



1.4.2019

6^e DOCUMENT DE TRAVAIL (A)

sur la proposition de règlement relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale (2018/0108 (COD)) – garanties et recours

Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures

Rapporteure: Birgit Sippel

Co-auteur: Romeo Franz

Introduction

Le présent document de travail porte sur les garanties et les recours prévus dans la proposition de règlement relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale (dite «proposition sur les preuves électroniques»). À ce titre, il analyse le principe de la **notification au suspect de la demande de données**, à moins qu'une injonction de non-divulgation soit justifiée à titre exceptionnel. Il examine également les garanties qui doivent être accordées avant que les données ne soient collectées et transférées à l'État requérant (dites «**garanties ex ante**») ainsi que les recours qui doivent être assurés après le transfert des données à l'État requérant (dites «**garanties ex post**»). Enfin, il fournit des précisions sur un **mécanisme efficace de contrôle et de responsabilité publique** des autorités répressives, avec l'utilisation éventuelle d'un nouvel instrument sur les preuves électroniques¹.

I. Notification de la personne concernée

Conformément à l'article 11 («Confidentialité et information de l'utilisateur») de la proposition de règlement, les destinataires «prennent les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité de l'EPOC et de l'EPOC-PR ainsi que des données produites ou conservées et, si l'autorité d'émission le demande, s'abstiennent d'informer la personne dont les données sont requises afin de ne pas entraver la procédure pénale afférente» (article 11, paragraphe 1). «Si l'autorité d'émission a demandé au destinataire de s'abstenir d'informer la personne dont les données sont requises, elle informe sans retard injustifié la personne dont les données sont requises par l'EPOC au sujet de la production des données. Cette information peut être retardée aussi longtemps que nécessaire et proportionnée pour éviter d'entraver la procédure pénale afférente» (article 11, paragraphe 2). «Lorsqu'elle informe la personne, l'autorité d'émission fournit des informations sur tous les recours disponibles visés à l'article 17» (article 11, paragraphe 3).

Une question importante en ce qui concerne la notification de la personne concernée, qui a également été soulevée par plusieurs parties prenantes², porte sur le principe de l'égalité des armes et le principe du contradictoire, qui font partie du droit à un procès équitable (en ce qui concerne la collecte de preuves à décharge) énoncé à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme³. En général, ce principe est facilement remis en cause par la confidentialité de la phase d'examen préliminaire et par l'absence de notification à la personne concernée de la collecte de données à caractère personnel. Toutefois, la notification

¹ Voir également Fair Trials International, document de consultation, février 2019, p. 4.

² Ibid, p. 12: «*Dans des modèles contradictoires, comme aux États-Unis, on s'attend à ce que la défense joue un rôle actif dans la préparation de son dossier et recueille de manière autonome des informations et des preuves. Dans de nombreux systèmes juridiques de l'Union européenne, généralement qualifiés d'«inquisitoires», les services répressifs sont seuls responsables de la conduite d'une enquête visant à établir la «vérité». À ce titre, les autorités répressives ont l'obligation d'utiliser des pouvoirs d'enquête pour rassembler tous les éléments de preuve pertinents, à la fois à charge et à décharge, et pas uniquement les éléments de preuve établissant la culpabilité. Dans la réalité, toutefois, cela n'est pas toujours le cas, et même un enquêteur impartial ne serait pas en mesure de savoir quelles preuves pourraient être utiles à l'accusé sans le consulter pour comprendre la nature de sa défense, ce qui ne peut se produire lorsque l'enquête est secrète.*»

³ Voir l'article 6 de la CEDH, par exemple D. Vitkauskas G. Dikov, Conseil de l'Europe, Protection du droit à un procès équitable dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, 2012.

préalable du suspect ou de l'accusé est essentielle pour garantir l'exercice effectif des droits de la défense. Il doit notamment être informé du fait que les données électroniques à décharge (outre les données à charge) sont également conservées et qu'il a la possibilité de contester a priori la légalité des données électroniques qui ont pu être obtenues illégalement ou ne sont peut-être pas recevables devant un tribunal.

