

GIOVANNI BUTTARELLI
CONTRÔLEUR ADJOINT

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

Bruxelles, le 16 juillet 2012
GB/RDG/kt/ 1501 C 2012-0086

Objet: Votre lettre du 8 juin 2012 concernant la version révisée des clauses types de l'OLAF en matière de protection des données à utiliser dans les accords de coopération administrative (ACA) conclus avec les autorités de pays tiers ou des organisations internationales

Monsieur,

Nous vous remercions de votre lettre du 8 juin 2012 concernant le suivi de l'avis du CEPD du 3 avril 2012 sur la version révisée des clauses types de l'OLAF en matière de protection des données à utiliser dans les accords de coopération administrative (ACA) conclus avec les autorités de pays tiers ou des organisations internationales (ci-après, les «clauses»).

Le CEPD reconnaît que la capacité de l'OLAF de partager des informations avec les autorités de pays tiers et des organisations internationales est un élément important de la lutte contre les activités de fraude à caractère international. Il note également que les clauses contractuelles types de la Commission avaient été rédigées initialement pour le secteur des entreprises et qu'elles doivent, dans une certaine mesure, être adaptées pour répondre aux exigences spécifiques de la coopération en matière de répression.

Cela dit, tout échange de données à caractère personnel doit avoir lieu conformément au cadre juridique actuel régissant les transferts transfrontaliers de données à caractère personnel effectués par les institutions et organes de l'Union, à savoir l'article 9 du règlement (CE) n° 45/2001 (ci-après, le «règlement»).

Comme nous l'avons déjà souligné dans notre lettre du 3 avril 2012, les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou organisations internationales qui n'assurent pas un niveau de protection adéquate peuvent avoir lieu soit 1) sur la base d'une des dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 6, du règlement, s'ils sont occasionnels, contrairement aux transferts répétés, massifs ou structurels, soit 2) moyennant l'autorisation du CEPD, pour autant que le responsable du traitement produise des garanties adéquates, conformément à l'article 9, paragraphe 7. En principe, des garanties adéquates doivent également être mises en place pour les transferts couverts par les dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 6, lorsque, compte tenu de la nature des données concernées (par exemple, données sensibles), de la finalité du traitement (par exemple, enquêtes pouvant déboucher sur des poursuites pénales) ou du cadre juridique du pays de destination (par exemple, absence ou faible niveau de protection des données), il existe des risques spécifiques pour les personnes concernées. Comme les transferts devant être effectués dans le contexte des ACA en question sont susceptibles de relever de l'une de ces catégories, le CEPD recommande en principe d'adopter également des garanties adéquates pour les transferts basés sur les dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 6.

Comme vous l'indiquez dans votre lettre, les représentants du CEPD et de l'OLAF ont examiné la mise en œuvre des recommandations du CEPD lors de leur réunion du 29 mai 2012 et sont parvenus à un accord préliminaire sur la mise en œuvre de la plupart d'entre elles. S'appuyant sur ces discussions, votre lettre émet des propositions spécifiques en neuf points en vue de la mise en œuvre des recommandations du CEPD. Nous présenterons ci-dessous nos observations concernant chacune de ces propositions en suivant l'ordre de votre lettre.

1) et 4) Introduire une clause de responsabilité et une clause sur les droits des tiers équivalentes à la clause III des clauses contractuelles alternatives de la Commission et introduire une clause équivalente à la clause V, point c), des clauses contractuelles alternatives de la Commission concernant le respect des décisions de justice

Le point de départ de ces recommandations (ci-après, les «clauses contestées») est la nécessité de garantir l'efficacité des clauses et des recours vis-à-vis des personnes concernées. Dans votre lettre, vous faites observer que ces clauses posent des problèmes considérables aux organisations internationales et à leur régime d'immunités et de privilèges. À l'appui de cette allégation, vous avez produit un échange de courriels entre l'OLAF et la vice-présidence de l'intégrité de la Banque mondiale (INT) exprimant de vives inquiétudes quant au caractère acceptable de cette disposition. Dans le même temps, vous soulignez que *«la coopération avec des pays tiers et des organisations internationales est un élément crucial des activités de l'OLAF»*, notamment compte tenu du fait que *«la fraude et la corruption sont des phénomènes mondiaux qui doivent être réprimés à l'échelle internationale»*. Le CEPD prend note de votre déclaration selon laquelle *«dans l'hypothèse très peu probable où une personne concernée serait préjudiciée par un transfert, la Commission pourrait, au nom de l'OLAF, assumer le coût de tout préjudice causé par ce dernier»*.

