

7688/05

LIMITE

**JUR 137
COPEN 62
TELECOM 21**

AVIS DU SERVICE JURIDIQUE

Objet: Projet de décision-cadre sur la rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises via des réseaux de communications publics, aux fins de la prévention, la recherche, la détection et la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme
- Base juridique

I. Introduction

1. Le 28 avril 2004, la France, l'Irlande, la Suède et le Royaume-Uni ont présenté un projet de décision-cadre (ci-après le "projet") fondé sur l'article 31, paragraphe 1, point c) et l'article 34, paragraphe 2, point b) 34 du traité sur l'Union européenne (ci après " traité UE"). Ce projet a pour objet la rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises via des réseaux de communications publics, aux fins de la prévention, la recherche, la détection et la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme.¹

¹ 8958/04 CRIMORG 36 TELECOM 82 + EXT 1.

2. La Commission qui avait émis une réserve d'examen concernant la base juridique du projet² s'est prononcée, lors de la réunion du Comité de l'article 36 du 7 février 2005, en faveur de l'article 95 du traité instituant la Communauté européenne (ci- après " traité CE") en tant que base juridique d'une partie du projet³. En particulier, elle a rappelé que l'article 47 du traité UE ne permettait pas d'affecter, par un acte fondé sur le traité UE, l'acquis communautaire tel qu'il ressort de la directive 2002/58/CE et de la directive 95/46/CE. Aux termes de l'analyse juridique de la Commission, l'harmonisation des catégories de données à conserver par les fournisseurs de services pendant une période déterminée ainsi que la fixation de la durée de cette période, relèvent de la compétence de la Communauté. La question se pose de savoir si cette analyse juridique est fondée. Le présent avis a pour objet de répondre à cette question.

II. L'article 47 du traité UE

3. La Cour est compétente pour veiller à ce que les actes adoptés sur la base du traité UE n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions du traité CE confèrent à la Communauté⁴.
4. L'article 47 du traité UE dispose que "*... aucune disposition du présent traité n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés*". En conséquence, l'article 47 du traité UE oblige les institutions à examiner si elles doivent agir dans le cadre des procédures communautaires ou si l'action envisagée tombe en dehors de la compétence attribuée à la Communauté.

² 15556/04 PV/CONS 75 JAI 527+ COR 1.

³ 7735/05, SEC(2005) 420.

⁴ Arrêt du 12 mai 1998, Commission contre Conseil (C-170/96, Rec. 1998, p.I-02763).

III. But et contenu du projet de la décision cadre

5. Selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique d'un acte communautaire doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte⁵. À titre exceptionnel, s'il est établi que l'acte poursuit à la fois plusieurs objectifs, qui sont liés d'une façon indissociable, sans que l'un soit secondaire et indirect par rapport à l'autre, un tel acte devra être fondé sur les différentes bases juridiques correspondantes⁶.
6. L'objet du projet, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de fixer de règles relatives à la conservation durant une période déterminée par les fournisseurs de services de certains types de données relatives au trafic des communications. Il vise à permettre aux autorités de police et de justice d'avoir accès à ces données dans le cadre des enquêtes pénales, y compris à la demande de leurs homologues d'autres Etats membres, et de faciliter ainsi une coopération judiciaire efficace à des fins de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales.
7. Le projet, au stade actuel des travaux⁷, prévoit que les Etats membres devront prendre les mesures nécessaires afin de veiller à ce que les fournisseurs des services de télécommunications retiennent pendant une période déterminée les données visées à son article 2 paragraphe 2. La détermination de la liste des données en question est actuellement en cours d'examen au sein du groupe de travail. Le projet ne porte que sur les données générées par une communication et non sur le contenu des informations communiquées.

⁵ Voir, notamment, les arrêts du 29 avril 2004 (C-338/01, point 55); du 11 juin 1991, Commission/Conseil, dit «Dioxyde de titane» (C-300/89, Rec. p. I-2867, point 10); du 4 avril 2000, Commission/Conseil, (C-269/97, Rec. p. I-2257, point 43), et du 11 septembre 2003, Commission/Conseil, (C-211/01, non encore publié au Recueil, point 38).

