



Avis de contrôle préalable relatif à la réception de notifications et l'échange d'informations entre l'Agence européenne de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) et les autorités réglementaires nationales

Bruxelles, le 2 octobre 2015 (2015-0545 et 2015-0657)

1. Procédure

Le 26 juin 2015, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) a reçu une notification de contrôle préalable du délégué à la protection des données (DPD) de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) concernant l'échange d'informations entre l'Agence et les autorités réglementaires nationales («ARN») concernant les violations potentielles du règlement (UE) n° 1227/2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (le «REMIT») par l'outil de gestion des dossiers (l'«OGD»). Par ailleurs, le 10 août 2015, le CEPD a reçu une autre notification de l'ACER sur la réception de notifications se rapportant à des violations potentielles du REMIT par la plateforme de notification («PN»). Dans le présent avis, le CEPD a décidé d'examiner conjointement les notifications du fait de leur étroite relation.

Conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement 45/2001 (le «règlement»), le présent avis doit être rendu dans un délai de deux mois, sans compter les suspensions pour les demandes d'informations complémentaires¹, soit au plus tard le 5 octobre 2015.

2. Les faits

L'OGD est l'outil de l'ACER pour la coopération avec les autorités de régulation nationales (ARN) dans le cadre de ses missions en vertu du règlement (EU) n° 1227/2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (REMIT).² La PN est un outil pour présenter des notifications à l'ACER et aux ARN, pour les suspicions de violations et les dérogations/reports prévus dans le REMIT.

L'ACER, en collaboration avec les ARN, surveille les échanges commerciaux relatifs aux produits énergétiques de gros pour détecter et empêcher les opérations d'initiés et les manipulations de marché. Au niveau national, il est confié aux ARN des pouvoirs d'enquête et d'exécution concernant tout soupçon d'abus du marché. Les violations du REMIT sont

¹ Des questions ont été soulevées les 10 juillet, 4 août 2015 et 14 août 2015, auxquelles l'ACER a répondu les 20 juillet 2015, 10 août 2015 et 25 août 2015. Le projet d'avis a été adressé à l'ACER pour commentaires le 21 septembre 2015. Les commentaires ont été reçus le 1^{er} octobre 2015.

² JO L 11 326/1, 08/12/2011

passibles de pénalités administratives ou pénales selon les accords procéduraux nationaux. L'ACER doit assurer la coordination et la cohérence de l'application du REMIT par les ARN au niveau national.

Le règlement REMIT établit diverses obligations de coopération entre l'ACER, les ARN et les autres acteurs. Entre autres, les ARN doivent sans délai informer l'ACER si elles ont des motifs raisonnables de suspecter que des actes en violation du REMIT ont lieu ou ont eu lieu dans un État Membre. Si l'ACER détient de telles informations, elle peut demander aux ARN d'ouvrir des enquêtes. L'ACER peut également recevoir des notifications de suspicions de violations du REMIT de la part de déclarants faisant partie du grand public. Enfin, l'ACER peut également mettre en œuvre et coordonner des groupes d'enquêtes avec les ARN pour les affaires transfrontalières. L'ACER ne dispose pas elle-même de pouvoirs d'enquête et procédera à des missions administratives et de coordination pour les groupes d'enquête.

La PN est une application internet par laquelle les ARN, les autorités financières compétentes des États membres (CFA), les acteurs du marché (MP) et les personnes organisant des transactions à titre professionnel (PPAT) peuvent notifier des incidents à l'ACER et aux ARN. Les informations reçues via la PN peuvent déclencher l'ouverture d'un dossier dans l'OGD mais l'ACER et les ARN peuvent également recevoir des notifications par d'autres canaux. La PN est également utilisée pour les notifications des MP souhaitant bénéficier des dérogations/reports³ prévus par le REMIT.

Il existe différentes catégories de personnes concernées dans la PN et dans l'OGD:

1. Les membres du personnel des ARN et de l'ACER;
2. Les personnes soumettant les notifications;
3. Les personnes concernées/associées à une violation potentielle.

Les catégories de données diffèrent selon les catégories de personnes concernées. Pour la catégorie un, ce sont essentiellement les coordonnées professionnelles qui seront traitées; pour la catégorie deux, des informations de contact incluant le rôle de la partie notifiante et les informations sur la suspicion de violation; pour la catégorie trois, les coordonnées (le cas échéant) et les informations relatives à la suspicion de violation.