Si certains partenaires de l'OLAF devaient refuser les clauses contestées, des mécanismes alternatifs devraient être conçus pour préserver l'efficacité des clauses et de la protection des personnes concernées. Les personnes concernées préjudiciées à la suite d'une violation commise par l'une ou l'autre partie devraient être en mesure de faire appliquer les clauses et d'obtenir une réparation adéquate du préjudice subi. Tant que des mécanismes alternatifs garantissent ce résultat, ils peuvent être considérés comme des alternatives adéquates aux clauses contestées. Afin d'assurer l'efficacité des clauses au sens exposé ci-dessus, le CEPD

considère que les garanties suivantes doivent être mises en place sur la base d'une approche d'exécution graduelle:

- 1) premièrement, l'OLAF doit sélectionner minutieusement ses partenaires, en procédant à une évaluation préliminaire de leur capacité et de leur volonté de respecter les clauses de l'ACA et ses annexes (comme la clause 3.3 actuelle le prévoit déjà);
- 2) l'OLAF doit négocier avec ses partenaires l'obligation de ces derniers d'adopter des mesures internes nécessaires pour garantir le respect des ACA dans la pratique;
- 3) lorsqu'il échange des données à caractère personnel avec des pays tiers, l'OLAF doit respecter les principes de licéité, de nécessité, de proportionnalité et de qualité des données. En particulier, il ne doit transférer que les données à caractère personnel qui sont adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est strictement nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont traitées et dans la mesure où la finalité ne peut être atteinte sans le traitement des données à caractère personnel;
- 4) l'OLAF doit mettre en place les mesures nécessaires pour vérifier, dans la mesure du possible, la mise en œuvre correcte de l'accord par les autres parties à l'ACA et faire rapport régulièrement au CEPD sur l'exécution de l'accord, et notamment sur le nombre de transferts, leur nature, leur objet, leurs destinataires, etc.;
- 5) en cas de problème, l'OLAF et ses partenaires doivent s'efforcer de le résoudre, notamment – lorsque cela s'avère approprié et nécessaire – en fournissant des solutions spécifiques aux personnes concernées (comme la clause 6 actuelle le prévoit déjà);
- 6) si ces efforts échouent, l'OLAF doit, conformément à l'article 32, assumer la responsabilité de tout dommage subi par la personne concernée à la suite d'une violation des clauses, notamment des violations commises par ses partenaires lorsque la personne concernée n'a pas été en mesure d'obtenir raisonnablement réparation de ces derniers. Le CEPD invite l'OLAF à inclure expressément une telle disposition dans les clauses.

Le CEPD recommande par conséquent à l'OLAF de mettre en place les mesures nécessaires, notamment, au besoin, en modifiant les clauses, afin de garantir le respect des conditions précitées.

2) Réintroduire les dispositions équivalentes à la clause II, points c) et e), des clauses contractuelles alternatives de la Commission concernant les lois locales et le point de contact pour les demandes de renseignements, respectivement

La clause II, point c), prévoit l'obligation, pour le partenaire, de garantir qu'il n'a aucune raison de croire, au moment où il conclut l'accord, à l'existence d'une quelconque législation locale qui porterait atteinte de manière substantielle aux garanties prévues par les clauses. Votre révision de la clause coïncide pour l'essentiel avec le libellé de la clause II, point c). La seule différence serait que l'obligation de l'OLAF d'avertir le CEPD, au cas où le partenaire prendrait connaissance de l'existence d'une telle législation, serait prévue dans les lignes directrices de l'OLAF en matière de protection des données¹.

Le CEPD relève que cette proposition met suffisamment en œuvre la recommandation.

¹ Les lignes directrices en matière de protection des données sont des instructions internes que le personnel de l'OLAF doit suivre lors du traitement des dossiers aux fins de la mise en œuvre pratique des exigences en matière de protection des données.

La clause II, point e), concerne la désignation d'un point de contact. Vous soulignez que cette obligation est déjà prévue dans le corps de l'ACA type.

Après avoir consulté un exemplaire de ce document, le CEPD admet qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter cette disposition aux clauses.

