



**536/14/FR
WP 211**

**Avis 01/2014 sur l'application des notions de nécessité et de
proportionnalité et la protection des données dans le secteur répressif**

Adopté le 27 février 2014

Ce groupe de travail a été institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Ses missions sont définies à l'article 30 de la directive 95/46/CE et à l'article 15 de la directive 2002/58/CE.

Son secrétariat est assuré par la direction C (Droits fondamentaux et citoyenneté de l'Union) de la direction générale «Justice» de la Commission européenne, B-1049 Bruxelles, Belgique, bureau MO-59 02/013.

Site internet: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_fr.htm

PARTIE I

0.0 Résumé

Puisqu'il est difficile d'imaginer que de nombreuses mesures proposées ou existantes¹ de contrôle aux frontières ou de maintien de l'ordre puissent impliquer une intrusion dans la vie privée des personnes sans aussi comporter un traitement des données à caractère personnel de ces personnes, le groupe de travail «Article 29» a formulé le présent avis pour remettre en lumière l'importance des notions de nécessité et de proportionnalité. Si ces notions se sont développées dans le contexte plus large du respect de la vie privée, il est important de comprendre leur relation avec la protection des données.

Bien que la directive 95/46/CE, en tant qu'instrument antérieur au traité de Lisbonne, ne soit pas applicable dans une large mesure à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), le groupe de travail «Article 29» rappelle que ses principes sont généralement applicables dans le domaine de la protection des données. De plus, ces principes apparaissent dans d'autres instruments, comme la convention 108, qui sont applicables à l'ELSJ.

Le présent avis fournit des orientations pratiques, inspirées de la jurisprudence et de l'expérience des membres du groupe de travail «Article 29», à l'intention des législateurs et des autorités de l'ELSJ qui envisagent de proposer de nouvelles mesures ou de réviser des mesures existantes. Il convient de prendre en considération:

- la base juridique d'une mesure, notamment au regard de l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme;
- le problème spécifique à régler, notamment la gravité du problème, ainsi que les attitudes sociales et culturelles;
- les raisons qui sous-tendent la mesure et qui sont étroitement liées aux décisions concernant la rétention des données, la limitation de leur collecte au strict minimum et la qualité des données; et
- la nécessité de produire suffisamment d'éléments à l'appui des raisons justifiant le choix de la mesure.

1.0 Introduction (objectif et structure)

1.1 Le présent avis vise à clarifier les notions de nécessité et de proportionnalité et leur application aux mesures proposées ou existantes² en vue de résoudre des problèmes qui se posent dans le contexte de l'action répressive à de multiples niveaux – local/régional, national ou européen. Les destinataires de cet avis sont au premier chef les législateurs de l'Union et des États membres, ainsi que les autorités chargées d'intervenir dans

¹ Dans ce contexte, la définition adoptée par le groupe de travail «Article 29» englobe toute mesure proposée ou existante qui vise à remédier à un problème dans un contexte répressif. Il pourrait s'agir d'un acte législatif européen ou national destiné à régler un problème spécifique ou divers problèmes, dont une agence de l'ELSJ est chargée de s'occuper en faisant, par exemple, surveiller un suspect par un service répressif.

² Dans ce contexte, la définition adoptée par le groupe de travail «Article 29» englobe toute mesure proposée ou existante qui vise à remédier à un problème dans un contexte répressif. Il pourrait s'agir d'un acte législatif européen ou national destiné à régler un problème spécifique ou divers problèmes, dont une agence de l'ELSJ est chargée de s'occuper en faisant, par exemple, surveiller un suspect par un service répressif.

l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après l'«ELSJ»³). Il s'agit, en termes clairs, des autorités entrant dans le champ d'application de 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 données, et de celles mentionnées au titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»).

- 1.2 Au niveau européen, les notions de nécessité et de proportionnalité se sont développées à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «CEDH») traitant de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «Convention») qui reconnaît le droit au respect de la vie privée et familiale. Bien que la protection des données soit, en elle-même, une notion distincte, et désormais un droit fondamental séparé et autonome conformément à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte»), qui a la même valeur juridique que les traités, en vertu de l'article 7 du TFUE, le groupe de travail «Article 29» tient à attirer l'attention sur l'approche adoptée par la CEDH dans l'application de l'article 8 de la Convention en raison de l'importance de sa relation étroite et de son interaction avec la protection des données. Il en va ainsi tout particulièrement dans le contexte de l'ELSJ.

En suivant cette logique, le groupe de travail «Article 29» examine d'abord comment la CEDH a défini les notions de nécessité et de proportionnalité dans le contexte de l'article 8 de la Convention avant de s'intéresser à l'approche de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour de justice») quand celle-ci est amenée à interpréter les articles 7 et 8 de la Charte. Afin de proposer des orientations pratiques, nous concluons par une analyse des éléments à prendre en considération lors de l'adoption de mesures relatives à l'ELSJ et nous présentons certains enseignements tirés de l'approche de la CEDH et de l'expérience que possède déjà le groupe de travail «Article 29» (ainsi que ses membres) en la matière.

Le groupe de travail «Article 29» estime que le présent avis aidera le législateur et les autorités de l'ELSJ à être mieux à même de comprendre les éléments dont il faut tenir compte pour éviter qu'à l'avenir, toute proposition de mesure relative à l'ELSJ se borne simplement à apporter une «valeur ajoutée» ou à «être utile», au lieu d'être nécessaire et proportionnée. Il va sans dire que l'avis les aidera aussi à se conformer aux principes de la protection des données.

Cet avis pourra aussi servir à certaines autorités nationales chargées de la protection des données lorsqu'elles seront invitées à examiner ces notions dans le contexte de l'ELSJ.

- 1.3 Le groupe de travail «Article 29» compte réexaminer et, au besoin, mettre à jour le présent document sur la base de la jurisprudence et de l'expérience pertinente des autorités nationales chargées de la protection des données dans ce domaine.

³ Une liste des autorités chargées des questions relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) figure à l'adresse suivante: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_fr.htm.

PARTIE II

2.0 Cadre juridique européen et de l'Union

2.1 Un examen des législations passées, présentes et futures en matière de protection des données fait apparaître que la protection des données à caractère personnel s'est développée à partir du droit à la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention de 1950. Avec l'essor des nouvelles technologies et des possibilités de surveillance, dans le secteur tant public que privé, il est devenu manifeste qu'il fallait garantir aux citoyens une protection renforcée contre les tiers (en particulier les États), en plus des droits «défensifs» reconnus par l'article 8 de la Convention, en veillant à ce que chacun ait le droit de contrôler ses propres données à caractère personnel.

La protection des données à caractère personnel a été reconnue pour la première fois comme un droit distinct dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108), qui a aussi constitué une importante source d'inspiration pour la directive 95/46/CE.

Les références au droit à la vie privée à l'article 1^{er} de la Convention 108, ainsi que dans le préambule et à l'article 1^{er} de la directive 95/46/CE attestent que le droit à la protection des données est étroitement lié au droit à la vie privée.

Le droit à la protection des données à caractère personnel est devenu un droit séparé dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) qui, tout en consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale à l'article 7, reconnaît aussi un droit explicite à la protection des données à caractère personnel à l'article 8.

L'article 52 de la Charte définit la portée de ces droits. L'article 52, paragraphe 1, exige que les limitations de l'exercice de ces droits soient prévues par la loi. Celles-ci doivent respecter le principe de proportionnalité et ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 52, paragraphe 3, de la Charte prévoit que le sens et la portée des droits contenus à la fois dans la Charte et dans la Convention, comme le droit au respect de la vie privée et familiale, sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention.

L'interdépendance de ces droits transparaît aussi dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne. Lorsqu'elle applique les critères de nécessité et de proportionnalité dans les affaires de respect de la vie privée ou de protection des données, la Cour privilégie une lecture conjointe des articles 7 et 8 de la Charte⁴.

2.2 Cela démontre qu'il existe un lien évident entre le droit à la protection des données et le droit au respect de la vie privée et familiale, reconnu tant par la Convention que par la Charte. Puisque les autorités de l'ELSJ sont des autorités publiques, elles doivent se conformer à la Convention et de ce fait, selon les exigences de l'article 52, paragraphe 3,

⁴ Cour de justice, C-291/12, Schwarz/Stadt Bochum, arrêt du 17 octobre 2013.

de la Charte, la notion de vie privée doit avoir le même sens et la même portée dans le contexte de l'ELSJ que ceux que lui confère la Convention.

