



**Commission consultative des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg**

Avis

sur

le

projet de loi 6921 portant

- 1) modification du Code d'instruction criminelle ;**
- 2) modification de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ;**
- 3) adaptation de la procédure pénale face aux besoins liés à la menace terroriste.**

Avis 01/2016

I. Introduction

Conformément à l'article 2 (1) de la loi du 21 novembre 2008 portant création d'une Commission consultative des Droits de l'Homme au Grand-Duché de Luxembourg (CCDH), celle-ci a été saisie par le Ministère de la Justice pour donner son avis sur le projet de loi 6921 portant 1) modification du Code d'instruction criminelle ; 2) modification de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ; 3) adaptation de la procédure pénale face aux besoins liés à la menace terroriste.

Les réactions que le terrorisme suscite varient en fonction du degré de crainte au sein de la population et c'est toujours après de nouveaux attentats que les Etats sont prompts à adopter de nouvelles mesures anti-terroristes.

En janvier 2015, suite aux attentats contre l'hebdomadaire français Charlie Hebdo, le gouvernement luxembourgeois a adopté tout un ensemble de mesures (voir projets de loi 6759, 6761, 6762, 6763¹) visant entre autres à élargir les définitions du terrorisme, à modifier les dispositions concernant la rétention des données de télécommunications à des fins de poursuites pénales et à renforcer la coopération et l'échange d'informations avec les Etats-Unis dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

La CCDH regrette de constater que la plupart des critiques qu'elle avait exprimées au sujet de certaines modifications législatives² n'ont pas été retenues et elle invite le gouvernement à tenir compte de ses recommandations pour les dossiers qui sont encore en cours³.

Depuis les attentats de Paris du 13 novembre 2015, le gouvernement luxembourgeois continue à renforcer son arsenal législatif dans la lutte contre le terrorisme. Ainsi, il y a lieu de noter que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle a commencé à travailler sur la révision de l'article 32 (4) de la Constitution réglementant l'état d'urgence.⁴

A ce sujet, la CCDH tient à rappeler que l'état d'urgence doit toujours rester l'exception et non pas devenir la règle, et que sa mise en œuvre doit systématiquement faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité et de nécessité.

¹ Projet de loi 6761 modifiant le Code pénal et le Code d'instruction criminelle aux fins de mettre en œuvre certaines dispositions de la Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations Unies ;
Projet de loi 6759 portant approbation du " Memorandum of Understanding between the Government of the Grand-Duchy of Luxembourg and the United States of America for the exchange of terrorism screening information ", signé à Luxembourg le 20 juin 2012 ;
Projet de loi 6762 portant approbation de l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave, signé à Luxembourg le 3 février 2012 ;
Projet de loi 6763 portant modification du Code d'instruction criminelle et de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

² Avis 6/2015 sur le projet de loi 6761

³ Projet de loi 6759 et 6762, Projet de loi 6763

⁴ Proposition de révision de l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution, n°6938

Le présent projet de loi a été déposé en décembre 2015 et vise à élargir les pouvoirs d'investigation et d'arrestation des forces de l'ordre, et l'extension considérable de leur pouvoir de collecte et d'utilisation des données à caractère personnel.

Le projet de loi sous avis ne peut pas être examiné isolément, mais doit être mis en relation avec d'autres textes relatifs dans ce contexte. Le texte est ainsi intimement lié au projet de loi 6761⁵, sur lequel la CCDH s'est déjà exprimée et qui est entretemps entré en vigueur⁶, qui modifie le Code pénal luxembourgeois et crée des définitions très floues de terrorisme. Mais il faut aussi faire le lien avec le projet de loi 6758 renforçant les garanties procédurales en matière pénale (voir supra).

Au cours des années précédentes, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sont intervenues à plusieurs reprises pour délimiter les pouvoirs d'ingérence dans les droits individuels et encadrer les mesures prises au nom de la lutte contre le terrorisme.⁷

Dans leur jurisprudence, elles réaffirment inlassablement qu'une ingérence dans le droit individuel ne peut se justifier que si elle est prévue par la loi, si elle vise un but légitime, et si elle est proportionnée au but poursuivi et nécessaire dans une société démocratique pour atteindre cet objectif.