3) En ce qui concerne les transferts ultérieurs, introduire à la clause 2.4 des nouvelles clauses l'obligation, pour le destinataire tiers, de s'engager par écrit à respecter les principes de protection des données visés à l'annexe

Dans votre réponse, vous soulignez que le point 3.1.3. du corps de l'ACA et le point 2.3 conditionnent déjà les transferts ultérieurs au fait que le partenaire fournisse son accord explicite. En outre, vous acceptez de préciser, dans les lignes directrices en matière de protection des données, que chaque fois qu'il est saisi d'une demande, l'OLAF ne donne son accord à un transfert ultérieur qu'après avoir reçu l'engagement écrit du destinataire de respecter les principes de protection des données énoncés dans l'annexe aux clauses et après avoir évalué la capacité de l'autorité gouvernementale destinataire de respecter ces principes. Les lignes directrices préciseront également que chaque transfert ultérieur sera enregistré dans le module de protection des données².

Le CEPD relève que cette proposition met suffisamment en œuvre la recommandation.

5) Introduire une clause obligeant les parties à décrire les détails du transfert et à enregistrer les transferts effectués en vertu de l'ACA dans un registre central conformément à la clause VIII des clauses contractuelles alternatives de la Commission

Vous faites remarquer que l'OLAF a mis en place un système d'enregistrement des transferts vers les pays tiers et les organisations internationales dans son module de protection des données, dont il sera également tenu compte dans les lignes directrices en matière de protection des données. Dans la mesure où les transferts ultérieurs effectués par un partenaire seront aussi enregistrés par l'OLAF, le CEPD considère que cette proposition met suffisamment en œuvre la recommandation.

6) Spécifier, à la clause 7, que l'ACA peut être dénoncé par n'importe quelle partie ou par l'autorité de contrôle compétente si l'une des conditions visées à la clause VI, point b), sous i), iii) et iv), des clauses contractuelles alternatives de la Commission est remplie

Votre lettre indique que le point 6.1 du corps de l'ACA contient déjà une clause de portée générale permettant à chaque partie de dénoncer l'accord par notification écrite. En conséquence, vous proposez de préciser, dans les lignes directrices en matière de protection des données, que l'OLAF peut dénoncer la partie de l'ACA prévoyant le transfert de données à caractère personnel et qu'il informe le CEPD à ce sujet dans les cas où «i) le transfert a été temporairement suspendu pour une durée supérieure à un mois; ii) le partenaire est en violation grave ou persistante; ou iii) une juridiction de l'UE ou le CEPD déclare que les clauses n'ont pas été respectées par l'une des parties».

Le CEPD considère que cette proposition met suffisamment en œuvre la recommandation.

² Le module de protection des données est un système intégré au système de gestion des dossiers de l'OLAF qui détaille, pour chaque dossier, l'ensemble des principaux traitements de données effectués pour un dossier spécifique, comme l'information des personnes concernées, les transferts, les demandes d'accès, les plaintes, etc.

7) Inclure une clause de responsabilité indiquant que l'OLAF et l'autre partie sont tenus, si une demande est faite en ce sens (c'est-à-dire au CEPD, à un arbitre ou à la juridiction compétente, selon le cas), de fournir une preuve suffisante de respect de la réglementation (couvrant la nécessité de démontrer l'efficacité des mesures prises)

Dans votre lettre, vous proposez de modifier le point 2.5 des clauses comme suit:

«2.5. Sur demande, chacune des parties fournit à l'autre, à un agent d'inspection ou un vérificateur indépendant ou impartial, qui est sélectionné par la partie procédant à l'inspection et n'est pas récusée pour une raison valable par la partie inspectée, ou à la juridiction compétente, selon le cas, la preuve suffisante du respect de la réglementation, et démontre l'efficacité des mesures prises».

Par ailleurs, vous proposez d'indiquer dans les clauses relatives à la protection des données que lorsque l'OLAF reçoit ces informations et ces preuves, il les communique au CEPD.

Le CEPD note que cette proposition met suffisamment en œuvre la recommandation.

8) Publier, dans une section spécifique du site web de l'OLAF, les ACA conclus avec les autorités de pays tiers et des organisations internationales

Vous proposez de mettre en œuvre cette recommandation en publiant la liste des ACA déjà signés, accompagnée du texte type et des clauses contractuelles, afin d'éviter d'affaiblir la position de l'OLAF lors des négociations futures.