Il s'ensuit que le sens, la portée et l'application de notions comme la nécessité et la proportionnalité dans l'ELSJ ne doivent pas être moindres que ceux prévus par l'article 8 de la Convention.

PARTIE III

3.0 Ce que dit la CEDH à propos des notions de nécessité et de proportionnalité et du droit au respect de la vie privée et familiale

3.1 Compte tenu du lien, esquissé dans la partie 2, entre respect de la vie privée et protection des données, et du fait que les notions de nécessité et de proportionnalité ont été élaborées par la CEDH dans son interprétation de l'article 8 de la Convention, il nous faut d'abord examiner la jurisprudence de cette juridiction pour comprendre son approche.

3.2 L'article 8, paragraphe 1, de la Convention dispose que:

«Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.»

Ce droit n'est cependant pas absolu et l'article 8, paragraphe 2, expose les motifs pour lesquels un État peut s'ingérer dans l'exercice du droit à la vie privée d'une personne:

«Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

3.3 La CEDH a énoncé trois critères qui doivent être satisfaits pour qu'une quelconque ingérence soit conforme à l'article 8, paragraphe 2. Une telle ingérence doit être:

- prévue par la loi;
- destinée à atteindre l'un des buts légitimes énumérés à l'article 8, paragraphe 2; et
- nécessaire dans une société démocratique.

Une ingérence dans l'exercice des droits reconnus à une personne par l'article 8 doit donc satisfaire à ces trois critères pour être justifiée. Ci-après, le groupe de travail «Article 29» récapitule la jurisprudence pertinente de la CEDH ou y renvoie afin de contribuer à clarifier ce qu'a dit la Cour à propos de chacun de ces critères.

3.4 Critère 1: prévue par la loi

Dans son arrêt MM/Royaume-Uni⁵, la CEDH a énoncé les critères qui doivent être remplis pour qu'un acte ou activité soit «prévu par la loi». Une activité doit: avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit; et la loi doit être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu de régler sa conduite⁶.

⁵ MM/Royaume-Uni, requête n° 24029/07 (CEDH, 13 novembre 2012).

⁶ Huvig/France, requête n° 11105/84 (CEDH, 24 avril 1990).

La CEDH a indiqué que, pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, la loi:

«[...] doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes»⁷.

En résumé, une activité sera conforme au droit si elle a une base juridique (en common law ou en droit écrit) et si elle définit clairement les règles régissant son fonctionnement. Ces règles devraient aussi, le cas échéant, indiquer expressément la marge d'appréciation laissée aux services répressifs, donner des orientations pour l'exercice de ce pouvoir d'appréciation et fournir des garanties juridiques adéquates.

3.6 Critère 2: poursuite d'un but légitime

Ce critère est assez explicite, mais il est étroitement lié à l'exigence que l'ingérence soit «nécessaire dans une société démocratique». Pour qu'elle soit réputée poursuivre un but légitime, l'activité doit être menée en vue d'atteindre un des buts énumérés à l'article 8, paragraphe 2, à savoir la défense de l'ordre et la prévention ou la détection des infractions pénales, la protection des droits et libertés d'autrui, etc.

3.7 Critère 3: nécessaire dans une société démocratique

Selon ce critère en relation étroite avec le précédent, une mesure relative à l'ELSJ doit aussi être «nécessaire dans une société démocratique» si elle donne lieu à une ingérence destinée à atteindre un but légitime.

3.8 Il y a eu plusieurs affaires dans lesquelles la CEDH a jugé bon d'examiner le sens de l'expression «nécessaire dans une société démocratique». Dans son arrêt *Handyside/Royaume-Uni*⁸, la Cour a précisé que si l'adjectif «nécessaire» n'était *«[...] pas synonyme d'“indispensable” [...], il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'“admissible”, “normal”, “utile”, “raisonnable” ou “opportun”»⁹*. La CEDH a aussi noté que dans ce contexte, la nécessité *«implique l'existence d'un “besoin social impérieux”»¹⁰*.

3.9 C'est important, car il s'ensuit que la notion de «nécessité» ne devrait pas être interprétée d'une façon trop large, qui faciliterait le contournement de droits fondamentaux. Elle ne devrait pas non plus être interprétée trop littéralement, car ce serait placer la barre trop haut et il deviendrait alors excessivement difficile de justifier des activités qui peuvent légitimement interférer avec des droits fondamentaux.

3.10 Dans la même affaire, la Cour s'est penchée sur le droit à la liberté d'expression, en tant que condition de l'existence et de l'épanouissement continu d'une «société démocratique». Elle a déclaré que, dans cet esprit, *«toute “formalité”, “condition”, “restriction” ou “sanction” imposée [...] doit être proportionnée au but légitime poursuivi»¹¹*.

⁷ MM/Royaume-Uni, requête n° 24029/07 (CEDH, 13 novembre 2012).

⁸ *Handyside/Royaume-Uni*, requête n° 5493/72 (CEDH 7 décembre 1976).

⁹ *Handyside/Royaume-Uni*, requête n° 5493/72 (CEDH 7 décembre 1976), point 48.

¹⁰ *The Sunday Times/Royaume-Uni*, requête n° 6538/74 (CEDH 6 novembre 1980), point 59.

¹¹ *Handyside/Royaume-Uni*, requête n° 5493/72 (CEDH 7 décembre 1976), point 49.

3.11 Enfin, la CEDH a expliqué que son rôle était dès lors de décider «[...]si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d’“ingérence” qu’elles adoptent sont pertinents et suffisants»¹².

3.12 On compte à présent bon nombre d’affaires portées devant la CEDH qui se rapportent toutes à un ou plusieurs des critères adoptés par la CEDH pour déterminer si une mesure est «nécessaire dans une société démocratique»¹³.

Besoin social impérieux: l’ingérence correspond-elle à un besoin social impérieux?

Proportionnalité: l’ingérence résultant de la mesure est-elle proportionnée au but légitime poursuivi?

Motifs pertinents et suffisants: les motifs donnés pour justifier l’ingérence sont-ils pertinents et suffisants?

Le groupe de travail «Article 29» s’emploie ci-après à expliquer comment la CEDH a traité chacun de ces critères.

3.13 Critère 1: besoin social impérieux

Nous avons déjà expliqué ci-dessus qu’une autorité de l’ELSJ peut poursuivre un but légitime au regard de l’article 8, paragraphe 2, par exemple «la prévention et la détection d’une infraction pénale et l’enquête en la matière». Si la notion de «besoin social impérieux» est difficile à définir, elle impliquera toujours la nécessité de déterminer, dans la sphère plus large du but légitime poursuivi, le besoin sociétal spécifique auquel il convient de répondre en vue de protéger la sécurité publique.

3.14 Ce que la CEDH essaie, en substance, d’apprécier, c’est la question de savoir si l’autorité de l’ELSJ a, par exemple, déterminé le motif pour lequel une ingérence dans l’exercice du droit des personnes au respect de leur vie privée est nécessaire. Cependant, l’expression «*besoin social impérieux*» suppose un niveau plus élevé de gravité, d’urgence ou d’immédiateté associé au besoin que la mesure vise à satisfaire. Par conséquent, la définition d’un besoin social impérieux impliquera la prise en considération de plusieurs facteurs, qui peuvent inclure la préoccupation de l’opinion publique, la nature du problème à régler, etc. Ces facteurs influenceront certainement le choix des données à caractère personnel qui pourront éventuellement être traitées pour répondre à ce problème/besoin social impérieux.

3.15 L’affaire *Dudgeon/Royaume-Uni*¹⁴ constitue un cas particulier examiné par la CEDH. Le requérant soutenait que la législation en vigueur en Irlande du Nord, érigeant en infractions pénales les actes homosexuels indépendamment du lieu où ils étaient pratiqués, de l’âge des personnes concernées, de leur consentement éventuel ou de leur capacité à donner leur consentement, violait les droits qui lui étaient garantis par l’article 8 de la Convention.

¹² Handyside/Royaume-Uni, requête n° 5493/72 (CEDH, 7 décembre 1976), point 50.