L'ACER a préparé deux déclarations de confidentialité distinctes pour l'OGD et deux déclarations de confidentialité distinctes pour la PN. L'une vise les personnes concernées de la catégorie un et est fournie lors de l'activation du compte d'utilisateur dans la PN et l'OGD. L'autre vise les catégories deux et trois. Elle ne sera fournie qu'aux personnes concernées de la catégorie deux avec l'accusé de réception de la notification. Les personnes concernées de la catégorie trois ne seront pas proactivement informées dans la mesure où l'ACER considère que l'article 20, paragraphe 1, points a) et e), du règlement est applicable pour préserver l'enquête et les missions réglementaires de l'ACER. Par la suite, l'ACER a communiqué une déclaration de confidentialité fusionnée couvrant les personnes concernées de la catégorie deux, à la fois de l'OGD et de la PN.

³Certains MP peuvent être exemptés de l'interdiction des opérations d'initiés lorsqu'ils effectuent des transactions de produits énergétiques en gros pour couvrir des pertes physiques immédiates résultant d'indisponibilités imprévues (article 3, paragraphe 4, point b), du REMIT) ou peuvent différer exceptionnellement la divulgation d'une information privilégiée (article 4, paragraphe 2, du REMIT). Dans les deux cas, le règlement REMIT impose aux MP concernés de signaler/fournir des informations et des justifications à l'ACER et aux ARN concernées.

Les informations sur les personnes concernées de la catégorie un seront conservées pendant 10 ans après l'arrêt de l'utilisation de la PN et/ou de l'OGD par ces personnes. Les informations sur les personnes concernées des catégories deux et trois seront conservées pendant 10 ans après la clôture du dossier dans l'OGD⁴ et 10 ans après la réception de la notification dans la PN.

Les données à caractère personnel ne seront accessibles qu'au personnel concerné travaillant avec la PN et l'OGD au sein de l'ACER et des ARN. Elles peuvent être divulguées de manière externe à l'ESMA, aux autorités de concurrence nationales, à la Commission européenne et aux autres autorités compétentes, ainsi qu'aux autorités judiciaires. L'ACER a également conclu un protocole d'accord avec la Commission fédérale de la réglementation de l'énergie (FERC) aux États-Unis concernant des échanges d'informations potentiels. Les déclarations de confidentialité mentionnent également les communications possibles à l'OLAF, l'Ombudsman européen, la Cour de justice, l'IAS et le CEPD. Les transferts aux destinataires n'ayant pas accès à l'OGD ou à la PN seront effectués par courrier sécurisé.

Les données à caractère personnel peuvent également être accessibles à titre exceptionnel à des contractants externes qui sont considérés comme des sous-traitants de l'ACER. Ces contractants sont chargés des services de développement et d'entretien, des services d'hébergement et de la gestion du Bureau du service central de l'Agence pour l'OGD et la PN. Les contractants qui hébergent et qui aident au fonctionnement des systèmes ont accès à l'infrastructure physique, aux bases de données et aux supports de stockage et les contractants qui développent les systèmes peuvent avoir besoin d'accéder aux données pour résoudre les questions spécifiques liées au logiciel. Les contractants ne sont autorisés à accéder à aucune donnée (notamment les données à caractère personnel), à moins qu'ils ne soient dûment autorisés par l'Agence. Cette autorisation peut être accordée aux contractants qui hébergent et qui soutiennent le fonctionnement des systèmes en cas de problème avec les systèmes ou les bases de données qui requièrent l'extraction de parties des données pour régler les problèmes. Pour les contractants qui développent les systèmes, l'autorisation peut être accordée en cas de problèmes avec les systèmes ou les bases de données qui requièrent des modifications du logiciel pour régler les problèmes.

Bien que le règlement REMIT et les interdictions des opérations d'initiés et des manipulations de marché soient déjà en vigueur (et que l'ACER ait déjà reçu des rapports/notifications ponctuels), l'ACER a confirmé que l'OGD n'est pas encore mis en service. L'ACER considère que le début de la collecte des données commerciales et fondamentales le 7 octobre 2015 et la surveillance des marchés européens de l'énergie entraîneront une modification substantielle du traitement des données à caractère personnel concernant le règlement REMIT, en particulier au niveau quantitatif. À cet égard, l'ACER escompte que les rapports/notifications ponctuels suspects augmentent de manière significative.