Voilà pourquoi la CCDH insiste à nouveau sur l'importance d'une approche équilibrée face à la menace terroriste. Bien qu'il existe un intérêt légitime pour le Luxembourg d'adapter sa législation aux récents défis créés par la nouvelle ère du terrorisme et la radicalisation de certains citoyens européens, la CCDH insiste pour que chaque réponse que le gouvernement essaiera d'apporter à ce problème complexe soit mesurée par rapport à son impact sur les droits de l'Homme.

L'avis n'entend pas vouloir commenter chaque article, mais il met en exergue des observations générales sur certains points qui aux yeux de la CCDH soulèvent d'importantes questions quant au respect des droits de l'Homme.

II. Analyse du projet de loi

- La terminologie

Les auteurs du projet de loi justifient certaines mesures par la nécessité d'« urgence » et même d'« extrême urgence », sans pour autant donner une quelconque définition de ces notions. Le commentaire des articles reste lui aussi tout à fait muet sur ces notions et selon la lecture qu'en fait la CCDH, les auteurs ne semblent pas juger nécessaire de cadrer ces deux notions pourtant arbitraires. La CCDH se demande ainsi entre autres

⁵ Projet de loi 6761 modifiant le Code pénal et le Code d'instruction criminelle aux fins de mettre en oeuvre certaines dispositions de la Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations Unies

⁶ Loi du 18 décembre 2015, Mémorial A n°250, p. 6156

⁷ Arrêt Digital Rights Ireland and Others, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238 ; Arrêt Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, Zakhov c. Russie, n°47413/06, 4 décembre 2015

quels critères distinguent l' « urgence » de l' « extrême urgence », ou par exemple qui décide s'il s'agit du premier ou du deuxième cas d' « urgence » ? Par conséquent, la CCDH recommande à ce que ces notions soient clairement définies dans le texte afin d'éviter toute interprétation extensible ou restrictive.

- **Le droit d'assistance par un avocat pendant la garde à vue**

L' article 39 (1) du projet de loi, qui, dans le cadre d'une enquête de flagrance portant sur les crimes et délits contre la sûreté de l'État [...] et les actes de terrorisme et de financement de terrorisme [...], permet au juge d'instruction, agissant sur réquisition du procureur d'État, de prolonger le délai de rétention (qui en principe ne peut pas excéder 24 heures) pour les 24 heures suivantes, prévoit à son dernière alinéa : « *Durant la nouvelle période de vingt-quatre heures, la personne a le droit de se concerter confidentiellement, pendant trente minutes, avec son avocat.* »

Cependant la CCDH estime que, afin d'examiner la question d'assistance d'avocat pendant la rétention, il serait utile de faire le lien entre cette disposition et la modification de l'article 39 du Code d'instruction criminelle prévue dans le projet de loi no 6758⁸. Celui-ci prévoit dans son paragraphe (14): « *Dans des circonstances exceptionnelles et à condition que la décision soit proportionnée, strictement limitée dans le temps, non fondée exclusivement sur la nature ou sur la gravité de l'infraction alléguée et ne porte pas atteinte à l'équité générale de la procédure, l'officier de police judiciaire avec accord du procureur d'État peut, compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce: [...], – refuser l'assistance d'un avocat à l'interrogatoire, – refuser la tenue d'un entretien préalable prévu au paragraphe (8) du présent article [l'entretien pendant lequel la personne retenue peut communiquer avec son avocat dans des conditions qui garantissent la confidentialité], – autoriser l'interrogatoire immédiat de la personne retenue même si le délai prévu au paragraphe (9) du présent article n'est pas encore expiré [il s'agit d'un délai d'une heure et demie pendant lequel l'interrogatoire ne peut débuter sans la présence de l'avocat désigné le cas échéant], lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ou lorsque [...] il est impératif d'agir immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement les résultats de l'enquête en cours ou d'une autre enquête ou instruction préparatoire. La décision motivée du procureur d'Etat est confirmée par écrit ».*

A cet égard, la CCDH tient à souligner que la CEDH met un accent très fort sur le droit de se faire assister par un avocat lors de la garde à vue, et ce dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police. Selon la jurisprudence pertinente de la cour strasbourgeoise, « *[p]our que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme demeure suffisamment "concret et*

⁸ Projet de loi renforçant les garanties procédurales en matière pénale portant [...] – transposition de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires; – modification du Code d'instruction criminelle et de son intitulé en « Code de la procédure pénale » [...].

effectif" (...), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (...). Il est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. » (Salduz c. Turquie, arrêt de la Grande Chambre du 27 novembre 2008, § 55).