⁶ Voir, notamment, les arrêts du 19 septembre 2002, Huber, (C-336/00, Rec. p. I-7699, point 31); du 12 décembre 2002, Commission/Conseil, (C-281/01, Rec. p. I-12049, point 35), et du 11 septembre 2003, Commission/Conseil, (précité, point 40), ainsi que avis 2/00, du 6 décembre 2001, (Rec. p. I-9713, point 23).

⁷ 6566/05 COPEN 35 TELECOM 10.

8. La période de rétention de ces données est, aux termes de l'article 4 du projet, de douze mois à compter de leur création ou à la fin de l'abonnement pour ce qui concerne les données relatives à l'abonné. Par dérogation à cette règle, les Etats membres peuvent prévoir soit une période de rétention plus longue n'excédant pas 36 mois soit, pour certains types de données, une période plus courte qui ne peut être inférieure à 6 mois.
9. Les fournisseurs visés par l'obligation de rétention doivent respecter au minimum les principes en matière de sécurité des données énoncées à l'article 5 du projet.
10. L'accès des autorités judiciaires aux données retenues est régi par les règles minimales énoncées à l'article 6 du projet. Par ailleurs, les Etats membres doivent établir des voies de recours conformément aux dispositions du chapitre III de la directive 95/46/CE "Recours juridictionnels, la responsabilité et les sanctions".
11. Les demandes pour avoir accès aux données retenues qu'un Etat membre adresse à un autre Etat membre, aux termes de l'article 7, doivent être faites conformément aux dispositions des instruments applicables de la coopération judiciaire en matière pénale et les réponses qui y sont apportées doivent respecter les mêmes formes.

IV. Le droit en vigueur

12. Dans le cadre du droit communautaire, le traitement des données est régi par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)⁸ et par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁹.

⁸ JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.

⁹ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

13. La directive 2002/58/CE répond à l'évolution des marchés et des technologies des services de communications électroniques et s'inscrit dans le nouveau cadre réglementaire ¹⁰ qui a remplacé le cadre réglementaire des télécommunications de 1998 et qui vise à poursuivre les objectifs de la libéralisation totale des marchés, à assurer la promotion de la concurrence, à garantir les intérêts des consommateurs européens et à assurer la fourniture d'infrastructures et de services efficaces, de qualité et disponibles à des prix compétitifs.
14. Plus particulièrement l'article premier, paragraphe 1 de la directive 2002/58/CE relatif au champ d'application de la directive et le paragraphe 3 du même article prévoient que

"1. La présente directive harmonise les dispositions des États membres nécessaires pour assurer un niveau équivalent de protection des droits et libertés fondamentaux, et en particulier du droit à la vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, ainsi que la libre circulation de ces données et des équipements et des services de communications électroniques dans la Communauté.

(...)

¹⁰ Le nouveau cadre réglementaire comprend une directive adoptée par la Commission sur la base de l'article 86 du traité CE et cinq directives d'harmonisation adoptées par le Conseil et le Parlement européen sur la base de l'article 95 du traité CE. Voir en particulier, directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (*directive "libéralisation"*), JO L 249 du 17.09.2002, p. 21; directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (*directive "cadre"*), JO L 108 du 24.04.2002, p. 33; directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et services de communications électroniques (*directive "autorisation"*), JO L 108 du 24.04.2002, p. 21; directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (*directive "accès"*), JO L 108 du 24.04.2002, p.7; directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (*directive "service universel"*), JO L 108 du 24.04.2002, p.51; et la directive 2002/58/CE précitée .

3. *La présente directive ne s'applique pas aux activités qui ne relèvent pas du traité instituant la Communauté européenne, telles que celles visées dans les titres V et VI du traité sur l'Union européenne, et, en tout état de cause, aux activités concernant la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (y compris la prospérité économique de l'État lorsqu'il s'agit d'activités liées à la sûreté de l'État) ou aux activités de l'État dans des domaines relevant du droit pénal."*

15. L'article 6 de la directive 2002/58/CE énonce par ailleurs le principe de l'effacement des données ou leur anonymat lorsqu'elles ne sont plus nécessaires pour la transmission d'une communication sous réserve de certaines exceptions prévues pour le traitement à des fins commerciales par les fournisseurs et les exceptions prévues à son article 15, paragraphe 1

"Article 6

Données relatives au trafic

1. *Les données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs traitées et stockées par le fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques accessibles au public doivent être effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication sans préjudice des paragraphes 2, 3 et 5, du présent article ainsi que de l'article 15, paragraphe 1.*

(...)"

