

Plaidoirie du contrôleur européen de la protection des données (CEPD)

Monsieur le Président, Monsieur le Juge rapporteur, Mesdames et Messieurs les juges, Monsieur l'Avocat Général,

Merci beaucoup d'avoir invité le Contrôleur européen de la protection des données (le CEPD) à intervenir à l'audience ce jour.

Permettez-moi de commencer par vos trois questions relatives à la directive de 2003 sur les abus de marché et au règlement de 2014 l'ayant remplacée.

Nous sommes d'avis tout d'abord, que les finalités poursuivies par ces instruments ne sauraient s'apparenter à l'objectif de sauvegarde de la sécurité nationale, tel qu'interprété par votre Cour, en particulier dans l'arrêt *La Quadrature du Net* points 135 et 136. En effet, même s'il ne peut être nié que les finalités poursuivies par ces instruments peuvent relever d'un objectif d'intérêt général, ces finalités ne semblent pas revêtir la même importance que l'objectif de sauvegarde de la sécurité nationale. Ce dernier vise en effet à protéger les fonctions essentielles de l'État et les intérêts fondamentaux de la société à l'encontre de menaces caractérisées par une particulière gravité.

Nous considérons ensuite que l'article 12, paragraphe 2, sous d) de la directive et l'article 23, paragraphe 2, sous h) du règlement ne régissent pas la conservation des données de connexion. Ces dispositions prévoient uniquement l'obligation pour les États membres de doter les autorités compétentes du pouvoir d'accéder à des données. Or, ce pouvoir ne s'exerce que sur les enregistrements « existants ». Ces dispositions n'ont donc pas entendu établir une base juridique de conservation des données.

En troisième lieu, votre Cour nous interroge sur l'incidence éventuelle, pour les présentes affaires, de l'arrêt du Conseil d'État du 21 avril 2021 (Assemblée plénière, *French Data Network et autres*). Cet arrêt a trait aux dispositions françaises relatives à la conservation des données et a été rendu à la suite du renvoi préjudiciel ayant donné lieu à votre arrêt *La Quadrature du Net*. Le CEPD comprend dès lors cette question comme visant à déterminer si l'arrêt du Conseil d'État procède d'une interprétation conforme de votre jurisprudence en matière de conservation des données.

Dans l'arrêt *La Quadrature du Net*, votre Cour a confirmé le principe de l'interdiction d'une obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et de localisation. Elle a cependant admis un certain nombre d'exceptions en fonction de l'objectif poursuivi et a ainsi établi une forme de hiérarchie entre ces objectifs. Ainsi, l'objectif de sécurité

nationale est seul susceptible, dans des circonstances spécifiques, de justifier une obligation de conservation préventive généralisée et indifférenciée de toutes les données relatives au trafic et de localisation.

En outre, l'accès aux données conservées ne peut être prévu que pour un objectif d'intérêt général au moins aussi important que celui ayant justifié la conservation initiale. Ainsi, lorsque des données ont été conservées aux fins de sauvegarder la sécurité nationale, leur accès ne peut pas être justifié par l'objectif de lutte contre la criminalité ordinaire (point 166 de votre arrêt).

Le Conseil d'État (points 56 et 57) a cependant interprété votre arrêt, comme autorisant la conservation rapide (et donc l'accès) aux fins de lutte contre la criminalité grave, de données initialement conservées aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale en cas de menace grave, réelle et actuelle ou prévisible.

Or, la conservation rapide des données déjà conservées est également un traitement de données subséquent, préalable à l'accès. Il pourrait donc être considéré, à la lumière du point 166, que la conservation rapide des données ne peut être justifiée que par un objectif au moins aussi important que celui ayant justifié la conservation initiale des données. Un tel raisonnement serait d'ailleurs plus conforme à l'économie générale de votre arrêt, telle qu'exposée en particulier aux points 130 à 133.

Une autre interprétation est cependant possible, qui semble être celle retenue par le Conseil d'État : en effet, le point 160 de votre arrêt mentionne les données stockées, sur la base des mesures prises en vertu de l'article 15 de la directive 2002/58 « vie privée », pouvant donner lieu à une conservation rapide. Or, ce point renvoie aux points 134 et suivants de votre arrêt. La Cour inclut donc aussi, par ce renvoi, les données ayant fait l'objet d'une conservation préventive afin de sauvegarder la sécurité nationale en cas de menace grave, réelle et actuelle ou prévisible.

En outre, le point 164 de votre arrêt semble admettre un changement de finalités entre deux conservations sans exiger que ces deux mesures poursuivent un objectif au moins de même importance : votre Cour admet en effet la conservation rapide de données aux fins de lutte contre la criminalité grave. Il semble donc qu'elle considère que, contrairement à l'accès, la conservation rapide constitue une ingérence moins grave que la conservation préventive généralisée et indifférenciée. Le point 166 ne serait dès lors pas transposable à la conservation rapide de données.

En tout état de cause, il ressort que, quelle que soit l'interprétation retenue, la portée de la conservation rapide des données dépend des pratiques de conservation des données par les opérateurs de service de communications électroniques pour leurs besoins professionnels propres voire, si l'on admet l'interprétation retenue par le Conseil d'État, de circonstances nationales

particulières (à savoir l'existence d'une menace grave à l'encontre de la sécurité nationale).