Un arrêt récent de la CEDH (Ibrahim et autres c. Royaume-Uni, arrêt 16 décembre 2014⁹) confirme que le droit à l'assistance d'un avocat, même s'il n'est pas absolu, ne peut être refusé que dans des circonstances exceptionnelles. Dans cette affaire, qui avait pour objet l'accès tardif des quatre requérants (soupçonnés d'avoir mis à feu quatre bombes dans le réseau de transports publics de Londres) à un avocat et l'admission ultérieure aux procès des intéressés des déclarations faites en l'absence d'un avocat, la CEDH a conclu à la non-violation de ce droit, en estimant que, au moment des premiers interrogatoires des requérants par la police, il existait une menace exceptionnellement grave et imminente pour la sûreté publique, à savoir le risque d'autres attentats, et que cette menace donnait lieu à des raisons impérieuses justifiant de retarder provisoirement l'accès des requérants à un avocat¹⁰.

La CCDH recommande au législateur de prendre dûment en considération cette jurisprudence et de reconsidérer à la lumière de celle-ci la possibilité de refuser l'assistance d'un avocat à l'interrogatoire en raison de la nécessité « *d'agir immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement les résultats de l'enquête en cours ou d'une autre enquête ou instruction préparatoire* ».

En ce qui concerne la durée de l'entretien avec l'avocat, qui a été limitée à trente minutes, la CCDH souhaite citer le commentaire concernant l'article 39 figurant dans projet de loi 6758 [paragraphe (8) de cet article prévoit la même limitation de la durée de l'entretien en ce qui concerne les premiers 24 heures de la rétention]. Le commentaire susmentionné est libellé comme suit : « *Quant à la durée de l'entretien, il y a lieu de constater que la mesure C¹¹ ne contient pas de précisions quant à toute une série de questions qui néanmoins peuvent se poser en pratique. Ainsi l'article 3, paragraphe 2 point a) prévoit que le suspect et son avocat peuvent s'entretenir avant l'interrogatoire mais ne précisent pas pendant combien de temps. Les auteurs ont*

⁹ Cette affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre en juin 2015 à la demande de deux des requérants, et elle est toujours pendante.

¹⁰ Il convient d'ajouter, que dans cette affaire la CEDH a pris également en compte les garanties compensatoires fournies par le cadre législatif national, telles qu'appliquées dans le cas de chacun des requérants, les circonstances dans lesquelles les déclarations avaient été obtenues et leur fiabilité, les garanties procédurales offertes au procès, en particulier la possibilité de contester les déclarations, et la force probante des autres éléments à charge.

¹¹ Il s'agit de la directive 2013/48/UE.

estimé que trente minutes devraient suffire afin de préparer l'interrogatoire et d'échanger les informations».

Aux yeux de la CCDH, la limitation de la durée de l'entretien à un délai unique est inadéquate et permettra des abus. Alors que pour certaines affaires 30 minutes seront suffisantes, pour d'autres ce ne sera pas le cas. Voilà pourquoi la CCDH recommande d'adapter la durée de l'entretien aux circonstances de l'espèce.

Finalement, la CCDH estime aussi qu'en cas de besoin d'un interprète, l'article 39 du Code d'instruction criminelle devrait explicitement prévoir que le temps accordé pour l'entretien avec l'avocat ne commence à courir qu'à partir du moment de l'arrivée de l'interprète.

- **L'enquête sous pseudonyme**

L'Internet n'est pas une zone de non-droit. Dans le domaine de l'enquête sous pseudonyme, le nouvel article 48-26 tel que proposé dans le projet sous avis prévoit d'adapter la poursuite pénale dans le cadre de la lutte antiterroriste aux nouveaux développements sur le Web, surtout sur les réseaux sociaux.