3. Analyse juridique

3.1. Contrôle préalable et licéité du traitement

L'article 27 du règlement contient le critère du contrôle préalable du CEPD. L'article 27, paragraphe 2, point a), énumère les traitements impliquant certaines catégories de données, en particulier les «suspensions, infractions, condamnations pénales» comme soumis à contrôle préalable.

⁴ Les dossiers sont clos lorsque l'autorité nationale compétente prend une décision définitive.

La PN et l'OGD sont conçus pour traiter les informations sur des suspicions de violations du REMIT, qui sont passives de pénalités administratives ou pénales. Ces informations relèvent des «suspensions» de l'article 27, paragraphe 2, point a). La PN, lorsqu'elle est utilisée pour signaler des suspicions de violations,⁵ et l'OGD sont donc soumis à un contrôle préalable.

Toutefois, la notification de dérogations et de reports aux termes de l'article 3, paragraphe 4, point b), et de l'article 4, paragraphe 2, du REMIT ne relève pas de l'article 27 du règlement, dans la mesure où aucun des critères de cet article ne s'applique à ces notifications.⁶

Pour que le traitement de données à caractère personnel soit licite, il doit être basé sur (au moins) un des fondements de l'article 5 du règlement.

L'article 5, point a), du règlement prévoit que les données à caractère personnel peuvent être traitées si le «traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public sur la base des traités instituant les Communautés européennes ou d'autres actes législatifs adoptés sur la base de ces traités (...)». Le règlement REMIT attribue certaines tâches à l'ACER, qui sont mises en œuvre en utilisant la PN et l'OGD. Le traitement peut donc être fondé sur l'article 5, point a).

La notification se réfère également à l'article 5, point b), concernant l'obligation légale, à titre de fondement de la licéité du traitement. Le CEPD souhaite également souligner que l'article 5, point b), ne s'applique que lorsque le responsable du traitement est soumis à une obligation légale, laquelle spécifie également comment le traitement de données à caractère personnel doit être effectué. Ceci ne semble pas être le cas en l'espèce.⁷

3.2. Traitement des catégories de données spéciales

Conformément à l'article 10, paragraphe 5, du règlement, le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que s'il est autorisé par les traités ou d'autres actes législatifs.

L'article 7, paragraphe 1, du règlement REMIT prévoit que l'ACER surveille les échanges commerciaux de produits énergétiques de gros pour détecter et empêcher les transactions fondées sur des informations privilégiées et des manipulations de marché. Elle recueille les données pour évaluer et surveiller les marchés de gros de l'énergie. L'article 16 du règlement REMIT oblige les ARN à informer l'ACER lorsqu'elles ont des motifs raisonnables de soupçonner que des infractions au REMIT ont lieu ou ont eu lieu. Ceci constitue une autorisation pour l'ACER de recevoir ces données et informations. L'ACER utilisera ces informations dans le cadre de ses rôles de surveillance et de coordination et a confirmé qu'elle ne procéderait pas à des investigations de son propre chef.

⁵ L'inclusion de la signalisation de reports/dérogations lorsque l'ACER estime qu'un report/une dérogation n'est pas justifié(e) constitue donc une suspicion de violation.

⁶ Même si cette partie de la notification n'est pas soumise à contrôle préalable, elle doit bien sûr toujours respecter les règles générales relatives à la licéité, aux droits de la personne concernée, à la sécurité, etc...

⁷ À titre d'exemple de traitement dont la licéité est fondée sur l'article 5, point b), la publication annuelle des déclarations d'intérêt des membres du conseil d'administration de l'ACER (voir article 12, paragraphe 7, du règlement 713/2009).

3.3. Qualité des données

Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement, les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.

Les catégories de données traitées dans la PN et dans l'OGD semblent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies. L'ACER doit prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que les données à caractère personnel qui sont inexacts ou incomplètes soient effacées ou rectifiées.

3.4. Conservation des données

L'article 4, paragraphe 1, point e), du règlement établit que les données à caractère personnel ne doivent pas être conservées pendant une durée supérieure à celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.

L'ACER a établi une période de conservation de dix ans à compter de la clôture du dossier dans l'OGD/la notification utilisant la PN (personnes concernées des catégories deux et trois) ou à compter du moment où un utilisateur de la PN ou de l'OGD n'utilise plus le système (pour les personnes concernées de la catégorie un). Le motif donné pour les personnes concernées des catégories deux et trois est la possible nécessité d'un suivi.

