



Transposition de la directive Conservation des données

Préambule : le réflexe de la grenouille

Plongée dans l'eau bouillante, la grenouille a le réflexe de s'en échapper en sautant. Mais, si on la plonge dans de l'eau froide que l'on chauffe petit à petit, elle peut être ébouillantée à mort, avant de réaliser qu'elle est en grave danger !

Ainsi risque-t-il d'en être de nous, citoyens belges, qui nous voyons imposer progressivement, sans que nous nous en rendions réellement compte, un arsenal législatif qui, au nom du principe sacro-saint de sécurité, risque de petit à petit, si nous n'y prenons garde, étouffer le droit au respect de notre vie privée.

Une directive très controversée au niveau européen

Il est important de souligner que la directive que la Belgique s'apprête à transposer est très contestée sur le plan européen.

- 1) Lors de l'élaboration de la directive, le contrôleur européen de la protection des données (CEPD) avait rendu un avis très sévère par rapport à la proposition de directive (avis publié dans le JOCE DU 29 novembre 2005)¹.

Ainsi, dans ses observations d'ordre général, le CEPD soulignait déjà « pour le CEPD, il est essentiel que la proposition respecte les droits fondamentaux. Une mesure législative qui porterait atteinte à la protection garantie par le droit communautaire et, plus particulièrement, par la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme est non seulement inacceptable, mais également illégale. Le société peut être confrontée à une conjoncture différente en raison des attentats terroristes, mais cette évolution ne peut avoir pour effet de mettre en péril les normes élevées de protections garanties par l'Etat de droit. » (ce n'est pas nous qui soulignons mais le CEPD!)»

- 2) Actuellement, plusieurs procédures sont en cours dans différents Etats membres contre les lois de transposition.

- En Allemagne, un recours contre la loi de transposition est examiné par la Cour constitutionnelle allemande. La décision est attendue pour la moi de mars 2010. Dans l'intervalle, l'Allemagne a, en vert du principe de précaution, réduit la durée de conservation à 6 mois.

- En Roumanie, la Cour constitutionnelle a, par une décision du 8 octobre 2009, déclaré inconstitutionnelle la loi de transposition.

¹ Tous les documents, avis officiels ainsi que la jurisprudence citée et les articles de presse figurent sur le site www.protegetavieprivee.be (cliquer sur l'onglet information).



3) Déclarations de la future commissaire européenne à la justice, Viviane Reding

La nouvelle commissaire européenne proposée pour la justice, les droits fondamentaux et la citoyenneté (auditionnée ce 12 janvier 2010 par les députés de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, de la commission des affaires juridiques et de celle des droits de la femme) a déclaré vouloir rétablir un équilibre entre le respect des droits fondamentaux et la sécurité, qui a trop souvent pris le dessus au cours de la dernière décennie. Dans ce sens, et concernant plus particulièrement la protection des données qui fera partie de ses priorités, elle a déclaré : « **Nous ne laisserons personne nous dicter, au nom de la lutte contre le terrorisme, des règles qui vont à l'encontre des droits fondamentaux (...). Notre besoin de sécurité ne peut justifier de violation du droit à la vie privée. Nous ne devons pas nous laisser diriger par la peur, mais par des valeurs** ».

Une réglementation - même européenne- en la matière est dérisoire

Non seulement, l'O.B.F.G. se pose des questions par rapport à la compatibilité de la directive par rapport aux respects des droits fondamentaux mais il se pose également la question de l'efficacité d'une réglementation européenne à l'heure de la mondialisation.

Il semble en effet assez simple d'éviter tout risque d'identification.

On peut par exemple avoir une adresse mail « extra-européenne ». Les opérateurs qui ne sont pas situés dans l'Union européenne ne sont pas nécessairement soumis à l'obligation de conservation.

Il est par ailleurs très aisé de se fabriquer une adresse e-mail sous un nom d'emprunt sur hotmail ou gmail.

On peut n'envoyer et ne consulter ses mails que dans des cyber-cafés.

Comment alors retrouver l'identité de l'expéditeur et du destinataire?

De même, il suffit d'avoir une carte de téléphone plutôt qu'un abonnement pour échapper à toute possibilité d'identification. On ne retrouvera pas nécessairement le propriétaire de l'appareil grâce à aux coordonnées de la carte de crédit qu'il utilisera lors de la recharge dès lors que l'on peut acheter anonymement des recharges dans le commerce....

La directive vise la grande criminalité. On peut imaginer que les grands criminels prendront les précautions élémentaires en la matière!

Dès lors, ceux qui risquent d'avoir des problèmes, ce sont finalement les personnes qui se seront fait voler leur téléphone portable ou pirater leur réseau informatique...



Le projet de transposition en Belgique

Le ministre de la justice a demandé au parlement que la directive conservation des données soit transposée d'urgence étant donné que le délai de transposition a expiré le 15 mars 2009.

Le processus de transposition avait pourtant démarré en 2008. Le problème est que les projets successifs qui ont été présentés n'étaient absolument pas satisfaisants et ont donc fait l'objet de nombreuses critiques (notamment de la Commission de la Vie privée mais aussi de la plate-forme rassemblant les Ordre d'avocats, l'Ordre des médecins, l'association des journalistes professionnels, la Ligue des droits de l'homme, la Ligue voor mensenrechten, Tik...). Les projets ont donc dû être remis plusieurs fois sur le métier !

