DIFFUSION RESTREINTE JUSQU'À LA RÉUNION AVEC LA COMMISSION DE SUIVI

COMITE PERMANENT DE CONTRÔLE DES SERVICES DE RENSEIGNEMENT ET DE SÉCURITÉ

Numéro de notice : 2023.300

Ratification de la Convention 108+

Des opportunités pour la protection des données à caractère personnel dans le domaine de la sécurité nationale

Janvier 2023

La Convention 108+ est un traité international qui offre un cadre juridique plus précis et plus protecteur en matière de données à caractère personnel dans le domaine de la sécurité nationale, par rapport au droit belge existant. La Belgique a signé mais n'a pas encore ratifié la Convention 108+. La présente note, non-exhaustive, met en avant les opportunités liées à la ratification de la Convention 108+ et à l'adaptation de notre cadre juridique national, sans minimiser les contraintes pour les services de renseignement et de sécurité.

Le droit de de la protection des données dans le domaine de la sécurité nationale

Les instruments européens, comme le RGPD[i] ou la Directive « Police Justice »[ii], ne s'appliquent pas aux traitements de données réalisés dans le domaine de la sécurité nationale par les services de renseignements et de sécurité ou par d'autres acteurs visés au Titre 3 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (la « LPD »), à savoir l'OCAM et BelPIU (les « Services »[iii]).

En la matière, le seul instrument international juridiquement contraignant dans le domaine de la protection des données est la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (la « Convention 108 ») de 1981[iv].

En droit belge, le Titre 3 de la LPD constitue l'essentiel du droit de la protection des données applicable au domaine de la sécurité nationale. Ce Titre 3 est, selon la volonté du législateur, conforme à la Convention 108.

En 2018, la Convention 108 a fait l'objet d'une modernisation qui prend la forme d'un protocole d'amendement[v] qui vise à transformer la Convention 108 en « Convention 108+ »[vi].

État des signatures et ratifications

Pour pouvoir ratifier la Convention 108+[vii], les États doivent préalablement adopter dans leur loi les mesures nécessaires pour lui donner effet.

Quarante-quatre États ont signé le Convention 108+, dont l'ensemble des États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark. Vingt États l'ont déjà ratifié[viii]. Parmi ces États figurent treize États membres de l'Union européenne dont l'Allemagne. Le processus de ratification est en cours dans d'autres États, comme la France et les Pays-Bas[ix]. A terme, des pays tiers au Conseil de l'Europe pourraient être invités à adhérer à la Convention 108+[x].

La Belgique a signé le traité le 10 octobre 2018 mais ne l'a pas encore ratifié.

Renforcement des droits des personnes concernées

Dans le domaine du renseignement, les droits des personnes concernées par des traitements de données et la transparence à leur égard sont significativement limités en raison de impératif de confidentialité des actions des services de renseignement et de sécurité (dont la mission touche à l'objectif de maintien de la sécurité nationale).

Les Conventions 108 et 108+ permettent de telles exceptions à l'obligation de transparence du traitement et aux droits des personnes concernées par un traitement, sous certaines conditions[xi].

La ratification de la Convention 108+ donne l'occasion au législateur :

- de réexaminer la manière dont s'exerce le droit d'accès indirect aux données personnelle ;
  Le droit d'accéder directement à leurs données personnelles traitées par les Services n'est pas reconnu aux personnes concernées. Le Comité permanent R vérifie à leur demande et à leur place que les traitements sont conformes au cadre juridique. La transparence à l'égard de la personne quant au résultat de ces vérifications est systématiquement et sans exception nulle[xii]. Le législateur pourrait amender ce droit d'accès indirect afin d'autoriser le Comité permanent R, lorsqu'il l'estime nécessaire et compte-tenu des impératifs de sécurité nationale, de pouvoir divulguer certaines informations supplémentaires à la personne concernée[xiii]. Ça devrait en tout état de cause être le cas lorsqu'un Service a extériorisé certaines informations non-classifiée auprès d'un autre organisme avec l'objectif que cet organisme en tienne compte dans une décision administrative ou judiciaire (par exemple, en matière de retrait de titre de séjour).

- de prévoir un droit d'obtenir connaissance du raisonnement sous-tendant un traitement de données, lorsque ce traitement produit un résultat appliqué à une personne ;
  La Convention 108+ prévoit le droit pour la personne concernée d'obtenir connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement de données lorsque les résultats de ce traitement lui sont appliqués. Ce droit n'est pas encore repris en droit positif belge, même adapté sous une forme où il serait exercé par le Comité permanent R. Ce droit pourrait être reconnu aux personnes lorsque leurs données sont communiquées par les Services à des entités publiques ou privées afin que ces dernières prennent des mesures d'entrave. Il pourrait en tout état de cause être reconnu au profit du Comité permanent R en sa qualité d'autorité de protection des données.