Toutefois, tous les cas n'entraîneront pas de suivi, par exemple, ceux dans lesquels il n'y avait finalement aucune raison de croire à une violation. C'est la raison pour laquelle une période de couverture de dix ans semble excessive. En revanche, **ACER doit mettre en œuvre des périodes de conservation différentes selon le résultat du dossier**: les dossiers qui, par exemple, conduisent à un examen par une autorité nationale compétente sont plus susceptibles de requérir un suivi de la part de l'ACER que les dossiers ne conduisant pas à un tel examen.⁸

3.5. Transfert de données

Les transferts de données à caractère personnel sont soumis à des règles spécifiques prévues par les articles 7 à 9 du règlement. L'article 7 s'applique aux transferts de données à caractère personnel entre les institutions ou organes communautaires ou en leur sein; l'article 8 s'applique aux transferts à des destinataires autres que les institutions et organes communautaires relevant de (la législation nationale transposant) la directive 95/46/CE; l'article 9 s'applique à des destinataires autres tels que des pays tiers ou des autorités nationales dans les États membres ne relevant pas de la législation transposant la directive 95/46/CE.

3.5.1. Transferts aux termes de l'article 7

Les données de la PN et de l'OGD seront transférées à un certain nombre d'autres institutions et agences de l'Union. Selon l'article 7, ces transferts doivent être nécessaires à l'exécution légitime de missions relevant de la compétence du destinataire; le destinataire ne peut utiliser les données qu'aux fins qui ont motivé leur transmission.

⁸ Voir CEPD, dossier 2014-0871, 2011-1127.

L'article 16, paragraphe 3, point b), du REMIT oblige l'ACER à transférer des informations (qui peuvent comprendre des données à caractère personnel) à l'AEMF lorsqu'elle a des motifs raisonnables de penser que des faits, qui constituent des abus de marché au sens de la directive 2003/6/CE et qui concernent des instruments financiers soumis à l'article 9 de ladite directive, ont lieu ou ont eu lieu. Ces transferts peuvent donc être justifiés pour les missions réalisées par l'AEMF conformément à son mandat.

L'ACER mentionne également les transferts à la Commission européenne, en visant l'article 16, paragraphe 3, point d), du REMIT. Cet article oblige les ARN à informer leur autorité nationale de concurrence (ANC), l'ACER et la Commission, des suspicions d'infraction au droit de la concurrence. Il ne crée toutefois pas explicitement un canal de déclaration de l'ACER à la Commission. Selon les informations communiquées par l'ACER, elle peut informer elle-même l'autorité compétente pertinente ou la Commission si elle est informée d'une éventuelle violation de la concurrence et que les ARN concernées ne le font pas, sur la base de l'obligation de coopération générale prévue par l'article 1, paragraphe 3, du REMIT⁹

Les transferts ainsi décrits ci-dessus semblent être nécessaires pour que le destinataire puisse légitimement exécuter les missions relevant respectivement de sa compétence.

3.5.2. Transferts aux termes de l'article 8

L'ACER déclare que les données de la PN et de l'OGD peuvent être transférées à un certain nombre d'autorités nationales dans les États membres.

L'ACER échangera principalement des données avec les ARN, dans la mesure où l'ACER surveille le marché et où les ARN enquêtent/appliquent le règlement REMIT. Le fait que l'ACER, conformément à l'article 16, paragraphe 4, du REMIT, puisse demander aux ARN de lui fournir toute information ou leur demander d'ouvrir une enquête, implique de facto un échange d'informations/de données.

Le REMIT oblige les ARN à transférer les informations pertinentes (qui peuvent comprendre des données à caractère personnel) à diverses autorités dans les États membres; selon le cas et la suspicion d'infraction concernée, ces dernières peuvent être les autorités financières compétentes (article 16, paragraphe 3, points a) et b), du REMIT), les autorités nationales de concurrence (article 16, paragraphe 3, point d), du REMIT) et d'autres autorités ou autorités judiciaires compétentes également chargées de pouvoirs d'enquête et d'exécution (article 13, paragraphe 1, du REMIT).

Pour les transferts à ces autorités, l'ACER semble être couverte aux termes de l'article 8, point a), du règlement: les données semblent être nécessaires pour l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique du destinataire. Il doit être noté que l'article 8 part de la présomption que ces transferts seraient réalisés sur demande du destinataire. En l'espèce, toutefois, les transferts seront réalisés ex officio par l'ACER qui, par conséquent, sera chargée de veiller à ce qu'ils ne soient effectués que vers les destinataires autorisés.

