNICATIONS DE DONNÉES A CARACTERE PERSONNEL A DES TIERS NON SOUMIS A UN NIVEAU DE PROTECTION ADÉQUAT

25. Au vu des évolutions du droit et de la technologie intervenues dans le domaine de la protection des données depuis la préparation du « Contrat type » de 1992, le Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD) du Conseil de l'Europe a décidé de se pencher à nouveau sur la question des clauses contractuelles à utiliser lors du transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers non soumis à un niveau de protection adéquat des données. Le T-PD a demandé à un expert indépendant d'élaborer un rapport sur cette question. Ainsi, le professeur Jérôme Huet a préparé une étude relative aux « contrats encadrant les transferts de données personnelles entre les parties à la Convention 108 et les pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat » et a formulé un certain nombre de recommandations à la lumière de cette étude. Celle-ci peut être consultée sur le site internet du Conseil de l'Europe consacré à la protection des données : <http://www.coe.int/dataprotection>.

26. Sur la base de cette étude ainsi que des nouveaux instruments internationaux récemment adoptés - s'agissant en particulier du Protocole additionnel à la Convention 108 et aux deux décisions de la Commission mentionnée plus haut, le T-PD a décidé de préparer le présent Guide. Le T-PD est convenu qu'il ne serait pas opportun de réviser actuellement le « Contrat-type visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières de données et rapport explicatif » que le T-PD avait déjà préparé en coopération avec la Commission des Communautés européennes et la Chambre de commerce internationale en 1992 ; en effet, un tel remaniement aurait un effet redondant sur les travaux de la Commission européenne en matière d'élaboration d'un projet de « Clauses type » pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers, tel qu'il résulte de la Directive 95/46/EC (cf. Décisions de la Commission en date du 15 juin 2001 et du 27 décembre 2001).

27. Le présent Guide se propose d'aider les parties à élaborer des clauses contractuelles conformes aux exigences de protection de la Convention 108 et à informer les responsables du traitement et les personnes concernées par les flux transfrontières de données de ce dont elles doivent se préoccuper; enfin, ce Guide se veut un outil d'information pour les personnes dont les données sont intégrées à des fichiers personnels et qui cherchent à évaluer leurs droits dans le domaine de la protection des données.

28. Les principes contenus dans ce Guide ont pour objectif essentiel de veiller à assurer un niveau de protection adéquat lors du traitement des données à caractère personnel dans les cas de transfert vers des pays qui n'offrent pas un tel niveau de protection.

29. Ces principes peuvent également constituer un instrument utile et une garantie supplémentaire dans le cas de transferts spécifiques entre des pays qui assurent un niveau adéquat de protection (par

exemple dans le cas du transfert d'une catégorie particulière de données ou dans d'autres cas où il conviendrait de spécifier les finalités du traitement).

30. Le présent Guide ne remplace pas les clauses contractuelles insérées dans le contrat type de 1992 mais, au contraire, les complète et en affine le sens, de sorte que l'un et l'autre documents doivent être lus conjointement.

31. Les principes contenus dans ce Guide - qui découlent de ceux de la Convention 108 - devraient être fondamentalement pris en compte dans tous les cas où, dans l'État où est établi l'importateur, il n'y a ni législation ni autre réglementation réputée satisfaisante pour assurer un niveau adéquat de protection des données à caractère personnel. En d'autres termes, ces principes sont réputés devoir être appliqués lorsque le destinataire des données (importateur) :

est établi dans un État qui n'a pas ratifié la Convention 108 et qui ne dispose pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat des données, tel qu'envisagé par l'article 2, paragraphe 1 *in fine* du Protocole additionnel à la Convention 108 qui régit les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données ; ou

opère dans un secteur d'activité non soumis à d'autres réglementations réputées satisfaisantes sous l'angle de la protection des données à caractère personnel dans un État qui n'a pas ratifié la Convention 108⁽⁵⁾; ou

est établi dans un État qui a ratifié la Convention 108, alors que l'État où est installé l'exportateur des données peut avoir appliqué les dérogations prévues par l'article 12.3.a) de la Convention 108 à certaines formes de transfert.

32. Les Parties concernées par ces transferts sont vivement encouragées à appliquer ces principes aux communications de données à caractère personnel autres que celles mentionnées plus haut, afin de compléter les dispositions juridiques qui les régissent en matière de protection des données. Ainsi, ces principes peuvent avoir une utilité manifeste pour spécifier les finalités du traitement dans les cas de transfert de données entre pays qui ont ratifié la Convention 108 ou qui ont déjà un niveau de protection adéquat.