La proposition de règlement sur les preuves électroniques empêche le prestataire de services d'informer la personne dont les données sont demandées «afin de ne pas entraver la procédure pénale concernée». La question est de savoir à quelles situations ce texte renvoie effectivement. Il s'agit d'une formulation vague, qui risque de se donner lieu à des obstacles mineurs lors des procédures. Toutefois, en ce qui concerne le principe de l'égalité des armes, toute limitation de la notification de la personne concernée (également appelée «injonction de non-divulgaration») doit être clairement définie et limitée, par exemple, aux cas de danger grave et clair pour la vie, l'intégrité physique ou les biens. En outre, un problème peut découler de la proposition de règlement, en général et en ce qui concerne la confidentialité, au sujet de la définition des «prestataires de services» et de la question connexe de la distinction entre le responsable du traitement et le sous-traitant⁴: le sous-traitant est-il également lié par les règles de confidentialité et, par conséquent, est-il également tenu de ne pas informer le responsable du traitement au sujet de la réception d'une injonction⁵?

1. 1. Notification de la personne concernée pour les injonctions de production (EPOC):

En ce qui concerne les EPOC, la proposition de règlement dispose en outre que «l'autorité d'émission informe sans retard injustifié la personne dont les données sont requises par l'EPOC au sujet de la production des données» (voir article 11, paragraphe 2). Toutefois, la proposition permet à l'autorité requérante de retarder cette notification «aussi longtemps que nécessaire et proportionné pour éviter d'entraver la procédure pénale». Dans ce cas, la proportionnalité d'une notification différée serait évaluée uniquement par l'autorité d'émission. Comme cela a déjà été souligné dans le précédent document de travail, il est permis de douter que les autorités d'émission soient en mesure de respecter ces dispositions et les respectent réellement. Les instruments existants de reconnaissance mutuelle, tels que la décision d'enquête européenne, accordent au moins à l'État d'exécution des motifs de refus pour remettre en cause la proportionnalité⁶. En outre, en ce qui concerne la question de la

⁴ Voir l'article 2, paragraphe 3, du règlement sur les preuves électroniques. Voir également les articles 4 à 8 du règlement général sur la protection des données (RGPD) (règlement (UE) 2016/679).

⁵ Voir l'avis 23/2018 du comité européen de la protection des données (CEPD), qui indique: «Par conséquent, le CEPD craint que, en l'absence de limitations aux seuls fournisseurs de services agissant en tant que responsables du traitement au sens du RGPD et en l'absence de toute obligation spécifique du sous-traitant d'informer le responsable du traitement lorsqu'ils reçoivent une injonction de production ou de conservation de données, les droits des personnes concernées puissent être contournés.» (p. 10).

⁶ La décision d'enquête européenne, au moins, accorde à l'autorité d'exécution certains motifs de refus pour remettre aussi en question la proportionnalité de la demande. Cela vaut tant pour les motifs tirés d'une éventuelle violation des droits fondamentaux (voir notamment directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale: lorsqu'«il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et à la charte») que pour certaines catégories ou certains niveaux d'infractions (voir article 11, paragraphe 1, point h) de la directive sur la décision d'enquête européenne (lorsque «le recours à la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne est limité en vertu du droit de l'État d'exécution à une liste ou catégorie d'infractions ou à des infractions passibles de sanctions d'un certain seuil qui ne comprennent pas l'infraction sur laquelle porte la décision d'enquête européenne»), ainsi que pour les motifs tirés de l'absence, dans l'ordre national de l'autorité

nécessité, le règlement, tel qu'il est proposé, fait craindre que l'«injonction de non-divulgaration» soit utilisée comme une règle plutôt que comme une exception lorsque cela est strictement nécessaire. Puisque, toutefois, il peut exister des raisons légitimes de préserver la confidentialité, au moins pour certains types de données et principalement au début de la procédure (par exemple lorsque la procédure n'est plus nécessairement centrée sur une personne particulière), il existe des tensions entre la nécessité légitime de la confidentialité pour le maintien de la loi, d'une part, et le droit à une défense et à un procès équitable, d'autre part. Ces tensions peuvent être atténuées par:⁷