Le CEPD considère que cette proposition met suffisamment en œuvre la recommandation.

Quant à la question distincte de savoir si le transfert doit reposer sur les dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 6, ou plutôt sur l'article 9, paragraphe 7, nous souhaitons faire observer que cette évaluation ne peut être effectuée que sur la base de la pratique réelle des transferts de données effectués par l'OLAF. Dans votre lettre, vous déclarez que *«les transferts de données vers les autorités de pays tiers et des organisations internationales effectués par l'OLAF sont limités, comme en témoigne le rapport du DPD de l'OLAF du 21 mars 2012 [...], à savoir environ 30 transferts par an»* et que vous ne prévoyez pas, à l'avenir, d'«augmentation significative» résultant des ACA. Sur la base de ces chiffres, il apparaît que les transferts effectués avec un partenaire international particulier ne sont pas de nature répétée, massive ou structurelle. Par conséquent, ils peuvent être basés sur l'article 9, paragraphe 6, du règlement. Si la fréquence des échanges avec des partenaires particuliers devait augmenter de manière significative à l'avenir, l'article 9, paragraphe 7, devrait être invoqué et le CEPD averti en conséquence.

Conclusions

Le CEPD note que les propositions contenues dans votre lettre du 8 juin 2012 mettent suffisamment en œuvre les recommandations formulées dans la lettre du CEPD du 3 avril 2012, pour autant que vous observiez les recommandations suivantes en apportant les

modifications nécessaires aux clauses ou aux lignes directrices en matière de protection des données:

- 1) l'OLAF doit sélectionner minutieusement ses partenaires, en procédant à une évaluation préliminaire de leur capacité et de leur volonté de respecter les clauses de l'ACA et ses annexes (comme la clause 3.3 actuelle le prévoit déjà);
- 2) l'OLAF doit négocier avec ses partenaires l'obligation de ces derniers d'adopter des mesures internes nécessaires pour garantir le respect des ACA dans la pratique;
- 3) lorsqu'il échange des données à caractère personnel avec des pays tiers, l'OLAF doit respecter les principes de licéité, de nécessité, de proportionnalité et de qualité des données. En particulier, il ne doit transférer que les données à caractère personnel qui sont adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est strictement nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont traitées et dans la mesure où la finalité ne peut être atteinte sans le traitement des données à caractère personnel;
- 4) l'OLAF doit mettre en place les mesures nécessaires pour vérifier, dans la mesure du possible, la mise en œuvre correcte de l'accord par les autres parties à l'ACA et faire rapport régulièrement au CEPD sur l'exécution de l'accord, et notamment sur le nombre de transferts, leur nature, leur objet, leurs destinataires, etc.;
- 5) en cas de problème, l'OLAF et ses partenaires doivent s'efforcer de le résoudre, notamment – lorsque cela s'avère approprié et nécessaire – en fournissant des solutions spécifiques aux personnes concernées (comme la clause 6 actuelle le prévoit déjà);
- 6) si ces efforts échouent, l'OLAF doit, conformément à l'article 32, assumer la responsabilité de tout dommage subi par la personne concernée à la suite d'une violation des clauses, notamment des violations commises par ses partenaires lorsque la personne concernée n'a pas été en mesure d'obtenir raisonnablement réparation de ces derniers. Le CEPD invite l'OLAF à inclure expressément une telle disposition dans les clauses.

Le CEPD ne peut évaluer a priori dans quelle mesure les échanges avec un partenaire particulier doivent être basés sur l'article 9, paragraphe 6, ou sur l'article 9, paragraphe 7, car cela doit être apprécié à la lumière de la pratique de l'OLAF. Si l'OLAF considère que la fréquence des échanges avec certains partenaires augmente à l'avenir, déclenchant ainsi le recours au régime établi par l'article 9, paragraphe 7, du règlement, le CEPD doit être averti sans délai.

Le CEPD recommande par conséquent que l'OLAF adopte les mesures nécessaires pour garantir le respect du règlement (CE) n° 45/2001 à la lumière des conclusions précitées et de lui fournir ensuite, dans un délai de trois mois, tous les documents pertinents prouvant leur mise en œuvre adéquate.

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

(signé)

Giovanni BUTTARELLI

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