¹³ Voir, par exemple *S et Marper/Royaume-Uni*, requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04 (CEDH, 4 décembre 2008), point 101; *Khelili/Suisse*, requête n° 16188/07 (CEDH, 18 octobre 2011); *Klass et autres/Allemagne*, requête n° 5029/71 (6 septembre 1978); *Leander/Suède*, requête n° 9248/81 (CEDH, 26 mars 1987); *Huvig/France*, requête n° 11105/84 (CEDH, 24 avril 1990); *Z/Finlande*, requête n° 22009/93 (CEDH, 25 février 1997); *K et T/Finlande*, requête n° 25702/94 (12 juillet 2001).

¹⁴ *Dudgeon/Royaume-Uni*, requête n° [7525/76](#) (CEDH, 22 octobre 1981).

3.16 Bien que la CEDH ait convenu de la nécessité de régler dans une certaine mesure toute activité sexuelle, il restait à déterminer si la législation de l'Irlande du Nord, qui allait bien au-delà de la réglementation de comportements similaires en vigueur dans d'autres États membres parties à la Convention, était encore «nécessaire»¹⁵.

3.17 La CEDH, en revenant sur les buts légitimes invoqués pour motiver la législation et en commentant aussi l'évolution considérable de l'opinion publique à propos de l'homosexualité depuis l'adoption de la législation, a déclaré:

«On ne saurait dès lors parler d'un "besoin social impérieux" d'ériger de tels actes en infractions, faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité.»¹⁶

En résumé, bien que les autorités d'Irlande du Nord aient poursuivi un but légitime, quand il s'est agi d'apprécier si les mesures prises étaient ou non «nécessaires dans une société démocratique», elles n'ont pas pu démontrer de manière satisfaisante à la CEDH l'existence d'un besoin social impérieux et ce critère n'était donc pas rempli¹⁷. Malgré les objections de certains milieux, l'opinion générale prévalant dans l'ensemble de la société donnait à penser qu'il n'était plus nécessaire que la législation aille aussi loin à l'égard des rapports homosexuels masculins. De surcroît, il n'y avait pas suffisamment d'éléments indiquant que les mesures se justifiaient pour éviter le risque de nuire à des individus vulnérables ou qu'il y aurait des répercussions sur la collectivité si ces mesures n'étaient pas prises.

3.18 De par sa nature même, le critère du besoin social impérieux est fluctuant et comporte une part de subjectivité. Le contexte et les éléments de preuve sont donc essentiels pour déterminer s'il est satisfait. La gravité d'un besoin social ou le risque de nuire/les conséquences dommageables/les répercussions sur la collectivité peuvent influencer le caractère «impérieux» du besoin social.

Par exemple, on peut accepter l'argument selon lequel les violences sexuelles sont considérées par l'opinion publique comme une menace plus grave/pressante que les cambriolages. Il pourrait donc être admissible qu'un degré d'ingérence plus grand dans l'exercice du droit au respect de la vie privée ou du droit à la protection des données d'une personne se justifie pour lutter contre ce type d'infraction particulier. Cependant, il pourrait aussi être soutenu que, du fait de la prévalence des cambriolages, de la façon dont ils sont commis, du nombre de personnes affectées, etc., cette infraction serait tout aussi grave, sinon plus, dans un ou plusieurs États membres. L'important, pour déterminer ce degré de gravité, sera le contexte et les éléments de preuve justifiant des ingérences pour combattre ces infractions.

3.19 Compte tenu de ce qui précède, et après examen d'une grande partie de la jurisprudence de la CEDH en la matière, il apparaît que, parmi les facteurs envisageables pour

¹⁵ Dudgeon/Royaume-Uni, requête n° [7525/76](#) (CEDH, 22 octobre 1981): «[...] préserver l'ordre et la décence publics, protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse et fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale».

¹⁶ Dudgeon/Royaume-Uni, requête n° [7525/76](#) (CEDH 22, octobre 1981), point 60.

¹⁷ Voir aussi, à cet égard, Khelil/Suisse, requête n° 16188/07 (CEDH, 18 octobre 2011).

apprécier le «besoin social impérieux» (la liste n'est pas exhaustive), la CEDH a retenu les suivants:

- La mesure vise-t-elle à résoudre un problème qui, si l'on ne s'en occupe pas, peut entraîner des dommages ou des conséquences préjudiciables pour la collectivité ou une partie de la collectivité?
- Existe-t-il des éléments démontrant que la mesure peut atténuer ces conséquences?
- Quelles sont les attitudes générales (sociétales, historiques ou politiques, etc.) de la collectivité à l'égard du problème en question?
- Les avis spécifiques ou l'opposition éventuelle exprimés par la société à l'égard d'une mesure ou d'un problème ont-ils été suffisamment pris en compte?

3.20 Critère 2: proportionnalité

Le deuxième critère (proportionnalité) défini par la CEDH requiert en substance qu'une mesure d'ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but légitime poursuivi.

- 3.21 Deux affaires notables dont la CEDH a eu à connaître et qui faisaient intervenir la question de la proportionnalité dans le domaine de la législation relative à la protection de la vie privée sont les affaires Z/Finlande¹⁸ et S et Marper/Royaume-Uni¹⁹. Dans le cas de S et Marper, les requérants se plaignaient de ce que la conservation de leur profil ADN et de leurs empreintes digitales par les autorités constituait une ingérence injustifiée dans l'exercice de leurs droits garantis par l'article 8. Dans le cas de Z, le problème était que des informations personnelles sur la requérante (et notamment sur son état de santé) avaient été rendues publiques.
- 3.22 Dans les deux affaires, la CEDH a convenu que les activités en question poursuivaient un but légitime de prévention ou de détection d'infractions pénales et de défense de l'ordre. La CEDH s'est ensuite demandé si ces activités étaient «nécessaires dans une société démocratique».
- 3.23 À cet égard, la CEDH a considéré que les motifs donnés n'étaient pas pertinents ou suffisants pour primer l'intérêt des requérants au maintien de la confidentialité des données.
- 3.24 Dans son arrêt S et Marper, la CEDH a critiqué le «*caractère général et indifférencié*»²⁰ du pouvoir de prélèvement et de conservation d'échantillons d'ADN. Elle a noté l'absence de prise en considération de «*la nature et la gravité des infractions dont la personne était à l'origine soupçonnée*»²¹ ou «*de son âge*»²² et a observé que la conservation n'était pas limitée dans le temps, quelles que soient la nature ou la gravité de l'infraction. L'insuffisance des garanties a aussi été soulignée, notamment le fait qu'il n'existe «*que peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données*»²³ et le manque de contrôle indépendant de la justification de la conservation des échantillons.

¹⁸ Z/Finlande, requête n° 22009/93 (CEDH, 25 février 1997).

¹⁹ S et Marper/Royaume-Uni, requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04 (CEDH, 4 décembre 2008).

²⁰ S et Marper/Royaume-Uni, requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04 (CEDH, 4 décembre 2008), point 119.

²¹ S et Marper/Royaume-Uni, requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04 (CEDH, 4 décembre 2008), point 119.

²² S et Marper/Royaume-Uni, requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04 (CEDH, 4 décembre 2008), point 119.

²³ S et Marper/Royaume-Uni, requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04 (CEDH, 4 décembre 2008), point 119.

3.25 Les facteurs pris en considération par la CEDH dans ces deux affaires illustrent la diversité des éléments qui peuvent être pertinents pour apprécier la proportionnalité d'une mesure. L'arrêt S et Marper, en particulier, démontre qu'une mesure générale, même lorsqu'il peut être établi qu'elle poursuit un but légitime, a peu de chances de satisfaire à la condition d'être «nécessaire dans une société démocratique» pour ce qui concerne l'aspect de la proportionnalité²⁴.

3.26 Compte tenu de ce qui précède, et après examen d'une grande partie de la jurisprudence de la CEDH en la matière, il apparaît que, parmi les facteurs envisageables pour apprécier la «proportionnalité» (la liste n'est pas exhaustive), la CEDH a retenu les suivants:

- **Mesures existantes ou proposées**

Il est aussi à noter que ce facteur peut concorder également avec la notion de nécessité dans son sens le plus strict. Une façon d'établir si une mesure proposée est nécessaire (à la place ou en plus de mesures existantes) est d'abord d'apprécier l'efficacité des mesures existantes par rapport à la mesure proposée. Cela peut consister à examiner individuellement chaque mesure existante/proposée ou à procéder à une évaluation holistique des mesures existantes. Si la mesure proposée répond à l'aspect «nécessité» de l'évaluation, elle doit aussi satisfaire au critère de proportionnalité, dans le cadre d'une mise en balance, d'une part, du but légitime poursuivi par la mesure proposée ainsi que du besoin social impérieux défini et, d'autre part, des droits et libertés de la personne en termes de respect de la vie privée.