33. Ce Guide concerne les transferts de données à caractère personnel entre responsables du traitement. Le présent Guide fera l'objet d'une évaluation périodique par le T-PD.

III. PRINCIPES A PRENDRE EN COMPTE DANS L'ÉLABORATION DE CLAUSES CONTRACTUELLES RÉGISSANT LA PROTECTION DES DONNÉES LORS DE COMMUNICATIONS DE DONNÉES A CARACTERE PERSONNEL A DES TIERS NON SOUMIS A UN NIVEAU DE PROTECTION DES DONNÉES ADÉQUAT

Eu égard à l'application de ces principes, les termes spécifiés ci-dessous sont pris dans les acceptions suivantes :

L'expression « données à caractère personnel » désigne toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée)⁽⁶⁾ Une personne physique n'est pas considérée comme « identifiable » si cette identification nécessite des délais et des activités déraisonnables.».

L'expression « données sensibles » désigne les données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé, à la vie sexuelle ou qui concernent des condamnations pénales et toutes autres données définies comme sensibles dans le droit interne de l'exportateur.

Le terme « traitement » désigne toute opération ou ensemble d'opérations appliqué à des données à caractère personnel telles que l'enregistrement, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication, l'appariement ou l'interconnexion ainsi que l'effacement ou la destruction.

Le terme « exportateur » désigne le ou la responsable du traitement qui assure le transfert des données à caractère personnel.

Le terme « importateur » désigne le ou la responsable du traitement qui reçoit de l'exportateur des données à caractère personnel.

Le terme « responsable du traitement » comprend la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seuls ou avec la collaboration d'autres, déterminent les finalités et les moyens de la collecte et du traitement des données à caractère personnel.

Dans ce Guide, la référence à un « contrat » renvoie exclusivement aux clauses contractuelles qui relèvent de la protection des données à caractère personnel.

Principe 1 – Disposition générale

Le transfert de données à caractère personnel est un traitement de données personnelle au sens de la Convention 108. Le transfert aura lieu seulement si le traitement des données à caractère personnel est en conformité avec la législation de protection des données à laquelle l'exportateur est soumis et en particulier si le transfert des données projeté est licite selon cette législation.

Le contrat devrait être établi en tenant compte de la situation juridique (concernant la législation générale ainsi que, le cas échéant, la législation spécifique sur la protection des données) dans le pays dans lequel l'importateur des données est établi. Afin que l'exportateur puisse s'assurer que l'importateur est toujours en mesure de continuer à respecter le contrat, celui-ci devrait comporter l'obligation de l'importateur d'informer l'exportateur des modifications juridiques pertinentes intervenues dans son pays postérieurement à la conclusion du contrat et qui seraient susceptibles d'avoir des conséquences négatives importantes sur les garanties offertes par les clauses contractuelles.

Note explicative :

L'importateur devrait informer l'exportateur sur les modifications dont on peut raisonnablement penser qu'il/elle a eu connaissance.

Principe 2 – L'information des personnes concernées

L'exportateur devrait prendre des mesures appropriées pour que les personnes concernées soient informées, avant le transfert des données, de l'identité de l'importateur, des finalités du traitement ainsi que d'autres informations dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer un traitement loyal, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies par l'exportateur des données. En

outre, la personne concernée devrait, à sa demande, être informée de l'existence du contrat. L'exportateur des données devraient donner aux personnes concernées, lorsqu'elles en font la demande une copie des clauses contractuelles relatives à la protection des données.

Note explicative :

L'article 5, lettre a (collecte et traitement loyal des données) de la Convention 108 énonce le principe général de transparence dans le traitement des données. L'article 8 énonce le droit des personnes à connaître l'existence du traitement de données à caractère personnel, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résidence habituelle ou le principal établissement du maître du fichier. Le principe de transparence est particulièrement important par rapport au transfert des données à caractère personnel aux pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat. Le droit interne de quelques Parties à la Convention, ainsi que certaines recommandations du Conseil de l'Europe exige l'information aux personnes concernées sur la possibilité du transfert de leurs données à un pays tiers. En outre, certaines Parties prévoient l'obligation de notifier le transfert et/ou les clauses contractuelles à l'autorité nationale de protection des données. En remplissant cette obligation d'information, il faudrait tenir compte des circonstances spécifiques.