⁹ «L'agence, les autorités de régulation nationales, l'AEMF, les autorités financières compétentes des États membres et, le cas échéant, les autorités nationales de la concurrence, coopèrent pour garantir une approche coordonnée dans le contrôle de l'application des règles pertinentes lorsque les actions portent sur un ou plusieurs instruments financiers auxquels s'applique l'article 9 de la directive 2003/6/CE, ainsi que sur un ou plusieurs produits énergétiques de gros auxquels s'appliquent les articles 3, 4 et 5 du présent règlement».

3.5.3. Transferts aux termes de l'article 9

L'ACER a conclu un protocole d'accord avec la FERC, un organe régulateur américain. Par ailleurs, l'ACER déclare qu'elle peut transférer des données à caractère personnel aux autorités judiciaires ou aux autres autorités d'enquête dans les États membres.

L'article 19 du REMIT habilite l'ACER à conclure des accords administratifs avec des pays tiers.

Les transferts de données à caractère personnel aux destinataires d'un pays tiers sont soumis à des règles spécifiques découlant de l'article 9 du règlement. Lorsque le niveau de protection assuré par le pays destinataire n'est pas adéquat, le transfert peut toujours être possible aux termes des dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 6.¹⁰

Il n'existe aucune décision d'adéquation pertinente pour les États-Unis, et l'ACER ne semble ni avoir réalisé sa propre évaluation du caractère adéquat des protections prévues, ni avoir demandé d'autorisation aux termes de l'article 9, paragraphe 7. Les dérogations de l'article 9, paragraphe 6, du règlement restent les seuls fondements juridiques possibles.

La seule dérogation qui apparaît être potentiellement pertinente pour l'OGD est l'article 9, paragraphe 6, point d), aux termes duquel les transferts peuvent être autorisés si «le transfert est nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour des motifs d'intérêt public importants».

Il doit être noté que l'intérêt public important et l'obligation juridique mentionnée se réfèrent à ceux de *l'expéditeur*.¹¹ Toutefois, ceci n'est possible qu'à titre exceptionnel. En d'autres termes, les transferts répétés, structurels ou massifs ne peuvent être justifiés dans le cadre de dérogations.¹²

Dans le protocole d'accord entre l'ACER et la FERC, il n'est pas clairement indiqué si ces transferts resteront exceptionnels et pourraient par conséquent être couverts par la dérogation prévue à l'article 9, paragraphe 6, point d), ou s'ils sont suffisamment nombreux pour être considérés comme répétés, massifs ou structurels et, par conséquent, exiger une base juridique différente. Le protocole d'accord peut être suffisant seulement si les transferts restent exceptionnels.

Pour cette raison, l'ACER doit signaler au CEPD les transferts réalisés conformément à l'article 9, paragraphe 6, trois, six et douze mois après le début de l'OGD.

Si les transferts (que ce soit à la FERC ou à tout autre pays tiers destinataire) deviennent répétés, massifs ou structurels, l'ACER doit les suspendre jusqu'à ce que des mesures de protection appropriées, conformément à l'article 9, soient mises en place ou jusqu'à ce qu'une autorisation soit accordée.

La liste des destinataires possibles mentionnés par l'ACER comprend également les autorités judiciaires et les organes d'enquête dans les États membres. Tous ne sont pas nécessairement

¹⁰ Pour de plus amples explications des différentes possibilités de transfert de données à caractère personnel à des pays tiers, voir le document d'orientation du CEPD sur le transfert des données à caractère personnel à des pays tiers, disponible sur: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Papers/14-07-14_transfer_third_countries_FR.pdf

¹¹ Voir p. 16 du document d'orientation du CEPD cité ci-dessus.

¹² Voir p. 15 du document d'orientation du CEPD cité ci-dessus.

soumis à la législation nationale transposant la directive 95/46/CE.¹³ Toutefois, considérant que tous les États membres ont mis en œuvre la Convention 108 du Conseil de l'Europe et ont souvent étendu la portée de leur législation transposant la directive 95/46/CE au-delà de la portée de la directive, il peut être considéré qu'un niveau de protection «adéquat» (ou même «équivalent») existe dans les domaines des anciens second et troisième piliers du droit de l'UE au niveau national. Ainsi, les transferts peuvent être effectués dans le cadre de l'article 9 tant qu'ils respectent le critère de l'article 8 du règlement.