Quelle que soit la façon dont cette appréciation est effectuée, elle doit comporter une explication, étayée par des éléments de preuve, des raisons pour lesquelles les mesures existantes ne suffisent plus à répondre au besoin. La manière dont la mesure proposée satisfera le besoin social impérieux défini doit être clairement démontrable, preuves à l'appui. Celles-ci peuvent consister en des exemples de cas où la mesure a été utilisée précédemment dans des circonstances identiques ou similaires et s'est révélée efficace. Si la nouvelle mesure est proposée en partie pour remédier au manque d'efficacité des mesures existantes, cela doit être clairement expliqué et prouvé.

À ce stade, il convient de présenter une explication indiquant quelles autres mesures ont été envisagées et s'il a été établi ou non qu'elles étaient plus intrusives ou moins intrusives que la mesure retenue. Si une mesure moins intrusive pour la vie privée a été rejetée, il y a lieu de fournir de bonnes raisons justifiant la non-sélection de cette mesure²⁵.

- **Champ d'application: le champ d'application de la mesure proposée est-il suffisamment limité?**

Cet examen peut porter sur le nombre de personnes affectées par la mesure, sur la quantité d'informations collectées, ou sur la période pendant laquelle ces informations seront conservées. Le champ d'application peut couvrir tous ces aspects, certains d'entre eux ou aucun, selon la nature de la mesure en question.

²⁴ Voir aussi, à cet égard, l'affaire Campbell/Royaume-Uni, requête n° 3578/05 (CEDH, 27 mars 2008).

²⁵ Pour faciliter ce processus, il peut être utile de se reporter aux publications du groupe de travail «Article 29» à propos des études d'impact sur la vie privée.

- **Garanties: quelles sont les dispositions en place pour garantir les droits fondamentaux?**

Dans ce contexte, le terme de «garanties» est, lui aussi, assez vaste et peut englober, par exemple, les dispositions prises pour limiter le champ d'application d'une mesure, ou les réserves énoncées quant aux circonstances ou aux modalités de son exécution. Ou encore, cela peut consister à exiger qu'une autre décision objective soit rendue avant de faire usage d'une mesure dans la situation concernée. Les garanties peuvent aussi couvrir les droits de recours dont disposent les personnes contre une mesure particulière ou contre ses effets, et l'étendue de ces droits.

- **Nature de l'ingérence**

Cet aspect pourrait inclure le type d'informations collectées, le contexte dans lequel la mesure doit être appliquée ou la nature de l'activité qui fait l'objet de la mesure. Dans son arrêt *Dudgeon*, la CEDH a accordé de l'importance au caractère particulièrement sensible de l'activité concernée, ainsi qu'aux circonstances dans lesquelles la mesure a été utilisée. Si le caractère sensible des activités ou des informations concernées est pertinent, il y a lieu également d'examiner si la mesure sera appliquée dans des circonstances où les personnes peuvent s'attendre davantage à ce que leur vie privée soit respectée. Par exemple, les considérations de respect de la vie privée sont très différentes, en termes de contexte, quand il s'agit d'installer des caméras de surveillance en circuit fermé dans une rue ou au contraire dans des toilettes ou des salles d'hôpitaux.

- **Gravité du besoin social impérieux et dommage ou préjudice associé ou conséquences pour la collectivité**

Si la nature de l'ingérence et notamment les types d'activités concernés ou les informations collectées sont des considérations pertinentes, il n'en est pas moins nécessaire d'examiner la nature du besoin social impérieux auquel la mesure est censée répondre. Plus le problème est grave et/ou plus le dommage ou le préjudice auquel la société peut être exposée est important, plus une ingérence peut être justifiée.

L'État membre partie à la Convention dispose toujours d'une marge d'appréciation pour déterminer ses besoins sociaux impérieux et le niveau d'ingérence pour la poursuite d'un but légitime. La CEDH a clairement spécifié que l'estimation de cette marge fera toujours l'objet d'une surveillance judiciaire, notamment en ce qui concerne les garanties prévues²⁶.

Parmi les objectifs généraux valables au regard de l'article 8, paragraphe 2, peuvent figurer la défense de l'ordre et la prévention ou la détection des infractions pénales. Il peut être avancé que, d'une manière générale, la prévention ou la détection des infractions pénales constitue en soi un besoin social impérieux et que toute activité entreprise à cet effet répond donc toujours à un besoin social impérieux. Cependant, même si tel était le cas, il resterait nécessaire, aux fins de l'appréciation de la proportionnalité, de pouvoir identifier l'infraction pénale spécifique qu'une mesure est censée prévenir/détecter et, en même temps, de prendre en considération le dommage, le préjudice ou le risque auquel la collectivité serait exposée si le

²⁶ *Klass et autres/Allemagne*, requête n° 5029/71 (CEDH, 6 septembre 1978).

3.27 Critère 3: motifs pertinents et suffisants

Le troisième critère retenu par la CEDH précise qu'une ingérence doit être justifiée par des motifs pertinents et suffisants liés aux exigences des deux critères précédents. Il est malaisé de conclure à l'existence de motifs pertinents et suffisants qui justifient une ingérence, à moins d'avoir dûment examiné s'il existe un besoin social impérieux et si la mesure proposée/adoptée est la mieux proportionnée. Cependant, en plus ou au lieu de s'en remettre à leur propre analyse, les autorités de l'ELSJ ou le législateur peuvent s'appuyer sur des études, des enquêtes ou d'autres informations pour étayer leur raisonnement.

3.28 L'exemple de l'affaire K et T/Finlande²⁷ illustre bien toute la mesure dans laquelle il faut démontrer l'existence de motifs pertinents et suffisants. Dans cette affaire, les requérants contestaient la décision prise par les autorités locales finlandaises de leur retirer la garde de deux enfants, qui avaient été placés dans un foyer d'accueil, avec des restrictions concernant les visites aux enfants. Bien que la mesure s'appliquât à deux enfants de la même famille, la CEDH a estimé que les autorités avaient fourni des motifs pertinents et suffisants pour justifier leur décision dans le cas d'un enfant, mais non de l'autre.

3.29 Ce que dit la Cour de justice à propos des notions de nécessité et de proportionnalité et du droit au respect de la vie privée et familiale

3.30 En plus de l'analyse approfondie de la jurisprudence de la CEDH relative à l'article 8 de la Convention présentée jusqu'à présent, le groupe de travail «Article 29» souhaite aussi attirer l'attention sur les efforts déployés plus récemment par la Cour de justice pour appliquer les critères de nécessité et de proportionnalité aux articles 7 et 8 de la Charte. Dans son arrêt Schwarz²⁸, la Cour de justice a élaboré une méthode destinée à apprécier s'il a été indûment porté atteinte à l'exercice des droits découlant des articles 7 et 8 de la Charte. Elle commence par analyser l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et réaffirme que celui-ci admet des limitations à l'exercice des droits fondamentaux pour autant:

- *«que ces limitations sont prévues par la loi,*
- *qu'elles respectent le contenu essentiel de ces droits,*
- *et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles sont nécessaires et*
- *qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui»* (point 34 de l'arrêt).

3.31 En examinant de plus près la question de la proportionnalité et de la nécessité, la Cour de justice a déclaré qu'*«il convient de vérifier si les limitations apportées auxdits droits*

²⁷ K et T/Finlande, requête n° 25702/94 (CEDH, 12 juillet 2001).

²⁸ Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-291/12, Schwarz/Stadt Bochum (CJUE, 17 octobre 2013), non encore publié au Recueil. M. Schwarz contestait le refus des autorités de la ville allemande de Bochum de lui délivrer un passeport (UE) sans que soient relevées deux de ses empreintes digitales devant être stockées sur ce passeport. Cette obligation découle du règlement (CE) n° 2252/2004 du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage.

sont proportionnées au regard des buts poursuivis» et «au regard de l'objectif» (de la législation applicable). «Il y a lieu ainsi d'examiner si les moyens mis en œuvre par ce règlement sont aptes à réaliser ces buts et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre» (voir le point 40 de l'arrêt).