- de réexaminer les procédures d'accès à l'information des Services et des exceptions à la communication de l'information.

A cet égard, le Comité s'est déjà exprimé à l'occasion d'un avis sur une proposition de loi instaurant une obligation de notification à la personne concernée par certaines méthodes de recueil de données[xiv].

Ces deux mesures renforceraient la confiance du citoyen et permettraient un contrôle plus efficace du Comité permanent R, notamment dans le suivi des innovations techniques mise en place et employées par les Services.

Flux transfrontières de données à caractère personnel

Le régime des flux transfrontières de données est désormais intégralement repris dans la Convention 108+. En substance, ce régime prévoit le principe de liberté de circulation des données à caractère personnel vers des destinataires relevant de la juridiction d'un État partie à la Convention 108+. Lorsque le destinataire ne relève pas d'un État partie, le principe est que le transfert ne peut avoir lieu que si un niveau approprié de protection est garanti.

La ratification de la Convention 108+ donne l'occasion au législateur :

- de définir de manière plus claire et complète ce qu'est un « niveau de protection approprié » ;
  Le droit positif se réfère au concept voisin de « niveau de protection adéquat », qui ne recouvre pas un élément fondamental repris dans la Convention 108+ : la nature juridiquement contraignante et opposable des garanties entourant le transfert et le traitement ultérieur des données. Il s'agit d'éviter que les données à caractère personnelle, une fois transférées par les Services, échappent complètement à leur maîtrise et aient des effets injustifiés (ou des effets qui ne sont plus justifiés en raison d'une correction ou adaptation des données originelles) sur les droits des personnes concernées à l'étranger.

- de confier au Comité permanent R les moyens de vérifier l'effectivité du régime des flux transfrontières à l'égard des Services ;
  La Convention 108+ prévoit les principes selon lesquels le Comité permanent R peut obtenir toute information pertinente relative à certains transferts de données, exiger qu'un Service démontre l'effectivité des garanties prises ou l'existence d'intérêts légitimes prépondérants justifiant un transfert[xv].

- de revoir les exceptions permettant de procéder à un transfert de données en l'absence de niveau approprié de protection ;
  A cet égard, le droit belge peut apparaître tantôt trop, tantôt pas suffisamment permissif par rapport à la Convention 108+.

- de fixer dans la loi les principes applicables à la coopération internationale des Services.

Aujourd'hui, ces principes sont décidés par le Conseil National de Sécurité mais il serait plus approprié qu'ils soient déterminés dans une loi, qui pourrait encore être précisée par le Roi sur certains points.

Ces actions permettraient de renforcer la solidité du cadre juridique et surtout, d'assurer une meilleure effectivité des règles de protection des données dans un monde irrémédiablement et nécessairement interconnecté.

Meilleur encadrement des coopérations internationales entre autorités de contrôle

La Convention 108+ met en place un mécanisme de coopération et d'entraide entre les autorités de contrôle des Etats parties. Plus spécifiquement, le texte prévoit la possibilité de coordonner les interventions des autorités de contrôle, de réaliser des actions conjointes, et d'échanger des informations, en ce compris des données à caractères personnels dans certains cas limités. Il est également prévu que les autorités de contrôle se constituent en réseau.

La Convention 108+ ne prévoit pas d'exception générale aux principes d'entraide et de coopération mais il est prévu qu'*in concreto*, une autorité de contrôle puisse refuser de donner suite à une demande de coopération si une telle demande est incompatible avec ses compétences, si elle n'est pas conforme à la Convention 108+ ou encore si l'exécution de cette demande serait incompatible avec la souveraineté, la sécurité nationale, l'ordre public, ou les droit et libertés fondamentales des personne relevant de sa juridiction.

La ratification de la Convention 108+ est dès lors l'occasion de doter le Comité permanent R d'une compétence propre et exclusive en matière de coopération internationale dans le domaine de la protection des données dans le secteur du renseignement (et les autres secteurs dans lesquels interviennent les Services), ainsi que d'un régime applicable à la coopération internationale[xvi]. Ceci renforcerait l'effectivité des règles de protection des données dans un environnement international et confierait une meilleure sécurité juridique aux transferts transfrontière de données.

Obligations complémentaires

La Convention 108+ prévoit trois nouvelles obligations complémentaires qui sont acquises dans le droit européen commun de la protection des données à caractère personnel, mais qui ne sont pas prévues dans le domaine de la sécurité nationale[xvii].

Ces trois obligations complémentaires sont : le principe d'*accountability* (responsabilité du responsable de traitement de démontrer à l'autorité de contrôle la conformité de son action), le principe de l'analyse d'impact préalable du traitement sur les droits et libertés et de la minimisation des risques, et celui du *privacy by design* (prise en compte de la protection des données à tous les stades du traitement).