Principe 3 – Détails du transfert

Le contrat devrait préciser tous les éléments pertinents du transfert et notamment :

- l'identité de l'exportateur et de l'importateur des données ;
- les catégories de données personnelles à transférer (les données sensibles devraient être précisées) ;
- les finalités pour lesquelles les données à caractère personnel sont transférées ;
- les catégories de personnes concernées dont les données à caractère personnel sont transférées ;
- les destinataires des données (le cas échéant, ceci devrait être spécifié pour chaque catégorie des données) ;
- la durée de conservation applicable aux données transférées.

Principe 4 – Obligations de l'importateur

Le contrat devrait préciser que l'importateur s'engage en particulier à :

- traiter loyalement et licitement les données transférées ;
- traiter les données uniquement pour les finalités pour lesquelles elles ont été transférées ;

Note explicative :

Le contrat devrait énumérer toutes les finalités pour lesquelles l'exportateur autorise l'importateur à traiter les données transférées. Le « traitement » comprend l'utilisation et transfert ultérieurs. veiller à ce que les données transférées restent exactes, adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles ont été transférées et le cas échéant soient mises à jour ;

Note explicative :

L'importateur des données devrait être en mesure de garantir l'exactitude des données seulement au regard de l'état dans lequel il les a reçu.

- conserver les données transférées pour une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles les données ont été transférées
- donner aux personnes concernées, lorsqu'elles en font la demande, une copie des clauses contractuelles relatives à la protection des données.

Principe 5 – Données sensibles

Le contrat devrait prévoir des garanties appropriées supplémentaires lors du transfert de données sensibles.

Note explicative :

Le transfert de données sensibles ne doit intervenir que s'il est nécessaire pour réaliser les finalités du traitement. En outre, il doit être accompagné de mesures de protection supplémentaires notamment des mesures de sécurité appropriées telles que procéder à un cryptage pour le transfert ou répertorier les conditions d'accès aux données sensibles.

Principe 6 – Sécurité des données

Le contrat devrait prescrire la mise en place par l'importateur de mesures de sécurité –techniques et opérationnelles- appropriées pour assurer la protection des données à caractère personnel qui lui sont transférées afin d'empêcher leur destruction accidentelle ou non autorisée, ainsi que d'empêcher l'accès, la modification ou la diffusion non autorisés des données. Ces mesures devraient garantir un niveau de sécurité approprié en relation aux risques potentiels et en tenant compte de l'état de la technique et des coûts occasionnés.

Principe 7 - Droits d'accès, de rectification, d'effacement et de blocage de données

Le contrat devrait régler les obligations de l'exportateur et de l'importateur à l'égard des personnes concernées. En particulier l'importateur des données devrait répondre aux demandes raisonnables des personnes concernées concernant le traitement des données et devrait garantir aux personnes concernées le droit d'accès à leurs données notamment le droit de rectification et d'effacement ou le droit de verrouillage lorsque les données à caractère personnel sont traitées en violation du contrat. En ce qui concerne ces droits, l'exportateur et l'importateur devraient s'informer des demandes de la personne concernée et de la manière dont elles ont été traitées.

Principe 8 – Stipulation pour autrui

Le contrat devrait prévoir une stipulation pour autrui afin que les personnes concernées puissent faire valoir leurs droits à l'encontre de l'exportateur et/ ou de l'importateur.

Principe 9 - Responsabilité

Le contrat devrait prévoir le dédommagement de la personne concernée en cas de dommage dû au traitement des données à caractère personnel effectué en violation du contrat.

Note explicative :

Un système effectif de dédommagement est notamment celui qui prévoit une responsabilité solidaire et conjointe de l'exportateur et l'importateur ; d'autres systèmes, tel qu'un système d'assurances peuvent également être effectifs. Une prétention à un dédommagement doit porter sur une violation des clauses contractuelles de protection des données. La demande de dédommagement peut viser non seulement un dommage matériel mais également la réparation d'un préjudice moral.

Principe 10 – Droit applicable

Le contrat devrait stipuler que la loi régissant les rapports contractuels est la loi du pays d'établissement de l'exportateur pour autant que cette loi prévoit l'établissement de la stipulation

pour autrui. Lorsque cette stipulation n'est pas admise dans la loi du pays de l'exportateur, le contrat devrait stipuler que la loi applicable aux rapports contractuels sera la loi d'un pays partie à la Convention 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, dont la loi prévoit l'établissement de la stipulation pour autrui.