La Cour ajoutait, au point 46 de l'arrêt: *«En ce qui concerne, ensuite, l'examen du caractère nécessaire d'un tel traitement, le législateur est notamment tenu de vérifier si des mesures moins attentatoires aux droits reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte sont concevables tout en contribuant de manière efficace aux buts de la réglementation de l'Union en cause.»*

3.32 Plus récemment encore, l'avocat général près la Cour de justice, Pedro Cruz Villalón, a présenté, en décembre 2012, ses conclusions sur les actions engagées en Irlande et en Autriche contre la directive 2006/24/CE sur la conservation des données, dans les affaires C-293/12 et C-594/12. Dans ses remarques, il a précisé que si la directive poursuivait bien une fin légitime, elle n'était cependant pas nécessaire du fait de son «[incompatibilité] avec le principe de proportionnalité en ce qu'elle impose aux États membres de garantir [que les données] soient conservées pendant une durée dont la limite supérieure est fixée à deux ans»²⁹. Il s'ensuit que, faute de motifs pertinents et suffisants justifiant la période de conservation de deux ans, la directive n'est pas nécessaire. Cela a conduit à une intrusion disproportionnée dans les vies privées de clients dont les données sont conservées, en l'absence de tout soupçon, pendant une durée maximale de deux ans.

3.33 **Récapitulatif**

Il est important de souligner que la CEDH a clairement indiqué que si les trois critères ne sont pas satisfaits, la condition de nécessité ne sera pas remplie.

Par conséquent, l'examen de chacun des critères – ingérence prévue par la loi; destinée à atteindre un but légitime; et nécessaire dans une société démocratique (et répondant aussi dans ce cas aux trois critères énoncés) – sera indispensable pour garantir que toute mesure relative à l'ELSJ constitue une ingérence nécessaire dans le droit d'un individu au respect de sa vie privée et familiale.

Il ressort clairement aussi de la jurisprudence qu'il existe une relation entre respect de la vie privée et protection des données, qui exigera une lecture conjointe des deux dispositions. Le groupe de travail «Article 29» explore plus en détail cette relation dans les parties IV et V.

29 Communiqué de presse sur les conclusions de l'avocat général, http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-157_fr.htm

4.0 Faire le lien entre respect de la vie privée et protection des données

Ainsi qu'il ressort clairement de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, mentionné précédemment, l'article 7 de la Charte devrait être interprété dans le même sens que l'article 8 de la Convention. La protection des données à caractère personnel est aussi un droit fondamental consacré par l'article 8 de la Charte, et l'article 16 du traité de Lisbonne contient des dispositions spécifiques pour sa mise en œuvre. Des règles spécifiques régissant ce droit sont énoncées dans la directive 95/46/CE sur la protection des données et la décision-cadre relative à la protection des données (2008/977/JAI). Bien que la directive 95/46/CE ne couvre pas nécessairement l'ensemble des autorités de l'ELSJ dans tous les États membres, ses principes (inspirés de la Convention 108) seront quand même applicables, d'une manière générale. Puisqu'il est difficile d'imaginer que de nombreuses mesures relatives à l'ELSJ puissent impliquer une intrusion dans la vie privée sans aussi comporter un traitement des données à caractère personnel, il est impératif de prendre en considération ces deux droits et les ensembles de règles qui les protègent lors de la proposition, de l'application ou de la révision de toute mesure relative à l'ELSJ.

- 4.1 Pour examiner une mesure relative à l'ELSJ, il est nécessaire de tenir compte de plusieurs facteurs, afin de garantir la conformité de celle-ci avec les règles applicables en matière de respect de la vie privée, mais aussi de protection des données. À l'instar de tous les droits fondamentaux, le droit à la vie privée et le droit à la protection des données peuvent faire l'objet de limitations, sous réserve des exigences énoncées à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. «Dans le respect du principe de proportionnalité, [ces] limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.»

Le terme «nécessaire» apparaît aussi dans la législation secondaire, par exemple à l'article 3 de la décision-cadre relative à la protection des données. Sous réserve des diverses conditions d'application de la directive 95/46/CE dans le contexte de l'ELSJ, il est à noter que le terme «nécessaire» est aussi abondamment utilisé dans l'ensemble du texte de la directive, et peut-être surtout aux articles 6 et 7 qui définissent les principes relatifs à la légitimation des traitements de données. Compte tenu de l'accent mis ici sur la nécessité dans le contexte de l'ELSJ, l'article 7, point e), revêt une importance particulière. Cette disposition prévoit que le traitement de données est légitime si: «*il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées*».

À cet égard, le terme «nécessaire» employé dans la directive apporte une garantie importante quant à la légitimité du traitement des données à caractère personnel et, conformément à l'article 13, il doit être considéré comme une garantie qui *limite* tout traitement de données aux finalités énoncées par cet article.

- 4.2 De surcroît, en ce qui concerne le traitement de données dans le contexte de l'ELSJ, la Cour de justice a expressément déclaré, à propos de la notion de nécessité et de la cohérence indispensable quant à son application et à son impact sur la protection des données: *«Dès lors, eu égard à l'objectif consistant à assurer un niveau de protection équivalent dans tous les États membres, la notion de nécessité telle qu'elle résulte de l'article 7, sous e), de la directive 95/46, qui vise à délimiter précisément une des hypothèses dans lesquelles le traitement de données à caractère personnel est licite, ne saurait avoir un contenu variable en fonction des États membres.»*³⁰

Bien que la jurisprudence de la Cour de justice concernant cette relation soit moins abondante, les décisions de cette juridiction coïncident largement avec l'approche de la CEDH. Un alignement sur l'approche adoptée par la CEDH quant à la notion de nécessité devrait donc en garantir l'application cohérente dans le contexte de la protection des données.

³⁰ Arrêt C-524/06 Huber/Allemagne (CJUE, 16 décembre 2008)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76077&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=30432>

5.0 Veiller à ce que les mesures relatives à l'ELSJ soient conformes aux règles en matière de respect de la vie privée et de protection des données

Le respect de la vie privée et la protection des données constituent des notions distinctes, mais qui sont souvent en corrélation. Toutes deux doivent donc être prises en considération lorsqu'on s'emploie à mettre en œuvre des mesures relatives à l'ELSJ ayant une incidence sur elles.

Ainsi qu'il a été expliqué précédemment, la CEDH a exposé clairement son approche à l'égard de l'aspect touchant à la vie privée dans ces mesures. La Cour de justice a aussi rendu ses premiers arrêts qui appliquent les critères de nécessité et de proportionnalité aux affaires liées au respect de la vie privée et à la protection des données. Le groupe de travail «Article 29» entend à présent aborder certains exemples concrets, où les notions de nécessité et de proportionnalité de la législation en matière de protection des données étaient ou sont encore en jeu. Les exemples sont structurés selon quatre principes essentiels de la protection des données tels qu'ils ont été exprimés dans la directive 95/46/CE: traitement loyal et licite, limitation de la finalité et minimisation des données, et conservation des données. Le groupe de travail «Article 29» se réfère à la directive, même si, en tant qu'instrument antérieur au traité de Lisbonne, elle n'est pas applicable dans une large mesure à l'ELSJ. Cependant, le groupe de travail «Article 29» rappelle que ses principes sont généralement applicables dans le domaine de la protection des données dès lors qu'ils apparaissent dans d'autres instruments comme la Convention 108 et la décision-cadre relative à la protection des données, qui s'appliquent à l'ELSJ.

5.1 Traitement loyal et licite des données

Le premier principe est exprimé à l'article 6, paragraphe 1, point a), de la directive:
*«1. Les États membres prévoient que les données à caractère personnel doivent être:
a) traitées loyalement et licitement.»*

5.2 Une autorité de l'ELSJ doit avoir un cadre juridique (codifié ou défini en common law ou en droit écrit) afin de garantir que les pouvoirs qu'elle exerce sont légitimes. Dans un cadre codifié, il est particulièrement important que l'autorité de l'ELSJ dispose d'une base juridique lui conférant des pouvoirs spécifiques pour exercer ses fonctions en vue d'atteindre un but légitime. Pour que le sens de l'adverbe «licitement» soit pleinement respecté en termes de protection des données, il est recommandé de prendre en considération les éléments des trois critères retenus par la CEDH pour apprécier si une mesure est «nécessaire dans une société démocratique», ce qui peut se révéler utile pour garantir aussi le respect des règles en matière de protection des données.

