

● Focus

9 Bataille politique autour de SWIFT : la lutte contre le terrorisme doit compter avec le respect de la vie privée

André PRÜM,
doyen de la faculté de droit d'économie et de finance de l'université
du Luxembourg

L'espoir de l'administration américaine de continuer à avoir accès aux données sur les transactions bancaires européennes transmises via le réseau SWIFT aux fins de la lutte contre le terrorisme vient d'être déçu. Par une résolution du 11 février 2010, le Parlement européen a rejeté l'accord intérimaire entre l'Union européenne et les États-Unis, signé le 30 novembre 2009.

Les inquiétudes exprimées en Europe, quant à la question du maintien des garanties relatives à la protection des données obtenues dans le cadre de l'accord de 2007 arrivé à échéance, étaient loin d'être dissipées (J.-P. Mattout, A. Prüm, *Chronique droit bancaire, SWIFT : la protection des données à caractère personnel des citoyens reste-t-elle assurée ? : Dr. et patrimoine avr. 2010*). La décision du Parlement européen, largement médiatisée, ne surprend pas, même si elle signe une évolution importante du contrôle que celui-ci entend dorénavant exercer sur les accords internationaux négociés dans les domaines de la coopération judiciaire et policière (ancien pilier III) au nom de l'Union européenne. N'est-ce d'ailleurs pas précisément parce qu'elle redoutait que le Parlement use pleinement de cette nouvelle compétence, qui lui est reconnue par le traité de Lisbonne, que le Conseil s'était pressé d'approuver l'accord la veille de l'entrée en vigueur du nouveau traité en espérant éviter un veto du Parlement (Cons. UE, déc. n° 2010/16/PESC/JAI, 30 nov. 2009, relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis d'Amérique aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme : JOUE n° L 8, 13 janv. 2010, p. 9 à 16). Le vote massif (378 voix contre, 196 pour et 31 abstentions) par lequel celui-ci a rejeté l'accord n'en est que plus significatif.

Pour retracer brièvement le contexte, rappelons que la société coopérative de droit belge SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*) exploite un système de communication qu'utilisent très largement les banques, les institutions financières et leurs clients pour opérer les transferts internationaux de fonds. SWIFT était organisé autour d'un centre d'exploitation mondial situé aux Pays-Bas et la sauvegarde des informations traitées dans une base de données située en Virginie aux États-Unis. Contraints par le programme de traçage des transactions financières mis sur pied par le Trésor américain (*Terrorist Finance Tracking Programme* ou TFTP), les bureaux américains de SWIFT avaient été obligés de communiquer au bureau américain de contrôle des avoirs étrangers les données concernant les transactions initiées depuis l'Europe mais stockées en Virginie. Face aux critiques exprimées en Europe, en particulier par le « groupe de l'article 29 » de la directive sur la protection des données personnelles (PE et Cons. UE, dir. 95/46/CE, 24 oct. 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 données), le département du Trésor américain avait dû prendre l'engagement formel en 2007 d'exploiter ces données exclusivement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et de ne pas conserver les données dont il ne faisait pas usage à cette fin.

Sensible aux craintes européennes, SWIFT avait par la suite décidé de modifier l'architecture de son système informatique en supprimant la duplication systématique des données recueillies en Europe vers un serveur installé aux États-Unis. Du coup, ces données échappaient à l'emprise des autorités américaines ce qui n'arrangeait pas plus ces dernières que la Commission et les gouvernements européens, intéressés à bénéficier des renseignements distillés par le Trésor américain à partir de ces données dans le cadre du TFTP (V. en ce sens, *Rapport établi pour la Commission par l'ancien juge anti-terroriste Jean-Louis Bruguière*). L'accord conclu le 30 novembre 2009 devait réparer cette situation en restaurant au bureau américain de contrôle des avoirs étrangers le droit d'obtenir communication des données que possède SWIFT sur les transactions bancaires européennes.

Encore fallait-il compter avec le nécessaire respect de la vie privée et en particulier la protection des données à caractère personnel en offrant aux citoyens européens les garanties auxquelles ils peuvent légitimement s'attendre au regard tant de la Convention européenne des droits de l'Homme que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le Parlement européen avait prévenu la Commission, dans une résolution du 17 septembre 2009, qu'il attendait des États-Unis des assurances précises quant à la finalité de la transmission des données, l'information des personnes dont les données sont traitées et l'existence de voies de recours effectives. Par son veto, il signale que les garanties obtenues sont insatisfaisantes. À bien y regarder, l'accord intérimaire du 30 novembre 2009 pêche effectivement par des lacunes significatives.