La ratification de la Convention 108 du Conseil de l'Europe prévoit la présomption du caractère adéquat, caractère qui doit être vérifié en pratique avec l'EM concerné. Ceci impliquera la vérification des mesures concrètes exigées du destinataire. Par exemple, la police est-elle soumise à des obligations spécifiques de protection des données conformément à la Convention n° 108? A-t-elle un niveau suffisant de connaissance des obligations de protection des données? Des mécanismes d'exécution sont-ils appliqués en cas de violation? Cette analyse doit être consignée par la personne responsable du traitement.

Indépendamment de ce qui précède, le CEPD constate que le fait de consigner les transferts dans le cadre de l'article 9 dans un registre interne constitue une bonne pratique et encourage l'ACER à tenir ce registre, indépendamment de la déclaration requise dans le présent avis (ceci ne s'appliquant pas seulement à l'OGD, mais également à tous les transferts éventuels concernés par l'article 9).

3.6. Droit d'accès et de rectification

Conformément à l'article 13 du règlement, les personnes concernées ont un droit d'accès aux données à caractère personnel les concernant et un droit de rectification des données incomplètes ou inexacts. Des limitations peuvent s'appliquer conformément à l'article 20.

L'ACER déclare qu'elle donnera accès aux données et les rectifiera si nécessaire; toutefois, elle note que des limitations conformes à l'article 20 seront appliquées aux personnes concernées de la catégorie trois.

Le CEPD souhaite souligner que ces limitations ne doivent s'appliquer qu'au cas par cas et non de manière générale. **La justification de chaque limitation au droit d'accès doit être consignée en interne.**

La justification doit prévoir les motifs concrets liés au cas spécifique, expliquant la nécessité de l'application d'une limitation. Des considérations générales telles que le simple fait de citer l'article 20 (ou des parties de ce dernier) du règlement, ne suffisent pas.

Il peut être également nécessaire de scinder la justification en deux parties. Cela s'explique par le fait que, aux termes de l'article 20, paragraphe 3, du règlement, les personnes concernées doivent être informées des principales raisons qui motivent la limitation. Ceci va au-delà d'une simple citation des dispositions pertinentes de l'article 20, paragraphe 1, mais il n'est pas nécessaire de fournir la justification intégrale.

Le raisonnement intégral doit être consigné en interne à la date d'application de la limitation, par exemple, dans une note au dossier. Cette consignation doit indiquer en quoi la limitation constitue une mesure nécessaire pour protéger les intérêts à protéger aux termes de l'article

¹³ Voir le document d'orientation du CEPD cité ci-dessus, p. 22-23: dans la mesure où la directive constitue un instrument relevant du premier pilier pré-Lisbonne, le champ d'application de celle-ci exclut les questions de droit pénal.

20, paragraphe 1, points a) et/ou e), du règlement. Les limitations doivent être limitées dans le temps et doivent être revues (par exemple, après un certain délai ou après qu'un dossier a atteint un nouveau stade).

Sous réserve du point susmentionné, l'ACER semble avoir mis en place des mesures suffisantes pour donner aux personnes concernées le droit d'accès et de rectification.

3.7. Information de la personne concernée

Dans les cas où les données sont collectées auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée conformément à l'article 11 du règlement; si les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée mais auprès d'une source différente, la personne concernée doit être informée conformément à l'article 12.

Les personnes concernées des catégories 1 et 2 se trouvent dans la première situation, tandis que les personnes concernées de la catégorie 3 se trouvent dans la dernière situation.

En ce qui concerne toutes les déclarations de confidentialité, le CEPD souhaite mentionner l'exception prévue à l'article 2, point g), du règlement, lequel prévoit que les autorités qui sont susceptibles de recevoir communication de données dans le cadre d'une mission d'enquête particulière ne sont toutefois pas considérées comme des destinataires. Le CEPD interprète cette exception comme s'appliquant aux exigences d'information prévues aux articles 11 et 12.¹⁴ En pratique, ceci signifie qu'il n'est pas nécessaire de mentionner la Cour des comptes européenne, le Médiateur européen, le Contrôleur européen de la protection des données, la Cour de justice de l'Union européenne (le Tribunal, la Cour de justice et le Tribunal de la fonction publique) et l'OLAF à titre d'entités susceptibles de recevoir des données à caractère personnel de l'OGD et de la PN.