5.3 Par exemple, dans l'affaire *Dudgeon/Royaume-Uni*³¹, il n'était pas contesté que l'autorité agissait conformément à la loi ni qu'elle poursuivait un but légitime. Cependant, l'autorité n'était pas parvenue à démontrer que les mesures prises pour faire intrusion dans la vie privée de M. Dudgeon étaient «nécessaires dans une société démocratique». Le groupe de travail «Article 29» a adopté une approche similaire

³¹ *Dudgeon/Royaume-Uni*, requête n° 7525/76 (CEDH, 23 septembre 1981).

lorsqu'il a présenté son avis sur les propositions de la Commission européenne en matière de «frontières intelligentes». La Commission recensait quatre objectifs centraux, dont la réalisation exigerait le traitement des données de millions de citoyens. Cependant, le groupe de travail «Article 29» a conclu qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments indiquant comment les propositions de la Commission permettraient d'atteindre les objectifs déclarés. Du point de vue de la protection des données, la Commission n'avait pas été en mesure de définir avec suffisamment de clarté la finalité de leur traitement et, de ce fait, n'avait pas non plus respecté les principes de minimisation/conservation des données. Dans une perspective plus large de respect de la vie privée, les propositions n'apportaient pas une réponse proportionnée au besoin social impérieux défini et, en définitive, au but légitime poursuivi. Quel que soit l'angle sous lequel on les envisageait, les mesures, si elles étaient adoptées, n'auraient pas été licites.

- 5.4 Au Royaume-Uni, la directive sur la protection des données a été transposée de telle façon que tous les services répressifs sont également soumis à ses dispositions. À ce titre, en juillet 2013, l'autorité britannique chargée de la protection des données a engagé une action contre une brigade de police pour son utilisation de la reconnaissance automatique des plaques minéralogiques couvrant toutes les routes empruntées pour pénétrer dans une petite ville rurale du Hertfordshire, en Angleterre, ou pour en sortir. Dans ce cas, le traitement des données à caractère personnel était généralement conforme aux exigences de la législation nationale en matière de protection des données. La police respectait les exigences nationales applicables en termes de conservation, traitait les données personnelles collectées à des fins de maintien de l'ordre et ne traitait pas de données non pertinentes ou inappropriées à cet effet.

Cependant, il reste impératif que les données à caractère personnel soient traitées «licitement», dans le respect d'autres droits et obligations énoncés par la législation, dont le droit à la vie privée. En suivant le raisonnement de la CEDH, l'autorité britannique chargée de la protection des données a conclu, après examen plus approfondi, que la police n'avait pas dûment recensé un besoin social suffisamment impérieux pour justifier ce degré d'intrusion dans les vies privées de tant de personnes (innocentes). Il manquait aussi des éléments démontrant à suffisance de droit que l'introduction de la reconnaissance automatique des plaques minéralogiques à une si vaste échelle dans une zone où le taux de criminalité est aussi bas contribuerait sensiblement à remédier aux problèmes que la police avait constatés. L'autorité britannique chargée de la protection des données a donc conclu que la mesure constituait une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée que la Charte/la Convention garantit aux individus. Le traitement était donc illicite au regard de la législation sur la protection des données.

- 5.5 Par conséquent, afin de garantir un traitement loyal et licite des données à caractère personnel, toute mesure relative à l'ELSJ doit se conformer à la législation et poursuivre un but légitime conformément à l'article 8 de la Convention, mais elle doit aussi être nécessaire dans une société démocratique. Selon les critères définis par la CEDH, la mesure devrait respecter non seulement le droit à la vie privée, mais aussi le principe du traitement loyal et licite des données.

5.6 Principes de limitation de la finalité et de minimisation des données

Si les principes de limitation de la finalité et de minimisation des données sont distincts, ils sont souvent en corrélation. C'est pourquoi le groupe de travail «Article 29» a choisi de les traiter ensemble ici. La directive énonce ces principes à l'article 6, paragraphe 1, points b) et c), respectivement:

«b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Un traitement ultérieur à des fins historiques, statistiques ou scientifiques n'est pas réputé incompatible pour autant que les États membres prévoient des garanties appropriées; c) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.»

5.7 Le principe de limitation de la finalité³² consiste à comprendre *pourquoi* certaines données à caractère personnel sont traitées. Cela suppose une description aussi précise que possible des finalités pour lesquelles une mesure proposée pourrait justifier la collecte et le traitement de données à caractère personnel. Le respect de ce principe devrait aussi déboucher sur une plus grande conformité avec celui de la minimisation des données. Le principe de minimisation des données est destiné à garantir que le traitement porte uniquement sur la quantité minimale de données à caractère personnel permettant d'atteindre la finalité poursuivie. Ces principes de protection des données sont très étroitement liés à la notion de proportionnalité dans le contexte du respect de la vie privée. Mais là encore, le respect de ces principes contribuera aussi à satisfaire la condition de nécessité dans son ensemble. L'avocat général Poiares Maduro (2008) l'a exprimé en termes clairs: *«Le concept de nécessité [...] est bien établi en tant que partie intégrante du critère de proportionnalité. Il signifie que l'autorité qui adopte une mesure qui porte atteinte à un droit fondamental en vue de réaliser un objectif justifié doit démontrer que cette mesure est la mesure la moins restrictive permettant d'atteindre cet objectif.»*³³

5.8 Dans son avis sur le paquet «frontières intelligentes» proposé par la Commission européenne, le groupe de travail «Article 29» a répété ses arguments selon lesquels un manque de précision dans la limitation de la finalité – couplé à l'absence d'éléments démontrant que la mesure proposée répondrait à un besoin social impérieux – ne serait pas conforme aux exigences de protection des données. À propos du système d'entrée/sortie (EES), en particulier, qui impliquait le traitement de données de millions de citoyens, le groupe de travail «Article 29» a conclu: *«L'EES permettra de détecter certains dépassements de la durée de séjour autorisée, mais pas de lutter contre ses causes sous-jacentes. À lui seul, il n'est pas en mesure de réduire le nombre des personnes dépassant la durée de séjour autorisée. Tout au plus peut-il exercer un léger effet dissuasif.»*³⁴

5.9 Des préoccupations de ce genre ont été soulevées dans un autre cas se rapportant à la directive sur la conservation des données. Le groupe de travail «Article 29» a fait part de

³² L'avis du groupe de travail «Article 29» sur la limitation de la finalité peut être consulté à cette adresse: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf

³³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71021&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=704998>, au point 27.

³⁴ WP 206 – Avis n° 05/2013 du groupe de travail «Article 29» sur les frontières intelligentes.

son inquiétude à propos de la mesure générale de conservation des données de tous les citoyens par les opérateurs de télécommunications de l'UE pendant deux ans afin que les autorités de l'ELSJ puissent y accéder, ce qui constituait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée. Il a aussi fait valoir que la directive sur la conservation des données manquait de clarté et violerait le principe de limitation de la finalité. Le groupe de travail «Article 29» proposait des mesures de substitution mieux proportionnées comme les «procédures de gel rapide», afin de trouver un moyen moins attentatoire à la vie privée d'atteindre les objectifs visés et concluait que la proposition devrait inclure des clauses de réexamen et de durée de validité limitée³⁵.

- 5.10 Les dossiers traités au niveau national par les autorités chargées de la protection des données offrent deux autres exemples en rapport avec la limitation de la finalité et la proportionnalité, l'un traité par l'autorité maltaise et l'autre par l'autorité italienne. Les deux cas illustrent bien pourquoi il est si important de fournir des motifs spécifiques justifiant le traitement de données à caractère personnel – en particulier si la mesure relative à l'ELSJ requiert le traitement de données à caractère personnel d'individus qui ne sont pas suspects.

La police maltaise demandait un accès général et direct aux données de géolocalisation des télécommunications pour lutter contre une série d'incendies criminels sur l'île. Bien que l'autorité chargée de la protection des données et le tribunal consulté aient accepté d'autoriser l'accès, la Cour d'appel de Malte a décidé que les mesures n'étaient pas proportionnées. La Cour a considéré que la demande d'accès aux données était trop vague et trop étendue et aurait abouti au traitement des données de personnes innocentes. La mesure aurait donc constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice de leur droit à la vie privée. La demande a été jugée illicite parce qu'elle n'était pas suffisamment précise. Elle n'était donc ni proportionnée ni nécessaire.