La nouvelle version des textes n'est cependant pas encore satisfaisante :

1) Une des critiques formulées dès 2008 est le fait qu'une réglementation aussi attentatoire au droit au respect de la vie privée devait faire l'objet **d'une loi et non d'un arrêté royal**.

Certes, la durée de conservation des données, fixée initialement dans l'arrêté royal a été déplacée dans la loi (art.3 de l'avant-projet). Toutefois, la loi prévoit que le Roi, dans des circonstances exceptionnelles (non définies), peut allonger la durée de conservation pour une durée limitée mais sans aucune précision sur les limites de cet allongement !

Par ailleurs, c'est toujours l'arrêté royal et non la loi qui détermine les données à conserver ainsi que les conditions de conservation e ces données.

Le projet d'arrêté royal prévoit manifestement des limitations au droit constitutionnel au respect de la vie privée. Or la Constitution réserve au seul législateur le soin d'apporter des restrictions à ce droit. Ainsi le constituant a-t-il entendu subordonner toute limitation à ce droit à un débat démocratique qui doit servir à mettre en balance, d'une part, la sécurité publique et, d'autre part, le droit de chacun à la protection de sa vie privée.

Enlever au législateur le contrôle de la mise en place de ces mesures directement en prise avec les valeurs fondamentales d'une société démocratique n'est pas admissible.

2) La réglementation belge va **au-delà de ce que demande la directive** alors même que la directive est critiquée à travers l'Union européenne.

La liste des données à conserver qui ne figurent pas dans la directive est reprise aux pages 25 et 26 de l'avant-projet de loi.

3) la directive européenne visait la grande criminalité or, en se bornant à une référence aux articles **46bis et 88bis** du C.I.C., la Belgique n'offre **pas**



suffisamment de garanties quand à la nature des actes qui vont justifier un recours à la banque de données.

- 4) On s'interroge sur la censure que pourrait faire la Cour européenne des droits de l'homme de certaines dispositions mises en œuvre par la loi ou l'arrêté royal pris en application de la directive, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 8.

Certes, il a été souligné que les exigences de la CJCE en matière de respect de la vie privée n'étaient pas identiques à celles de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le législateur ne doit pas perdre de vue que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne aura notamment pour effet de voir adhérer l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est en tout cas un des buts déclarés par le Traité.

L'Union européenne sera alors contrainte de respecter, sous peine de censure de la Cour de Strasbourg, la Convention européenne et son article 8.

Il ne semble donc pas inutile de réinterroger, avant la mise en œuvre de la directive, la Commission européenne sur cette donnée qui est nouvelle puisqu'elle n'existait pas au moment de l'adoption de la directive.

- 5) Enfin, il n'est pas démontré que les mesures existantes ⁽²⁾ ne seraient pas suffisamment efficaces. Certes, plus de moyens de contrôle faciliteraient les recherches mais au prix de quelle atteinte aux libertés !

Les moyens mis en œuvre, où toutes les communications sont ainsi conservées sont démesurés par rapport aux objectifs recherchés laissent à penser que l'ont veut « abattre une mouche avec un canon ».

Atteinte au secret professionnel

Le texte de transposition présente en outre de très réels dangers d'atteinte à la vie privée et est de nature à mettre en péril le secret professionnel des avocats et des médecins de même pour la protection des sources des journalistes.

Pouvoir *a posteriori* remonter dans le temps pour tracer les contacts qu'une personne suspectée a pu avoir avec un avocat, la fréquence de ses contacts, leur longueur et leur lieu d'envoi et de réception est manifestement attentatoire au secret professionnel de l'avocat dont non seulement l'identité du client risque d'être connue, mais également sa localisation et le moment et la fréquence de ses inquiétudes.

Soutenir que le secret professionnel ne vise que le contenu des échanges constitue une réduction inadmissible de la portée du secret professionnel !

²() articles 90^{ter} et suivants du CIC



Cette connaissance, induite de contacts dont le contenu lui-même ne peut évidemment être divulgué, pourrait avoir pour effet de rendre suspect un client et de criminaliser un avocat du seul fait de l'existence de contacts à un moment donné.

« Préserve ta vie privée »

Le 26 octobre 2009, diverses organisations ⁽³⁾ dont l'O.V.B. et l'O.B.F.G. ont initié et participé à une conférence de presse lançant le site internet « **Préserve ta vie privée** » ⁽⁴⁾, dans le cadre de la campagne contre la transposition dans le droit belge de la directive européenne relative à la conservation des données et invitant à la signature de la pétition en ligne pour exprimer son inquiétude face à la perspective de cette transposition ⁽⁵⁾.

A ce jour, près de 4.000 citoyens ont signé la pétition.

* * *

L'O.B.F.G. invite les autorités à ne pas transposer en l'état cette directive dont les implications n'ont manifestement pas été suffisamment cernées et demande au gouvernement belge d'intervenir auprès des autorités européennes pour que cette directive soit profondément amendée, au regard des exigences de la convention européenne des droits de l'homme.

³() Liga voor Mensenrechten, Ligue des droits de l'homme, Orde van Geneesheren, Vlaamse Vereniging van Journalisten, Association générale des Journalistes Professionnels, TIK, OVB et OBFG

⁴() www.preservetavieprivee.be

⁵() <http://www.bewaarjeprivacy.be/fr/user/register>

65 avenue de la Toison d'Or - 1060 Bruxelles

Tél. 32 2 648 20 98 - Fax 32 2 648 11 67 - site : www.avocats.be - mail : info@avocats.be