Les personnes concernées de la catégorie un ne sont informées qu'à l'activation de leur compte. L'article 11 implique que les informations doivent être communiquées au plus tard lorsque les données sont collectées. En l'espèce, cela signifie une communication dès la collecte des informations pour la demande du compte d'utilisateur et non seulement lors de son activation. **Les personnes concernées de la catégorie un doivent déjà être informées lorsqu'elles demandent les comptes.**

De même, les personnes concernées de la catégorie deux ne reçoivent l'avis de protection des données qu'avec l'accusé de réception de leur notification, c'est-à-dire après la collecte de leurs données à caractère personnel. Ces informations devraient être communiquées avant, pour que les personnes concernées sachent comment leurs données seront traitées lorsqu'elles présentent leur rapport. **L'ACER devrait prévoir un lien vers l'avis de protection des données dans le formulaire de notification ou autrement veiller à ce que les informations soient communiquées en temps utile.**

En ce qui concerne la proposition de l'ACER de fusionner les déclarations de confidentialité pour les personnes concernées de la catégorie deux, il n'est pas obligatoire d'avoir des déclarations distinctes. L'ACER est libre de choisir l'une ou l'autre façon à la condition que les informations requises y figurent.¹⁵

Les personnes concernées de la catégorie trois, relevant de l'article 12, doivent en principe recevoir une déclaration de confidentialité à la date d'enregistrement de leurs données. Ceci

¹⁴ Mais cela n'est pas le cas pour les règles sur les transferts des articles 7 à 9.

¹⁵ Réduire le nombre des déclarations de confidentialité distinctes pourrait être plus efficace pour l'ACER.

étant, l'article 12, paragraphe 2, prévoit certaines limitations au champ d'application des obligations d'information et il peut y avoir des cas dans lesquels l'article 20 peut être utilisé pour limiter le droit d'information.

Selon l'article 12, paragraphe 2, les personnes responsables du traitement ne sont pas tenues de communiquer des informations aux termes de l'article 12 lorsque «l'information se révèle impossible ou implique des efforts disproportionnés».¹⁶ Cette exception vise les cas dans lesquels les données à caractère personnel de la personne concernée ne permettent pas de la contacter par exemple parce qu'il n'existe aucun(e) adresse ou autre moyen de contact connu(e). Dans ce cas, la personne responsable du traitement n'est en principe pas tenue de procéder à d'autres recherches pour atteindre la personne concernée. En fonction de la quantité d'informations communiquées par le déclarant, ceci est susceptible de s'appliquer à certaines catégories d'autres personnes concernées visées dans la notification présentée. Il ne peut toutefois être supposé que ce soit une règle générale.

Si cette dérogation ne s'applique pas, la communication de ces informations peut être reportée conformément à l'article 12 jusqu'à la première communication à un tiers, si elle est envisagée. Dans la mesure où l'OGD est destiné à fournir un canal de coordination entre l'ACER et les ARN, une telle communication est envisagée dans le cadre de la procédure. L'obligation d'informer s'applique donc au plus tard au moment du transfert à une ARN ou un autre destinataire (par exemple, l'AEMF), à moins que l'ACER puisse appliquer une limitation conformément à l'article 20 du règlement.

L'article 20, paragraphe 1, du règlement peut justifier la limitation de son application, si elle est nécessaire pour assurer la «prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales» [point a)].¹⁷ Cette exception peut être utilisée si les suspicions d'infractions ont le statut d'infractions pénales et si informer la personne concernée à ce stade pourrait nuire à l'enquête. Le CEPD a interprété largement le terme «infractions» pour y inclure les informations se rapportant aux questions disciplinaires.¹⁸

Aux termes de l'article 20, paragraphe 3, les principales raisons motivant ces limitations doivent être communiquées à la personne concernée. L'article 20, paragraphe 5, autorise le report de cette information si le fait de la communiquer priverait la limitation de ses effets. Toutefois, une utilisation de ces exceptions ne doit survenir qu'au cas par cas; les limitations globales ne sont pas possibles. L'utilisation de limitations doit être justifiée et consignée.