- 5.11 En Italie, la police proposait plusieurs mesures visant à combattre le hooliganisme. L'autorité italienne chargée de la protection des données a estimé, au vu des troubles de l'ordre public répétés, qu'il convenait d'autoriser l'installation de caméras de surveillance en circuit fermé dans les stades de football. Cependant, dans ce même dossier, elle a conclu que les motifs et les éléments avancés en faveur de la mise en place d'un système de billetterie individualisé pour les matchs – créant une vaste banque de données des spectateurs des matchs de football – n'étaient pas suffisants. Elle a donc conclu que la mesure proposée était disproportionnée pour remédier au trouble de l'ordre public. Pourtant, dans un dossier similaire portant sur l'instauration de garanties destinées à limiter la portée du système de billets nominatifs en République tchèque, de telles mesures ont été jugées proportionnées. L'autorité tchèque chargée de la protection des données a veillé à ce que l'obligation de délivrer des billets nominatifs ne couvre que certains matchs considérés comme les plus problématiques (preuves à l'appui).

- 5.12 Du point de vue du respect de la vie privée, on peut estimer que le groupe de travail «Article 29» n'était pas convaincu que les propositions de la Commission en matière de

³⁵ WP 64 – Avis n° 5/2002 du groupe de travail «Article 29» sur la déclaration des Commissaires européens à la protection des données adoptée lors de la conférence internationale de Cardiff (9-11 septembre 2002), relative à la conservation systématique et obligatoire des données de trafic des télécommunications; et avis n° 4/2005 du groupe de travail «Article 29» sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58/CE [COM(2005) 438 final du 21.9.2005].

«frontières intelligentes» aient été nécessaires dès lors: a) qu'il n'avait pas été suffisamment tenu compte des mesures existantes; et b) que l'EES en particulier aurait constitué une réponse disproportionnée aux besoins sociaux impérieux recensés, étant donné que le système n'aurait pas permis d'y remédier de manière appropriée. Dans une perspective de protection des données, en ne précisant pas suffisamment sa finalité, la proposition de «frontières intelligentes» rendait le traitement des données inadéquat ou non pertinent et, de ce fait, excessif en ce que la proposition impliquait de conserver les données plus longtemps que nécessaire.

Afin de satisfaire au critère de proportionnalité défini par la CEDH pour qu'une mesure puisse être jugée «nécessaire dans une société démocratique», il faut que cette mesure apporte une réponse proportionnée au besoin social impérieux défini, mais aussi que les éléments de preuve à cet égard soient suffisants. Cependant, du point de vue de la protection des données, l'accent est plutôt mis sur la mesure dans laquelle la mesure relative à l'ELSJ devrait impliquer le traitement des données à caractère personnel d'un individu. Pour garantir la conformité à ces deux égards, il faudrait veiller ici à ce que la mesure soit aussi spécifique que possible en termes de finalité. De cette façon, le traitement des données à caractère personnel qui en découle est clairement compris et défini, ce qui réduit le risque de traiter plus de données que nécessaire pour atteindre cette finalité. Par conséquent, en précisant bien ce qu'une mesure relative à l'ELSJ vise à réaliser, il devrait être possible de garantir que la mesure choisie est non seulement proportionnée, mais aussi que tout traitement de données à caractère personnel qu'elle implique correspond au minimum requis pour atteindre son objectif. Pour autant que les éléments justifiant cette mesure soient suffisants, le respect des articles 7 et 8 de la Charte, de l'article 8 de la Convention, de la directive 95/46/CE et de la décision-cadre relative à la protection des données devrait être assuré.

5.13 Conservation des données

La directive énonce le principe relatif à la conservation des données à l'article 6, paragraphe 1, point e), en ces termes: *«e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Les États membres prévoient des garanties appropriées pour les données à caractère personnel qui sont conservées au-delà de la période précitée, à des fins historiques, statistiques ou scientifiques.»*

De la même façon que le principe de minimisation des données exige que la collecte et le traitement portent sur la quantité minimale de données requise pour atteindre l'objectif visé, le principe de conservation des données suppose que celles-ci soient conservées pendant une durée minimale.

5.14 La jurisprudence de la CEDH démontre clairement qu'une conservation des données au-delà de la période requise ne satisfera pas aux trois critères à remplir pour qu'une mesure puisse être jugée «nécessaire dans une société démocratique» (voir l'arrêt *S et Marper/Royaume-Uni*³⁶). La conservation des données à caractère personnel demande non seulement le respect des règles de protection des données mais elle implique aussi une ingérence dans la vie privée d'une personne.

³⁶ *S et Michael Marper/Royaume-Uni* (requêtes n° 30562/04 et n° 30566/04).

- 5.15 L'inexistence de motifs suffisants et pertinents, le caractère disproportionné et l'absence d'un lien clair avec le besoin social impérieux justifiant que les données à caractère personnel soient conservées – en particulier celles d'individus qui ne sont pas suspects – sont des thèmes récurrents à propos desquels des préoccupations ont été exprimées ces dernières années, aussi bien par le groupe de travail «Article 29» que dans d'autres domaines. C'est notamment le cas pour les dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR)³⁷ et le programme de surveillance du financement du terrorisme (TFTP).
- 5.16 La question spécifique de la nécessité de réévaluer la durée de conservation des données a été soulevée dans le rapport d'inspection annuel d'Europol de 2012, qui concluait: «*Le traitement des données personnelles d'un groupe de 96 anarchistes non violents signalés par le contributeur comme ne présentant aucun danger n'est pas – et n'a jamais été – conforme à l'instruction de création de fichiers. [...] La conservation de données pendant plus de 5 ans sans aucune vérification de leur pertinence et la motivation du traitement ultérieur dans le cadre de la résorption d'un retard accumulé dans les données à traiter ne constituent pas une évaluation correcte de la nécessité de conserver ces données.*» Il est donc essentiel d'intégrer dès le départ une période de conservation des données dans une mesure proposée et de la réévaluer périodiquement afin de garantir le respect du droit à la vie privée et de la législation sur la protection des données.
- 5.17 Dans une veine similaire, les autorités nationales chargées de la protection des données en Allemagne et aux Pays-Bas, ainsi que les juridictions de ces pays ont jugé que les systèmes de reconnaissance automatique des plaques minéralogiques doivent garantir la suppression immédiate du numéro de plaque après obtention d'un résultat de «non-concordance» afin que la mesure soit suffisamment proportionnée par rapport à la finalité/au besoin social impérieux défini.
- 5.18 Il s'ensuit que les principes de minimisation des données et de conservation des données seront souvent en corrélation et qu'ils sont étroitement liés au principe de limitation de la finalité. Du point de vue de la protection des données, il est probable qu'en l'absence d'une définition stricte de la finalité, les principes de minimisation et de conservation des données ne seront pas respectés. Dans une perspective de respect de la vie privée, l'absence d'une définition stricte de la finalité du traitement de données à caractère personnel impliquera que le besoin social impérieux n'est pas suffisamment défini. Cela pourrait amener l'autorité de l'ELSJ à exercer ses pouvoirs d'une façon disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi.

³⁷ WP 178 – Avis n° 7/2010 sur la communication de la Commission européenne relative à la démarche globale en matière de transfert des données des dossiers passagers (PNR) aux pays tiers ; WP 132 – Avis n° 2/2007 concernant l'information des passagers au sujet du transfert des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) aux autorités américaines, adopté le 15 février 2007, revu et mis à jour le 24 juin 2008; avis commun sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) à des fins répressives présentée par la Commission le 6 novembre 2007; WP 138 – Avis n° 5/2007 concernant le nouvel accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure, conclu en juillet 2007; WP 97 – Avis n° 8/2004 sur l'information des passagers concernant les transferts des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) relatives aux vols entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique.

PARTIE VI

6.0 Enseignements tirés et recommandations pratiques

Pour qu'une mesure relative à l'ELSJ soit conforme, il ressort clairement de ce qui précède que des enseignements doivent être tirés tant du point de vue du respect de la vie privée qu'en ce qui concerne la protection des données.

- 6.1 L'approche définie par la CEDH ne doit pas être perçue comme l'unique façon de garantir la conformité, mais elle devrait servir de ligne directrice ou de processus permettant de vérifier qu'une mesure est conforme. Voici un récapitulatif de ce processus et de certains aspects à prendre en considération lors de la proposition, de l'application ou de la réévaluation de mesures relatives à l'ELSJ.

La mesure proposée est-elle **prévue par la loi**?

L'autorité de l'ELSJ doit disposer d'une base juridique pour mettre en œuvre ou utiliser la mesure.

La mesure vise-t-elle à **atteindre un but légitime**?