- la mise en place d'un régime de notification clair qui limite strictement l'exercice de la confidentialité par les autorités répressives à des mesures exceptionnelles;
- la justification obligatoire, par les autorités répressives, de l'exercice d'une injonction de non-divulgaration, ainsi qu'un contrôle juridictionnel sur le recours à ces injonctions⁸. Ici encore, la question de l'autorité d'émission pour les EPOC-PR se pose, comme indiqué dans le 5^e document de travail;
- des délais clairs pour l'obligation de confidentialité (par exemple, au maximum jusqu'à la mise en accusation);
- l'obligation, pour les autorités émettrices qui demandent au prestataire de services de s'abstenir d'informer la personne concernée, de présenter au prestataire de services des motifs clairs et précis pour justifier la demande d'absence de notification;
- une notification supplémentaire aux autorités judiciaires de l'État membre dans lequel le prestataire de services est établi et/ou dans lequel la personne dont les données sont demandées réside;
- le droit, pour les prestataires de services qui ne seraient pas satisfaits par les justifications d'«injonction de non-divulgaration» fournies par l'État d'émission, de demander des informations complémentaires, y compris le droit de refuser de se conformer à l'injonction si des doutes subsistent quant à la légalité de la situation; avec ce droit, les questions relatives aux obligations des prestataires de services vis-à-vis de leurs clients seraient également traitées;
- une obligation de notification rapide a posteriori, une fois que le fondement légitime de la confidentialité cesse de s'appliquer et, en tout état de cause, bien avant la divulgation intégrale des éléments de preuve dans l'affaire (indépendamment du fait que la personne concernée soit ou non poursuivie en dernier ressort), avec le droit pour la personne concernée de contester le recours à la confidentialité et la légalité de la production des preuves;
- des mesures dissuasives incitant les services répressifs à ne pas abuser de cette exception, par exemple en déclarant irrecevables les preuves obtenues;
- une obligation explicite, pour les autorités répressives qui demandent des données

d'exécution, de la mesure en question dans des situations analogues (voir article 11, paragraphe 1, point h), de la directive sur la décision d'enquête européenne).

⁷ Fair Trials International, *ibid.*, pp. 5-6.

⁸ Une autorité judiciaire indépendante et impartiale est mieux à même d'effectuer un arbitrage entre la nécessité de la confidentialité et les droits de la défense que les autorités policières et judiciaires. Voir également la position du CCBE du 19 octobre 2018, indiquant (p. 7) que «le CCBE considère que l'imposition de restrictions de confidentialité aux EPOC doit être soumise à l'approbation d'une autorité judiciaire indépendante et, dans chaque cas, être dûment motivée et justifiée par l'autorité d'émission sur la base d'une évaluation pertinente et documentée».

électroniques (dans le cadre de la confidentialité), d'étendre les EPOC et EPOC-PRS afin de couvrir également les éléments de preuve à décharge ou de fournir certains droits à la défense en vue du principe de «l'égalité des armes» dans le cadre de la procédure pénale⁹.

2. 2. Notification de la personne concernée pour les injonctions de conservation (EPOC-PR)

D'importants problèmes supplémentaires se posent à l'égard du principe de l'égalité des armes, en ce qui concerne la notification des personnes concernées dans le cas des injonctions de conservation (EPOC-PR).

Comme indiqué précédemment, si le destinataire a été invité à s'abstenir d'informer la personne dont les données sont requises, la proposition de règlement prévoit seulement que «l'autorité d'émission informe sans retard injustifié la personne dont les données sont requises par l'EPOC au sujet de la production des données» (voir article 11, paragraphe 2). La proposition ne prévoit aucune obligation, pour l'État d'émission, de notifier la personne concernée en ce qui concerne les EPOC-PR. En conséquence, la personne concernée ne saura jamais que ses données ont été conservées dans les cas où un EPOC-PR n'est pas suivi par un EPOC. Dans ces cas, la personne concernée n'aura aucune possibilité de contester le recours à la confidentialité et la légalité de la conservation des preuves. En outre, elle n'aura accès à aucune mesure corrective (voir ci-dessous).

⁹ À cet égard, par exemple, la décision d'enquête européenne peut également être explicitement utilisée par la défense. Voir l'article 1, paragraphe 3, de la directive sur la décision d'enquête européenne: «3. *Dans le cadre des droits de la défense applicables conformément à la procédure pénale nationale, l'émission d'une décision d'enquête européenne peut être demandée par un suspect ou une personne poursuivie, ou par un avocat agissant au nom d'un suspect ou d'une personne poursuivie*». Une telle disposition fait défaut dans la proposition sur les preuves électroniques. Voir également le Conseil des barreaux européens (CCBE), *ibid.*, p. 7: «Toute proposition de récupération d'éléments de preuve en ligne ne doit pas être considérée comme relevant uniquement des poursuites... La proposition ne tient pas compte de manière adéquate de l'exigence d'égalité des armes dans les procédures pénales, qui est un concept reconnu par la CEDH dans le contexte du droit à un procès équitable». Voir aussi Fair Trials International, Document de prise de position, mai 2018. Voir également la lettre de Fair Trials adressée au rapporteur, le 30 novembre 2018.