Il s'agit d'autoriser des officiers de police judiciaire actifs dans la lutte contre le terrorisme, le financement du terrorisme, et dans le cas de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, d'utiliser des pseudonymes pour enquêter contre des auteurs présumés, dans le but de détecter des crimes et de rassembler des preuves.

Dans le cas des enquêtes en ligne, il se pose de manière générale la question de savoir dans quelle mesure celles-ci touchent non seulement aux droits de la personne surveillée, mais aussi aux droits des tiers indirectement touchés par ces enquêtes.

Quand par exemple un officier de police judiciaire enquête sous pseudonyme dans un forum, il peut arriver que des tiers se retrouvent dans le champ d'enquête des enquêteurs. Or, il est indispensable que les données de ces personnes doivent, sauf en cas de soupçon concret, être protégées contre toute surveillance. Dans ce sens, la CCDH recommande d'introduire dans le projet de loi des limitations claires et précises en vue de protéger les données desdits tiers. Il est d'autant plus important que les enquêtes sous pseudonyme ne soient menées que par des officiers de police judiciaire spécialement formés et pouvant se prévaloir de l'expérience nécessaire dans ce domaine.

Le texte sous avis ne définit pas clairement non plus ce qu'il faut comprendre par pseudonyme. Les policiers peuvent-ils créer de nouvelles identités ou peuvent-ils utiliser des identités déjà existantes pour leurs enquêtes ? Cette dernière option soulève néanmoins de forts doutes d'un point de vue de la protection des données.

La CCDH salue toutefois le fait que le projet de loi interdit « la provocation policière » : le projet de loi prévoit en effet que les actes commis dans le cadre de l'enquête sous pseudonyme ne peuvent, à peine de nullité, constituer une incitation à commettre des infractions.

Il se pose finalement la question de savoir sous quelle forme l'enquête sous pseudonyme se fera dans les réseaux fermés, où le partage de matériel illégal constitue le billet d'entrée sur ces sites.

- **La surveillance et le contrôle de toutes formes de communication**

Dans son article 1^{er}, point 6, qui vise à modifier l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle (CIC), le projet de loi prévoit que le juge d'instruction peut, sous certaines conditions précisées dans l'article 88-2 ordonner l'utilisation de moyens techniques de surveillance et de contrôle de toutes les formes de communication au moyen de

- la surveillance et du contrôle des télécommunications ainsi que de la correspondance postale
- de la sonorisation de certains lieux ou véhicules et
- de la captation de données informatiques

La CCDH estime que la sonorisation de lieux et ou de véhicules et la captation de données informatiques (appelée communément *mouchard informatique* ou *cheval de Troie gouvernemental*) contiennent un risque considérable d'intrusion dans la vie privée des citoyens.

Voilà pourquoi, la CCDH regrette que le présent projet de loi ne délimite pas suffisamment les personnes qui peuvent être concernées (a), les données à capter et l'utilisation qui en est faite (b), et la sécurité des logiciels utilisés (c) et ne garantit pas de manière suffisante le droit à l'information des personnes concernées.

a) **Les personnes visées**

D'abord, il y a lieu de souligner que les mesures de surveillance, telles que prévues par les modifications à apporter aux actuels articles 88-1 à 88-4 du CIC, ne visent pas seulement les personnes suspectées d'« avoir commis l'infraction ou d'y avoir participé », mais visent également celles qui sont susceptibles « de recevoir ou de transmettre des informations destinées à l'inculpé ou au suspect ou qui proviennent de lui » (art. 88-2 (2)).

A cela s'ajoute le fait que la sonorisation de lieux ou de véhicules, de même que la captation des données informatiques, visent certes les personnes soupçonnées de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat et des actes de terrorisme et de financement de terrorisme, mais en réalité, elles permettent parallèlement de surveiller toutes les personnes qui se trouvent dans l'entourage du suspect ou de l'inculpé, que ce soient les membres de sa famille, son cercle d'amis ou encore toute autre personne qui entrerait en contact avec la personne surveillée.