La mesure doit être exécutée en vue d'atteindre un des buts énumérés à l'article 8, paragraphe 2, de la Convention.

La mesure proposée est-elle **nécessaire dans une société démocratique**?

Besoin social impérieux

Définition du besoin social impérieux (le problème spécifique ou le type spécifique de problèmes ou d'infractions pénales) auquel il faut répondre.

Détermination de la gravité du problème et des éléments de preuve justifiant cette appréciation. Examinez la nature de l'infraction pénale qui fait l'objet de la mesure. Les problèmes peuvent avoir une «pondération» différente selon la gravité de l'infraction pénale, son impact sur la collectivité, le contexte dans lequel elle est commise, etc.

Calendrier: évaluez si les mesures sont nécessaires et proportionnées au regard du temps écoulé entre l'infraction pénale et l'adoption de la mesure, par exemple, dans le cas d'actes commis par des auteurs qui étaient mineurs à l'époque des faits. Tenez compte de la date d'entrée en vigueur de la législation et des mesures prises, en fonction du contexte de l'époque. Réexaminez régulièrement la nécessité et la proportionnalité des mesures afin de garantir que les motifs invoqués pour prendre des mesures à l'égard d'un problème particulier sont toujours pertinents.

Attitudes, culture et marge d'appréciation: il est évident que les États membres disposent d'une marge d'appréciation quant aux mesures relatives à l'ELSJ. Néanmoins, cette marge d'appréciation est toujours soumise à une surveillance judiciaire. Dans une perspective de respect de la vie privée, des motifs pertinents et suffisants doivent être donnés pour justifier le recours à une mesure et son caractère proportionné au besoin social impérieux identifié. Du point de vue de la protection des données, la prise en compte de telles considérations culturelles suppose une certaine flexibilité. Par exemple, en transposant dans le droit national la directive sur la conservation des données, les autorités allemandes ont opté pour une durée de conservation de trois mois, alors qu'elle est de deux ans dans d'autres États membres.

Proportionnalité

Fixez-vous des objectifs clairs et veillez à ce que la mesure soit spécifique en termes de finalité. Une bonne compréhension du but à atteindre vous aidera à définir les catégories ou les types de données nécessaires, le type de traitement à effectuer et la qualité des données requise. Par exemple, une limitation correcte de la finalité devrait aboutir à réduire au minimum le nombre de personnes concernées par une opération de traitement de données. Dans le contexte de l'ELSJ, il pourrait s'agir du nombre de personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale. Il convient donc d'établir une distinction claire entre différentes catégories de sujets et, au besoin, entre les types de données traitées selon les individus, au cas par cas. Un autre exemple pourrait concerner la conservation des échantillons d'ADN. Une telle mesure suppose une bonne compréhension de l'infraction pénale concernée et du rôle que le traitement des données ADN peut jouer dans l'élucidation des faits. Chaque partie du processus, depuis la collecte, en passant par le traitement jusqu'à la conservation des données ADN, doit être prise en compte afin de garantir que chaque élément du traitement des données est pleinement justifié. En abordant de cette façon la limitation de la finalité, il est possible de parvenir à une plus grande conformité avec les règles en matière de respect de la vie privée et de protection des données.

Cependant, toutes les données à caractère personnel auxquelles les autorités doivent avoir accès ne sont pas traitées par celles-ci. Il peut donc arriver qu'elles aient besoin d'accéder à des données collectées initialement par d'autres organisations à des fins très différentes. Comme dans le cas du nouveau règlement Eurodac, l'essentiel est de veiller à ce que les principes de nécessité et de proportionnalité garantissent alors une limitation de l'accès.

Examen des mesures existantes et des autres solutions. Lorsqu'une mesure est envisagée, il est important d'examiner d'abord les mesures qui existent déjà en vue de remédier au problème concerné. Des lacunes dans la mise en œuvre et la révision de mécanismes existants et dans leur évaluation comparative avec une éventuelle mesure proposée peuvent se traduire par une insuffisance des motifs et des éléments de preuve démontrant que la mesure proposée constitue effectivement la réponse nécessaire et proportionnée à un besoin social impérieux. Ces considérations sont importantes, également, dans le contexte d'une extension de l'accès aux données à caractère personnel par les autorités de l'ELSJ aux fins d'initiatives et de projets comme des accords de transfert des données des dossiers passagers, des lois régissant la surveillance du trafic, les données de localisation, et des règles d'accès aux données d'opérations financières.

Si des mesures moins intrusives mais tout aussi efficaces (impliquant des coûts raisonnables) peuvent être envisagées, elles seules seront jugées nécessaires.

Veillez à l'adéquation et à la pertinence, en évitant tout caractère excessif. On conçoit sans peine que, du point de vue d'une autorité de l'ELSJ, une vaste collecte de données permettant un accès direct à volonté pourra toujours avoir une utilité et apporter une valeur ajoutée. Mais ce qu'il faut comprendre aussi, c'est le droit des citoyens à ce que leur vie privée soit respectée et à ce que leurs données ne soient pas traitées sans motif valable. Il convient donc de trouver un juste équilibre.

Chaque mesure proposée doit être examinée séparément afin d'en mesurer l'impact. L'application généralisée d'une quelconque mesure proposée a fort peu de chances de

satisfaire aux conditions de nécessité et de proportionnalité.

Déterminez la durée de conservation des données. Il est difficile de calculer cette durée dans le contexte de l'ELSJ à cause du risque que leur suppression entraîne la perte de données utiles pour des enquêtes futures. Cependant, comme lors de la collecte, chaque type de données à caractère personnels et chaque mesure proposée doivent être examinés séparément pour en mesurer l'impact. Il est très peu probable que des mesures proposées impliquant une stratégie de conservation généralisée des données puissent satisfaire aux conditions de nécessité et de proportionnalité.

Il convient de veiller scrupuleusement à ce que la durée de conservation soit liée aux finalités pour lesquelles les données ont été collectées initialement. Tenez compte des personnes dont les données ont été collectées et des raisons pour lesquelles elles l'ont été. Par exemple, la collecte de données de citoyens non suspects peut avoir une durée de conservation beaucoup plus courte que celle des données de suspects ou de personnes impliquées de quelque autre façon dans une infraction pénale.

Adoptez une approche intégrée. Depuis les événements du 11 Septembre, les législateurs européens ont multiplié les nouvelles mesures limitant les droits au respect de la vie privée et à la protection des données dans l'ELSJ. Au vu de cette évolution, il est d'autant plus important de privilégier une approche intégrée pour apprécier les ingérences éventuelles d'une nouvelle proposition législative dans la vie privée et dans la protection des données. Afin de déterminer si une nouvelle proposition législative reste proportionnée, il est nécessaire d'évaluer comment la nouvelle mesure viendrait s'ajouter à des mesures existantes et si, prises ensemble, toutes ces mesures sont encore proportionnées sous l'angle des limitations qu'elles imposent aux droits fondamentaux que sont la protection des données et le respect de la vie privée.

Motifs pertinents et suffisants

- Des propositions étayées par des éléments concrets. Bon nombre des critiques émises ces dernières années par le groupe de travail «Article 29» à l'égard de mesures proposées en vue de résoudre des problèmes dans l'ELSJ résultaient de l'insuffisance des motifs et des éléments présentés pour démontrer que la mesure proposée est la seule qui soit proportionnée pour répondre au besoin social impérieux recensé. Une justification solide des mesures proposées doit pouvoir résister à l'examen. Il faut donc que les mesures proposées se fondent sur des travaux étayés par des faits, des statistiques, des projections, etc. Tous ces éléments contribueront à faire en sorte que le critère des motifs pertinents et suffisants soit satisfait.

PARTIE VII

7.0 Conclusion

En conclusion, le groupe de travail «Article 29» recommande de suivre l'approche exposée ci-dessus, lors de la proposition, de l'application ou de la réévaluation de mesures relatives à l'ELSJ qui impliquent une intrusion dans la vie privée et le traitement de données à caractère personnel. Les éléments dont la prise en considération est recommandée dans le présent avis doivent être envisagés comme des moyens d'assurer la conformité des futures mesures proposées dans l'ELSJ et de garantir que celles-ci soient vraiment nécessaires et proportionnées, mais aussi pleinement conformes aux règles applicables en matière de protection des données.

Fait à Bruxelles, 27 février 2014

Pour le groupe de travail
Le président
Jacob KOHNSTAMM