16. Les dispositions de l'article 15 paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE permettent l'adoption par les Etats membres de mesures législatives autorisant, sous certaines conditions, la rétention de données pour assurer la prévention, la recherche, la détection ou la poursuite d'infractions pénales:

"Article 15

Application de certaines dispositions de la directive 95/46/ CE

*1. Les États membres peuvent adopter des mesures législatives visant à limiter la portée des droits et des obligations prévus aux articles 5 et 6, à l'article 8, paragraphes 1, 2, 3 et 4, et à l'article 9 de la présente directive lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale — c'est-à-dire la sûreté de l'État — la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques, comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE. À cette fin, les États membres peuvent, entre autres, adopter des mesures législatives prévoyant la conservation de données pendant une durée limitée lorsque cela est justifié par un des motifs énoncés dans le présent paragraphe. Toutes les mesures visées dans le présent paragraphe sont prises dans le respect des principes généraux du droit communautaire, y compris ceux visés à l'article 6, paragraphes 1 et 2, du traité sur l'Union européenne.
(...)"*

V. Analyse juridique

17. Par l'ensemble des règles établi par les directives précitées, la Communauté a déterminé les conditions de fonctionnement du marché intérieur, notamment en ce qui concerne la libre prestation des services de communications électroniques à l'intérieur de ce marché et fixé les obligations des fournisseurs de tels services quant au traitement des données des personnes participant au trafic de ces services. La question se pose de savoir si les mesures envisagées par le projet "affectent", au sens de l'article 47 du traité UE, le droit communautaire tel qu'il ressort des dispositions de la directive 2002/58/CE.

18. Sur cette question, il y a lieu de constater que l'article 1er, paragraphe 3 de la directive 2002/58/CE exclut de son champ d'application les activités relevant du titre VI du traité UE. Aux termes du 11ème considérant de son préambule, il est dit que

"A l'instar de la directive 95/46/CE, ladite directive ne traite pas des questions de protection des droits et libertés fondamentaux liées à des activités qui ne sont pas régies par le droit communautaire. Elle ne modifie donc pas l'équilibre existant entre le droit des personnes à une vie privée et la possibilité dont disposent les Etats membres de prendre des mesures telles que celles visées à l'article 15, paragraphe 1, de la présente directive, nécessaires pour la protection de la sécurité publique, de la défense, de la sûreté de l'Etat (...) et de l'application du droit pénal..."

19. La directive 2002/58/CE harmonise les dispositions des Etats membres nécessaires pour assurer un niveau équivalent de protection en ce qui concerne le traitement des données dans le secteur des communications électroniques. L'harmonisation en la matière a été nécessaire afin d'éviter de créer des obstacles au marché intérieur (considérant 8 de la directive 2002/58/CE). Cette harmonisation est limitée aux dispositions qui sont nécessaires pour éviter des entraves à la promotion et au développement de nouveaux services et réseaux de communications électroniques entre Etats membres.
20. Il est essentiel de souligner que ces règles communautaires sont fondées sur "... des objectifs qui consistent à réduire au minimum le traitement des données à caractère personnel et à utiliser des données anonymes ou pseudonymes lorsque c'est possible." (considérant 9 de la directive 2002/58/CE).
21. Il est possible, à la suite des événements récents, qu'il soit nécessaire de reconsidérer ces objectifs en fonction de la nécessité de prévenir et de supprimer la criminalité. La question se pose de savoir si, lorsque ces objectifs doivent être revisités et adaptés aux considérations de sécurité publique et de lutte contre la criminalité, il convient de le faire par le biais d'un instrument du troisième pilier.