Pour résumer, il peut y avoir des cas dans lesquels *certaines* personnes concernées autres que les déclarants peuvent soit relever des limitations du champ d'application du droit d'information aux termes de l'article 12, paragraphe 2, soit se trouver dans des situations dans lesquelles l'ACER aurait le droit de limiter ce droit conformément à l'article 20. Toutefois, il ne peut pas être supposé de manière générale que *toutes* les personnes concernées de la catégorie trois relèvent de l'un de ces cas. **L'approche de l'ACER**

¹⁶ L'article 12 exclut également «les cas dans lesquels «la législation communautaire prévoit expressément l'enregistrement ou la communication des données». Cette exception s'applique aux cas dans lesquels il existe une obligation claire de la législation communautaire (aujourd'hui de l'Union) d'enregistrer ou de communiquer des informations qui n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée. Le fait que l'ACER soit autorisé par le droit de l'Union européenne à recevoir et à transmettre des informations sur des suspicions d'infraction au REMIT ne suffit pas à déclencher cette dérogation, dans la mesure où ce n'est que la possibilité qui est prévue et non l'enregistrement ou la communication de données se rapportant aux populations spécifiques de personnes concernées.

¹⁷ Le point e) y est connexe.

¹⁸ Par analogie à l'article 13, paragraphe 1, point d), de la directive 95/46/CE qui comprend les «manquements à la déontologie dans le cadre des professions réglementées».

consistant à ne pas informer les personnes concernées autres que les déclarants de manière générale ne semble donc pas respecter les articles 12 et 20.¹⁹ Il doit être également noté que le fait d'être informé du traitement constitue une condition préalable nécessaire pour qu'une personne concernée puisse exercer les autres droits dont elle dispose en tant que telle. Bien qu'il puisse y avoir des cas dans lesquels les limitations peuvent être justifiées, il ne peut être supposé que cela est le cas de manière générale.

Dans la mesure où la communication prématurée de ces informations pourrait porter préjudice à l'enquête effectuée par les ARN (ou autres destinataires), l'ACER peut au cas par cas utiliser les limitations de l'article 20. Lorsque ces dernières ne s'appliquent plus, la personne concernée devra être informée. Une telle qualification dépend de l'état de l'enquête effectuée par le destinataire. Ce destinataire est la partie la mieux placée pour déterminer si c'est le cas.

À titre de solution pragmatique, le CEPD recommande **de donner instruction aux destinataires d'inclure un lien vers la déclaration de confidentialité pertinente de l'ACER lorsqu'ils informent les personnes concernées du traitement des données les concernant**, garantissant ainsi que les personnes concernées autres que les déclarants soient régulièrement informées des opérations de traitement de l'ACER.²⁰

3.8. Mesures de sécurité et recours aux contractants

[...]

4. Conclusion:

Il n'y a pas de raison de considérer que les dispositions du règlement n° 45/2001 ont été violées, pour autant que les recommandations visées au présent avis soient intégralement prises en compte. Pour résumer, l'ACER doit:

- établir des périodes de conservation différenciées selon les résultats du dossier, avec des périodes plus courtes pour les dossiers sans renvoi avec suivi;
- signaler au CEPD les transferts réalisés conformément à l'article 9, paragraphe 6, trois, six et douze mois après le début de l'OGD;
- si des transferts à des autorités de pays tiers deviennent répétés, massifs ou structurels, les suspendre jusqu'à la mise en œuvre de mesures de protection appropriées aux termes de l'article 9 ou jusqu'à l'octroi d'une autorisation;
- justifier chaque limitation au droit d'accès et consigner ladite justification en interne;
- informer les personnes concernées de la catégorie un du traitement dès le moment où elles demandent un compte;

¹⁹ Voir également par analogie l'avis 1/2006 du Groupe de travail de l'article 29, concernant les mécanismes de dénonciation («whistleblowing») page 13: «En particulier, l'employé faisant l'objet du signalement doit être informé: [1] de l'entité responsable du mécanisme de dénonciation, [2] des faits dont il est accusé, [3] des directions ou services qui pourraient recevoir le signalement au sein de sa société ou d'autres entités ou sociétés du groupe dont sa société fait partie, et [4] de la manière d'exercer ses droits d'accès et de rectification».

²⁰ L'alternative serait de demander aux destinataires d'informer l'ACER lorsqu'une limitation n'est plus nécessaire, pour que l'ACER puisse alors elle-même informer les personnes concernées. Ceci créerait une charge administrative supplémentaire par rapport à la solution suggérée.

- prévoir un lien vers l'avis de protection des données dans le formulaire de notification pour les personnes concernées de la catégorie deux, ou autrement s'assurer que les informations soient communiquées en temps utile;
- donner instruction aux destinataires d'inclure un lien vers la déclaration de confidentialité pertinente de l'ACER lorsqu'ils informent les personnes concernées du traitement des données les concernant.

Fait à Bruxelles, le 2 octobre 2015

(signé)

Wojciech RAFAŁ WIEWIÓROWSKI