S'appuyant sur une vaste lutte contre le terrorisme, dont les contours restent plus que flous dans la législation américaine, la transmission des données ne répond tout d'abord pas à une finalité définie avec le degré de précision nécessaire pour permettre un véritable contrôle d'opportunité.

Dans la même lignée, l'accord semble faire fi de l'exigence de proportionnalité qui pourtant constitue une condition essentielle de toute atteinte au respect des droits fondamentaux. Si la Convention européenne des droits de l'Homme ménage en son article 8-2 une exception au respect de la vie privée (voir également l'article 52-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) insiste à juste titre sur le fait que « le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques (...). Les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction (...). Dans le contexte de l'article 8, cela signifie qu'il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1 et la nécessité, d'après le paragraphe 2, d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble » (CEDH, 6 sept. 1978, n° 5029/71, *Klass et a. c/ Allemagne*). Des transferts massifs et indifférenciés de données ne satisfont certainement pas à cette exigence (CEDH, 25 févr. 1993, n° 12661/87, *Mialhe c/ France*). Or, c'est précisément ce que tend à autoriser l'accord relatif à SWIFT, dans la mesure où le système ne permet apparemment pas de rechercher des données de manière ciblée mais seulement la communication de paquets d'informations ayant trait à des séries entières de transactions.

Se contentant d'inscrire le transfert des données dans un contexte plus que d'en fixer le cadre, l'accord pêche enfin de ne pas prévoir les garanties indispensables pour prémunir et réparer d'éventuels abus. Ainsi, manque-t-il d'organiser avec la précision attendue les droits

d'accès, de rectification et de recours de la personne concernée, de fixer la durée de conservation des données ou d'instaurer des procédures de contrôle pour veiller au respect de la finalité du transfert.

Plus que des imperfections, ce sont les conditions essentielles de l'accord qu'il s'agit de revoir. L'utilité sans doute incontestable d'un accès aux données relatives aux transactions bancaires que détient SWIFT dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ne suffit pas à justifier les atteintes à la vie privée qu'implique un tel accès. Le Parlement européen est parfaitement dans son rôle en rappelant à la Commission et au Conseil qu'un État de droit ne peut s'affranchir du respect des droits fondamentaux de chaque citoyen sans prendre de grandes précautions. La démonstration du caractère indispensable de

l'atteinte, le respect du principe de proportionnalité et l'existence de voies de contrôle et de recours effectives constituent des impératifs non négociables. La lutte contre le terrorisme pas plus d'ailleurs que celle contre le blanchiment ou la fraude fiscale ne doit conduire à l'usage de moyens qui violent les bases d'une société démocratique (Cf. CEDH, 6 sept. 1978, *Klass, préc.* – V. également CEDH, 4 mai 2000, n° 28341/95, *Rotaru c/ Roumanie*).

Mûs par un souci d'efficacité, les gouvernements n'ont pas toujours suffisamment égard aux droits fondamentaux et tout particulièrement au respect de la vie privée. Sur le plan européen, dans les domaines sensibles de la coopération judiciaire et policière ils devront dorénavant compter avec le contrôle du Parlement européen.

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN

Éditions Larcier, 2010

par Philippe-Emmanuel PARTSCH

L'ouvrage est la première synthèse de l'ensemble du droit bancaire et financier européen. La matière est traitée de manière systématique au travers de cinq thèmes : l'objet de l'activité bancaire et financière, les intermédiaires financiers (établissements de crédit, entreprises d'investissement, OPCVM...), les infrastructures financières (marchés financiers, systèmes de compensation-règlement-livraison, systèmes de paiement), les règles européennes applicables à l'activité bancaire et financière (droit de la concurrence, droit de la consommation, prévention du blanchiment...) et les régulateurs financiers.

Pour faciliter sa bonne compréhension, l'exposé de la réglementation est précédé d'un aperçu de droit européen général. Celui-ci présente le cadre matériel et institutionnel dans lequel s'insère et duquel procède la réglementation bancaire et financière européenne. Y sont notamment présentés les libertés de circulation pertinentes, l'Union économique et monétaire, les compétences normatives de la Communauté en matière bancaire et financière, la procédure législative de codécision, la comitologie et le processus Lamfalussy... L'ouvrage se veut un outil pratique et didactique, enrichi de nombreux documents.