Principe 11 – Juridiction et médiation

Le contrat devrait prévoir le droit de la personne concernée de porter tout litige en relation avec l'exécution du contrat qu'elle pourrait avoir avec l'exportateur et/ou l'importateur des données devant la juridiction compétente du pays où l'exportateur est établi, sans préjudice du droit procédural ou matériel de la personne concernée d'obtenir réparation conformément à d'autres dispositions du droit national ou international. Le contrat devrait également prévoir la possibilité pour la personne concernée, en cas de litige non résolu à l'amiable, de choisir un mécanisme extrajudiciaire de résolution des litiges (tel que l'arbitrage ou la médiation).

Note explicative :

La médiation pourrait également être exercée par l'autorité de protection des données compétente. La personne concernée devrait conserver la possibilité de recourir à un tribunal, indépendamment des accords entre les parties pour la résolution des conflits.

Principe 12 – Communication des données

Le contrat devrait limiter la communication à des tiers des données transférées à ceux qui sont nécessaires pour atteindre la finalité du transfert. Ces communications devraient être soumises à des conditions garantissant un niveau de protection des données équivalent à celui offert par les clauses du contrat original. La communication pourrait également être faite si la personne concernée donne son consentement. Si la communication à des tiers porte sur des données sensibles, la personne concernée devrait y consentir explicitement.

Note explicative :

La communication devrait se faire seulement pour les mêmes finalités pour lesquelles les données ont été transférées. Le nouvel importateur pourrait adhérer au contrat initial avec l'exportateur originaire.

Principe 13 – Contrôle et coopération avec les autorités de contrôle

Le contrat devrait autoriser l'exportateur à vérifier ou à faire vérifier le respect des clauses contractuelles relatives à la protection des données. Le contrat pourrait également prévoir la possibilité pour l'importateur de fournir des renseignements concernant le traitement des données transférées à l'autorité de protection des données du pays de l'exportateur lorsqu'elle le demande ainsi que l'obligation de se ranger à l'avis de cette même autorité en ce qui concerne le traitement des données transférées.

Note explicative :

L'exportateur peut procéder lui-même à une vérification. Il peut également confier cette tâche à un tiers indépendant et qualifié. Pour éviter que l'autorité de protection des données n'ordonne l'arrêt du contrat, il est préférable que l'importateur accepte de suivre les injonctions de cette autorité en vue d'améliorer le respect des clauses contractuelles. « L'autorité de protection des données » désigne l'autorité de contrôle chargée de veiller au respect des mesures donnant effet, dans son droit interne, aux principes énoncés dans la Convention 108 et son Protocole Additionnel.

Principe 14– Résiliation du contrat

La résiliation du contrat devrait être possible notamment si :

les modifications du droit national de l'importateur ou tout événement grave survenant dans son pays rendent impossible le respect des clauses contractuelles,

l'autorité de protection des données du pays de l'exportateur ordonne l'arrêt du transfert des données vers l'importateur ;

l'importateur est insolvable ou mis en faillite.

Le contrat devrait prévoir que lorsqu'il arrive à échéance ou qu'il est résilié, l'exportateur et l'importateur demeurent liés par les obligations et conditions prévues dans le contrat à l'égard du traitement des données transférées.

Notes :

(1) Voir paragraphe 3 du rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE No. 108) et relatif aux autorités de contrôle et aux flux transfrontières de données (STE No. 181).

(2) Ibid. paragraphes 4 et 6 du Protocole additionnel à la Convention No. 108.

(3) WP 4 (5020/97) «Premières orientations relatives aux transferts de données personnelles vers des pays tiers – Méthodes possibles d'évaluation du caractère adéquat de la protection», document de réflexion adopté par le groupe de travail le 26 juin 1997.

WP 7 (5057/97) «Évaluation des codes d'autoréglementation sectoriels : quand peut-on dire qu'ils contribuent utilement à la protection des données dans un pays tiers?», document de travail adopté par le groupe de travail le 14 janvier 1998.

WP 9 (5005/98) «Vues préliminaires sur le recours à des dispositions contractuelles dans le cadre de transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers», document de travail adopté par le groupe de travail le 22 avril 1998.

WP 12 «Transferts de données personnelles vers des pays tiers: application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données», document adopté par le groupe de travail le 24 juillet 1998 et disponible sur le site Internet: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/modelcontracts .

(4) Voir http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/modelcontracts

(5) Tel que, par exemple, le système des Règles refuge dont l'Union européenne reconnaît qu'il offre un niveau de protection adéquat (Décision de la Commission 2000/520/EC en date du 26 juillet 2000).

(6) Les données à caractère personnel ne sont pas seulement des textes mais aussi des images, des photographies, des sons, etc.