Néanmoins, la CCDH salue le fait que le projet de loi prévoit une protection particulière pour les personnes liées par le secret professionnel. Elle partage ainsi l'avis de la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) en ce sens que la législation nationale devrait être ajustée davantage afin d'inclure aussi la protection des sources des journalistes et de protéger non seulement les communications de ces personnes, mais aussi les lieux où ces personnes travaillent et où se trouvent les systèmes informatiques qu'ils utilisent.

b) Les données à capter

La captation des données informatiques, telle qu'elle est prévue par le projet de loi sous avis, permet d'avoir accès non seulement aux informations pertinentes pour l'enquête, mais à l'ensemble des données informatiques stockées sur l'ordinateur ou projetées sur l'écran de celui-ci (fichiers sur le disque dur, enregistrements audio et vidéo, captures d'images ainsi qu'aux webcams et aux microphones (le projet de loi vise les « *données informatiques reçues et émises par des périphériques audiovisuels* »).

La sonorisation de lieux ou de véhicules va aussi beaucoup plus loin que la simple surveillance des communications, car elle permet de se faire une image sur la vie quotidienne et de tirer des conclusions concernant la vie privée des personnes surveillées, mais aussi de leur entourage (voir supra).

La Cour constitutionnelle allemande s'est déjà prononcée sur la législation applicable à la sonorisation¹² et aussi celle applicable à la captation des données informatiques¹³, en insistant sur le « Kernbereich » de la vie privée qui doit être particulièrement protégé. En ce qui concerne les fouilles en ligne par le biais des mouchards informatiques, ladite Cour exige la mise en place de certains garde-fous en vue d'encadrer la captation des données et de protéger le « Kernbereich » de la vie privée dans la mesure du possible. Elle insiste d'abord sur un contrôle préventif par un organe neutre et indépendant, comme par exemple l'ordonnance d'un juge.

Ensuite, la Cour demande la mise en place d'un système de protection à deux étapes : Le législateur doit, dans la mesure du possible, éviter la captation des données touchant au « Kernbereich » de la vie privée. Si pourtant il s'avère impossible de différencier entre les données pertinentes pour l'enquête et celles qui touchent l'intimité de la personne et qui doivent rester personnelles, alors la loi doit prévoir suffisamment de garanties lors de la phase d'évaluation. Les données touchant le « Kernbereich » de la vie privée doivent être identifiées après la captation et sont ensuite à détruire. Leur utilisation et transmission doit être interdite.¹⁴

La législation relative à l'Office fédéral de police criminelle (Bundeskriminalamt) a été modifiée en 2009 et tient compte des observations de ladite Cour.¹⁵

Or, la CCDH regrette de constater que le projet de loi sous avis permet au juge d'instruction « *d'ordonner l'utilisation de moyens techniques de surveillance et de contrôle des toutes les formes de communication* », sans poser à cette prérogative une limite quelconque.

La CCDH invite le législateur à prendre en considération la jurisprudence et la législation existante en Allemagne afin de garantir la proportionnalité et la nécessité des mesures envisagées.

Dans ce contexte, la CCDH partage l'avis de la CNPD qui estime nécessaire de préciser dans le Code d'instruction criminelle que l'ordonnance du juge d'instruction doit énoncer quel type de données informatiques peuvent être captées dans chaque cas

¹² Arrêt du 3 mars 2004, 1BvG 2378/98

¹³ Arrêt du 27 février 2008, 1 BvG 370/07

¹⁴ Arrêt du 27 février 2008, 1 BvG 370/07, §257-283

¹⁵ §20k du Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz)

individuel et ce en fonction des besoins spécifiques de l'enquête. Comme le note la CNPD « *une écoute (par le microphone de l'ordinateur) ou une vidéosurveillance (par la webcam de l'ordinateur) de l'intérieur d'un logement n'est pas toujours nécessaire et proportionnée et une autre forme de captation de données informatiques moins intrusive, comme p. ex. un contrôle des documents rédigés par la personne surveillée ou des images affichées sur son écran, peut suffire.* »

c) La sécurité des mesures et le risque d'abus

En ce qui concerne la sécurité des dispositifs techniques utilisés pour la captation des données informatiques, de nombreux exemples dans d'autres pays montrent qu'il existe un grand risque d'abus et de manipulation de ces logiciels.¹⁶

La CCDH constate que le projet de loi laisse de nombreuses questions ouvertes sur les risques de sécurité.