Ces principes pourraient être consacrés par le législateur, dans la mesure où ils sont de nature à renforcer la solidité du cadre réglementaire et la confiance du citoyen.

Risques et opportunités pour les Services

Les règles de protections des données peuvent être ressenties par les Services comme autant de freins dans l'exercice de leurs missions. Plus des contraintes techniques et juridiques sont mises sur le traitement des données, plus l'exercice de leurs missions est coûteux en ressources humaines. Le récent renforcement des effectifs de la VSSE et du SGRS est toutefois l'occasion idéale de consolider et préciser le cadre juridique applicable aux traitements de données des Services. Ces précisions au cadre normatif et ce renforcement de la transparence contribuent à la légitimité de l'action des Services.

Dans une certaine mesure, les nouvelles règles qui pourraient être appliquées contribuent également à l'efficacité des Services. Il en va par exemple ainsi du principe d'*accountability*, selon lequel le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer la conformité de son action, qui permet aux services de renseignement une meilleure maîtrise de la qualité de leurs produits de renseignement et fournit des garanties supplémentaires sur la possibilité de les utiliser sans risque de censure par le Comité permanent R en tant qu'autorité de contrôle. De même, les règles relatives aux flux transfrontières de données visent à faciliter les flux de données avec les services étrangers et ont pour effet d'assurer aux Services une meilleure maîtrise des données qu'ils transmettent à l'étranger, limitant ainsi le risque de conséquences non-désirées en cas de mauvaise utilisation ultérieure de ces données par l'État auquel elles ont été transmises[xviii].

Le Comité permanent R salue la décision du Gouvernement d'avoir signé la Convention 108+, estime opportun que la Belgique la ratifie, et invite dès lors les Ministres de la Justice et de la Défense, compétents pour les Services de renseignement et de sécurité, à interpeller leur collègue la Ministre des Affaires étrangères en ce sens. De même, le Comité invite les Ministres compétents à faire le nécessaire pour préparer les modifications législatives préalables à la ratification, dans l'intérêt de la protection des données et des droits des citoyens.

---

[i] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 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, et abrogeant la directive 95/46/CE ; lien.

[ii] Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 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, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil ; lien.

[iii] Notons que pour le l'OCAM et BelPIU, le rôle d'autorité de protection des données du Comité permanent R est exercé conjointement avec le Comité permanent P et le C.O.C., respectivement.

[iv] La Belgique a choisi de ne pas exclure le domaine de la sécurité national du champ d'application de la Convention 108, comme elle aurait pu le faire.

[v] Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE n° 223) ; lien ; version consolidée et comparée de la Convention 108+ : lien.

[vi] Version comparée des Convention 108 et 108+ (lien FR ;lien ENG)

[vii] A travers l'adoption d'un projet de loi d'assentiment.

[viii] Pour un aperçu complet de l'état des signatures et ratifications, voy. lien

[ix] Loi n° 2022-1461 du 24 novembre 2022 autorisant la ratification du protocole d'amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ; lien (France). Avis du Raad van State sur le projet de loi de ratification, lien (Pays-Bas).

[x] La Convention 108 avait par exemple été ratifiée par l'Argentine, le Cap-Vert, le Maroc, l'île Maurice, le Mexique, le Sénégal, la Tunisie et l'Uruguay.

[xi] L'exception doit être prévue par une loi, respecter l'essence des droits et libertés fondamentales, et constituer une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.

[xii] Le Comité permanent R ne peut que répondre qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires (art. 80, 114, §1er,146 et 174).

[xiii] Le Comité permanent R dispose déjà de ce pouvoir dans le cadre de sa compétence générale originelle de contrôle des services de renseignement et de sécurité. Il existe par ailleurs des précédents où plus de transparence est permise (habilitations de sécurité, traitement de l'information policière, par exemple.).

[xiv]Avis n°002/CPR/2021 du 31 mai 2021, lien.

[xv] Il est permis de déroger à ces principes mais faudra inscrire cette exception dans une loi et justifier qu'à l'égard du Comité permanent R, cette exception constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.

[xvi] Les collaborations et l'échange d'informations classifiées devra se dérouler conformément aux règles existantes en matière de classification et aux accords internationaux en la matière.

[xvii] Sont en revanche déjà prévues les obligations de désigner un délégué à la protection des données et de tenir un registre des traitements.

[xviii] Dans leur rapport « Entre droits fondamentaux et surveillance (2022) », les chercheurs Nadia Fadil *et al.* ont mis en évidence certains effets secondaires de partages de données supposés, ainsi que le ressenti des personnes ayant fait l'objet de certaines mesures, comme des refoulements à la frontière de pays tiers, par exemple, lien.