22. Il est vrai que la directive 2002/58/CE prévoit à son article 15, paragraphe 1, que les Etats membres peuvent adopter des mesures législatives nationales pour prolonger les périodes de rétention des données pour des raisons de sécurité publique et dans le cadre d'investigations d'infractions pénales, mais cette possibilité constitue une exception à la règle et doit donc être interprétée et appliquée de manière restrictive (en principe à invoquer au cas par cas).
23. Si l'on veut abandonner la philosophie qui a inspiré l'article 6 de la directive 2002/58/CE et déterminer la durée de rétention des données en fonction des nécessités liées à la prévention et la suppression de la criminalité, la question se pose de savoir si l'on ne sort pas du champ de compétences attribuées à la Communauté pour entrer dans le domaine d'activités exclues du champ d'application de la directive par son article 1er, paragraphe 3. En d'autres mots, s'agit-il de la réglementation d'une activité qui relève du titre VI car cette activité ne relève pas des compétences de la Communauté?
24. Le Service juridique est d'avis que les activités qui ne relèvent pas des compétences de la Communauté, et qui peuvent donc relever du titre VI du traité UE, portent sur les cas où le traitement des données à caractère personnel est mis en œuvre pour l'exercice des activités de l'Etat relatives au domaine du droit pénal¹¹. C'est le cas des fichiers établis par les autorités de police et de justice. Les données qui y figurent sont collectées, enregistrées et conservées sous leur responsabilité et elles peuvent aussi être adaptées, modifiées, verrouillées, effacées ou détruites sous leur seule responsabilité. La réglementation du traitement de telles données ne relève pas du domaine d'application des règles communautaires.
25. Le fait que l'on accorde aux autorités de police et de justice un droit d'accès à des données qui sont collectées, enregistrées et conservées sous la responsabilité des fournisseurs des services et que ces autorités utilisent ces données à des fins pénales ou les mettent à la disposition de leurs homologues dans les autres Etats membres, ne rend pas pour autant la directive 2002/58/CE inapplicable aux fournisseurs des services. Ces derniers, en tant que responsables pour la collecte, l'enregistrement et la conservation de ces données continuent à être soumis aux obligations établies par la directive 2002/58/CE.

¹¹ Article 3 paragraphe 2, de la directive 95/46/CE.

26. Le législateur communautaire est seul compétent pour modifier les obligations établies par la directive 2002/258/CE. Il en résulte que les éléments du projet relatifs aux types de données à retenir par les opérateurs économiques et à la durée de leur rétention qui modifient les obligations imposées aux opérateurs ne peuvent pas faire l'objet d'un instrument fondé sur le traité UE. L'adoption du projet dans son état actuel "affecterait" les dispositions de la directive 2002/58/CE en raison du fait qu'il modifierait le contenu des obligations des fournisseurs des services fixées par le droit communautaire. Ceci constituerait une violation de l'article 47 du traité UE.
27. Il y a lieu ici de rappeler un cas similaire dans la réglementation communautaire en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Le législateur communautaire a imposé aux institutions financières des obligations de rétention des données de leurs clients pour permettre aux autorités policières et judiciaires des Etats membres d'avoir accès à ces données dans le cadre d'enquêtes pénales concernant le blanchiment des produits de la criminalité ¹².
28. Compte tenu de ce qui précède, le Service juridique estime que, si l'on souhaite modifier la durée de la période de rétention des données visée à l'article 6 de la directive 2002/58/CE ainsi que de déterminer les types des données à retenir, le législateur communautaire est compétent pour adopter les dispositions nécessaires à cet effet.

IV. Conclusions

29. En conclusion, le Service juridique estime que
- l'harmonisation des catégories de données à conserver par les fournisseurs de services pendant une période déterminée ainsi que la fixation de la durée de cette période, relèvent de la compétence de la Communauté;
 - ces éléments ne peuvent pas faire l'objet d'une décision-cadre fondée sur le titre VI du traité UE, car cette décision-cadre affecterait les dispositions de la directive 2002/58/CE et serait donc prise en violation de l'article 47 du traité UE.

¹² Voir notamment l'article 4 de la directive 91/308/CE du Conseil du 10 juin relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux (JO L 166 du 28.06.1991, p. 77), modifiée et étendue par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 (JO L 344 du 28.12.2001, p. 76).