Ainsi, la personne surveillée, si elle se rend compte que ses données sont captées, pourrait facilement changer son comportement pour cacher ses activités ou planter des fausses informations, et il y a même eu des cas où le logiciel a été utilisé pour surveiller les forces de l'ordre même¹⁷. Il faut souligner ici que, une fois un mouchard informatique développé, il n'existe pas de garanties que des logiciels de sécurité ne puissent pas les détecter, ce qui mène à se poser des questions sur la véritable efficacité de ceux-ci, voir même de leur vulnérabilité.

Il est aussi essentiel d'assurer l'intégrité des données informatiques captées pour garantir que ces données ne puissent plus être modifiées ni par la personne suspecte ni par les forces de l'ordre.

La CCDH se demande d'ailleurs si les mouchards informatiques, dont le projet de loi autorise l'utilisation, sont suffisamment protégés contre des infiltrations et virus par des tiers, et elle partage l'avis de la CNPD à ce sujet qui estime primordial de soumettre ceux-ci à un contrôle de qualité par des auditeurs externes et indépendants.

En Allemagne, il s'est avéré en 2011 que le logiciel qui avait été développé par une entreprise privée et utilisé par le « Bundeskriminalamt » (BKA) présentait, d'une part, de sérieuses failles de sécurité, et, d'autre part, possédait des caractéristiques interdites. Suite à ces révélations, les dispositions réglementant les fouilles en ligne par le biais des mouchards informatiques du BKA ont été modifiées et c'est ainsi que le BKA a préféré initier le développement de son propre logiciel. La CCDH déplore le fait que les auteurs du projet de loi n'abordent pas la question de la provenance du logiciel. Y a-t-il un modèle concret qui est déjà prévu ? Est-il prévu pour la police luxembourgeoise de créer son propre logiciel et dispose-t-elle de l'expertise nécessaire ?

¹⁶ Chaos Computer Club, Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht zum BKA-Gesetz und zum Einsatz von Staatstrojanern, 7.07.2015

¹⁷<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/hackerangriff-auf-bundespolizei-fieser-gruss-an-den-neugierigen-papa-a-807820.html>

La CCDH regrette encore une fois de ne pas trouver là aussi de réponse à ses questions ni dans les dispositions du CIC à modifier ni dans le commentaire des articles.

Finalement, la CCDH estime que le délai de 12 mois après la cessation des mesures de surveillance qui est prévu pour la destruction des copies et enregistrements obtenus par ces mesures, est beaucoup trop long.

Dans ce contexte, la CCDH tient à rappeler l'arrêt *Digital Rights Ireland and Others* de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) relatif à la conservation des données qui critique entre autres la durée de conservation trop longue et l'absence d'une obligation de destruction irrémédiable des données au terme de la durée de conservation. La loi luxembourgeoise prévoit déjà un délai de conservation de 6 mois et le projet de loi 6763 a été déposé afin d'adapter le dispositif législatif aux autres exigences de la CJUE.

Si on prend en considération toutes les inquiétudes et les risques relevés ci-dessus, la CCDH ne peut s'empêcher de douter fortement de l'utilisation de ces logiciels. Quoi qu'il en soit, la CCDH estime qu'il est crucial de contrôler l'utilisation de ces logiciels et de les rendre étanches contre d'éventuels abus internes ou externes. C'est une fois de plus que la CCDH constate avec regret que le présent projet de loi n'offre pas de garanties suffisantes en cette matière.

d) Le droit à l'information et les voies de recours

Comme déjà mis en exergue ci-dessus, les personnes surveillées ne sont pas les seules concernées par les mesures de surveillance. Or, le projet de loi vise simplement que la « *personne dont les communications ont été surveillées* » a un droit à l'information, sans préciser pour autant s'il s'agit uniquement des personnes suspectées, ou s'il s'agit également d'autres personnes qui ne sont pas spécifiquement visées, mais potentiellement concernées par ces mesures de surveillance.