Le CEPD souhaite à cet égard mettre en exergue qu'à son sens un régime limité de conservation préventive des données aux fins de lutte contre la criminalité grave pourrait être considéré comme étant en conformité avec la Charte. Il conviendrait que les catégories de données concernées et la durée de conservation soient limitées au strict nécessaire et que l'accès à celles-ci soit entouré de l'ensemble des garanties requises. Je renvoie ici aux observations que nous avons pu formuler hier devant votre Cour dans le cadre des affaires C-140/20, C-793/19 et C-794/19.

J'en viens à un second aspect de l'arrêt du Conseil d'État.

Le Conseil d'État maintient provisoirement les dispositions françaises de conservation des données incompatibles avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 « vie privée ».

Le CEPD est d'avis que le maintien en vigueur de la législation française dans cette mesure n'est pas conforme à l'arrêt *La Quadrature du Net*, point 4 du dispositif. L'arrêt du Conseil d'État devrait dès lors être sans incidence sur les présentes affaires.

En effet, il ressort de votre jurisprudence constante qu'un arrêt préjudiciel a par principe un effet *ex tunc* et qu'une juridiction nationale ne peut faire application d'une disposition de son droit national qui l'habilite à limiter dans le temps les effets d'une déclaration d'illégalité lui incombant à l'égard d'une législation nationale telle que celle en cause en l'espèce.

Je me tourne maintenant vers les trois questions relatives à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de surveillance.

Le CEPD ne peut que réitérer les observations qu'il a formulées hier devant votre Cour dans le cadre des renvois préjudiciels des juridictions suprêmes allemandes et irlandaises portant sur la conformité des législations nationales de conservation des données avec l'article 15 de la directive 2002/58 « vie privée ».

En réponse à votre première question, le CEPD estime que la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'Homme ne saurait se voir reconnaître un caractère, par principe, exhaustif pour l'interprétation des droits et obligations harmonisés par la directive « vie privée ».

Le caractère exhaustif de cette jurisprudence dépend du point de savoir si, au sein de l'Union, les droits correspondants protégés par la Charte jouissent d'un niveau de protection plus élevé.

Le CEPD considère que l'article 15 de la directive 2002/58 « vie privée » tel qu'interprété par votre Cour établit un niveau de protection plus élevé du droit au respect de la vie privée que celui découlant de la jurisprudence *Big Brother Watch et autres* et *Centrum for Rattvisa*.

En effet, les points 131, 136 et 140 de l'arrêt *La Quadrature du Net* établissent une hiérarchie entre les objectifs d'intérêt général pouvant justifier la conservation de données, par dérogation au principe de confidentialité.

Or, une telle hiérarchie ne ressort pas aussi clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Dès lors, l'on ne saurait considérer cette jurisprudence comme ayant un caractère exhaustif pour l'interprétation de la directive 2002/58 « vie privée » ni qu'elle rejoigne la jurisprudence de votre Cour issue de l'arrêt *La Quadrature du Net*.

Il n'en reste pas moins que certaines justifications évoquées par la Cour européenne des droits de l'Homme dans ses arrêts pourraient être transposées dans le cadre de la lutte contre la criminalité grave. Nous pensons en particulier aux éléments figurant au point 323 de l'arrêt *Big Brother Watch et autres* sur la prolifération des menaces et l'accès à une technologie de plus en plus sophistiquée grâce à laquelle les criminels peuvent communiquer sans être repérés.

J'en viens à votre dernière question relative à l'application des exigences résultant notamment de l'arrêt *Zakharov* de la Cour européenne des droits de l'Homme.

À titre liminaire, le CEPD appelle à la prudence.

En effet, d'une part, les mesures en cause dans l'arrêt *Zakharov* concernaient non seulement les métadonnées mais aussi les données de contenu des communications.

D'autre part, les garanties minimales issues de cet arrêt sont relatives à des mandats d'interception ou des mises sur écoute. Or de telles mesures s'apparentent à la transmission de données aux autorités publiques ou à leur collecte, voire à leur accès par les autorités publiques. Selon votre jurisprudence, en particulier issue des arrêts *Privacy International* et *La*

Quadrature du Net, de telles mesures se distinguent de la conservation de données par des entités privées et d'accès à ces données par une autorité publique telles que les mesures en cause en l'espèce.

Par ailleurs, il convient de relever que la Cour européenne des droits de l'Homme a, dans ses arrêts *Big Brother Watch et autres* et *Centrum for Rattvisa*, adapté ces critères pour tenir compte du caractère général d'une mesure (en l'occurrence les interceptions de masse). Elle exige dès lors uniquement que la loi énonce les motifs pour lesquels une interception de masse pourrait être autorisée et les circonstances dans lesquelles les communications d'un individu pourraient être interceptées.

S'agissant en dernier lieu de l'existence d'un soupçon raisonnable à l'égard des personnes concernées, garantie minimale issue de l'arrêt *Zakharov*, le CEPD relève que l'exigence, aux termes de votre jurisprudence, de l'existence d'un lien entre les personnes affectées par la mesure de conservation et l'objectif poursuivi ne signifie pas qu'il faille nécessairement exiger une implication directe de la personne concernée dans une activité criminelle.

En effet, il n'est pas toujours possible d'identifier à l'avance les personnes concernées dont les données pourront à un moment donné faire partie d'une enquête pénale.

D'ailleurs, votre Cour a déjà admis, au point 168 de l'arrêt *La Quadrature du Net*, que des mesures constitutives d'une ingérence dans les droits à la protection des données et au respect à la vie privée aux fins de lutte contre la criminalité pouvaient ne pas viser uniquement des personnes soupçonnées. À cet égard, le CEPD renvoie en particulier aux critères dégagés au point 165 de votre arrêt sur la conservation rapide des données.

Je vous remercie de votre attention.