La CCDH se réfère ainsi à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 3 mars 2004 relatif à la sonorisation¹⁸ qui accorde un droit à l'information à toute personne concernée par la mesure, notamment toutes les personnes se trouvant dans l'appartement sonorisé ainsi que les personnes l'ayant visité pendant le temps de la sonorisation.

Le projet de loi prévoit que la personne surveillée est informée de la mesure de surveillance « *au plus tard dans les douze mois qui suivent la cessation de prédite mesure* », mais que ce délai ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat ou d'actes de terrorisme.

L'information des personnes concernées pourrait alors dans ces cas-là être ajournée pour une période illimitée. Or, la CCDH estime que le projet de loi devrait prévoir une limite absolue pour le retardement de l'information ainsi qu'un contrôle juridictionnel de cette décision.

Dans ce contexte, la CCDH se réfère aux réflexions de la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 3 mars 2004¹⁹ ainsi qu'à la jurisprudence de la CEDH en la matière. Dans sa jurisprudence constante, la CEDH rappelle que la personne faisant

¹⁸ Arrêt du 3 mars 2004, 1BvG 2378/98

¹⁹ § 304 à 307 de l'arrêt précité du 3 mars 2004

objet d'une mesure de surveillance doit être avisée de celle-ci dès lors que cette notification peut être effectuée sans mettre en danger le but de la restriction. Elle souligne par ailleurs que « la question de la notification ultérieure de mesures de surveillance est indissolublement liée au caractère effectif des recours judiciaires et donc à l'existence de garanties effectives contre les abus des pouvoirs de surveillance ».²⁰

Recommandations

- Introduire une définition des notions « d'**urgence** » et « d'**extrême urgence** » dans le projet de loi.
- Garantir le droit d'**assistance par un avocat** lors de la garde à vue et prendre en considération la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme y relative.
- En cas de besoin d'un interprète lors de l'entretien avec l'avocat, prévoir que le temps accordé pour l'entretien ne commence à courir qu'à partir du moment de la présence de l'interprète auprès du suspect.
- Introduire des **limitations claires** en vue de **protéger les données des tiers** indirectement concernés par les enquêtes sous pseudonyme.
- Définir dans le projet de loi la notion de « pseudonyme ».
- S'assurer que les enquêtes sous pseudonyme ne soient menées que par des **officiers de police judiciaire spécialement formés** et ayant **l'expérience nécessaire**.
- Mettre en place des **garanties suffisantes pour protéger le « Kernbereich » de la vie privée** dans le cadre de la captation des données informatiques et de la sonorisation de lieux ou de véhicules.
- **Limiter davantage le champ d'application personnel** des mesures de surveillance des communications prévues par le projet de loi.
- Prévoir que l'ordonnance du juge d'instruction doit **énoncer quel type de données informatiques peuvent être captées** dans chaque cas individuel et ce en fonction des besoins spécifiques de l'enquête.
- Contrôler l'utilisation des logiciels informatiques et **prévoir un mécanisme de protection** dans la mesure du possible **contre des abus internes et externes**.
- **Garantir l'intégrité des données informatiques captées** pour garantir que ces données ne puissent plus être modifiées par la suite.
- **Raccourcir le délai** prévu, après la cessation des mesures de surveillance, **pour la destruction des documents obtenus**.
- Accorder un **droit à l'information à toute personne concernée** par les mesures de surveillance.
- Assurer le droit effectif à l'information, après la cessation des mesures de surveillance et dans ce cadre, prévoir une limite absolue pour le retardement de l'information des personnes concernées ainsi qu'un contrôle juridictionnel.

Adopté lors de l'assemblée plénière du 9 mars 2016

²⁰ Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, §58, série A n° 28 ; Weber and Saravia c. Allemagne, n° 54934/00, §135, 29 juin 2006 ; Zakharov c. Russie, n°47413/06, §287, 4 décembre 2015 ; Szabó et Vissy c. Hongrie, n°37138/14, §86, 12 janvier 2016