

Communication de M. Robert Badinter sur SWIFT à la suite de l'examen de l'accord par la Commission des affaires européennes du Sénat

Le transfert de données financières : quelle efficacité dans la lutte contre le terrorisme ?

M. Badinter a interrogé le Gouvernement qui fait valoir qu'accéder aux messages des virements bancaires effectués dans le monde permettrait une grande efficacité dans les enquêtes financières (pas seulement terroristes d'ailleurs). Cela autoriserait notamment à contourner les juridictions non coopératives (c'est-à-dire les « paradis fiscaux ») et de remonter facilement des flux bancaires sans devoir passer par l'obstacle de la connaissance préalable des comptes bancaires et de leur exploitation. Il prend acte de ces affirmations, tout en soulignant néanmoins qu'une évaluation plus concrète et contradictoire serait nécessaire.

Le contenu de l'accord

1. La finalité de la transmission des données

L'accord prévoit bien que la lutte contre le terrorisme et son financement sera la finalité exclusive de la transmission des données SWIFT. Le Sénat prend acte de cette garantie qui est essentielle.

Le Sénat avait aussi émis des réserves sur une transmission en masse des données « *potentiellement intéressantes* ». M. Badinter observe que l'accord précise que la demande de transmission devra recenser « *aussi clairement que possible* » les données nécessaires, expliquer clairement en quoi les données sont nécessaires et être adaptée « *aussi strictement que possible* » pour réduire au maximum le volume des données demandées. Pour autant, l'accord ne garantit pas que seules des données pertinentes seront transmises aux autorités américaines et que seront exclus les transferts « en vrac » de données selon M. Badinter. Le Gouvernement lui a fait observer que c'est en pratique impossible. Le TFTP repose sur le fonctionnement suivant : des messages concernant principalement une zone géographique (par exemple les messages entre le Soudan et l'Iran) sont transférés en bloc, depuis les Pays-Bas, dans la base de données TFTP, système permettant de passer des requêtes d'interrogation. Il y aurait 15 millions de messages transmis chaque mois d'Europe vers les États-Unis. Mais ce sont des messages « fermés » dont on ne connaît pas le contenu. Il rappelle que le Sénat avait demandé l'exclusion pure et simple de données sensibles du projet de PNR européen. Le Gouvernement fait valoir que la « typologie SWIFT » exclut *a priori* ces données. On peut néanmoins avoir des doutes compte tenu de la formulation laconique de l'accord sur ce point. Il aurait été préférable d'exclure leur transmission pour M. Badinter.

2. La définition et le rôle des autorités compétentes pour la transmission des données

Selon la résolution du Sénat, la qualité et les missions qu'aura l'autorité européenne responsable de la transmission des données doivent être définies précisément. Cette autorité doit pouvoir exercer un contrôle effectif sur la conformité des demandes aux

conditions posées par le projet d'accord et par l'accord bilatéral sur l'entraide judiciaire. Le gouvernement français avait pour sa part préconisé la création d'une sorte d'autorité indépendante européenne, à la tête de laquelle aurait été nommé un magistrat ou une personnalité éminente. Ce n'est pas le choix qui a été fait par la Commission européenne qui a imposé la solution Europol dans l'accord.

3. La conservation des données et le partage de l'information

La faculté de transférer les données à des services issus d'États tiers ne va pas sans susciter de fortes interrogations sur les garanties qui pourront être obtenues sur l'utilisation des données et leur respect assuré. M. Badinter rappelle qu'à la demande de la France, une déclaration du Conseil annexée à l'accord intérimaire précisait que celui-ci « *est sans préjudice d'aucune des dispositions de l'accord à long terme, en particulier en ce qui concerne (...) la transmission de données aux États tiers.* »

Le Gouvernement fait valoir qu'il semble difficile, à partir du moment où des données extraites de la base TFTP présentent un intérêt dans la lutte contre le terrorisme, d'interdire purement et simplement leur transmission à des pays tiers et qu'en outre l'autorisation préalable de l'État membre concerné par les données sera requis. C'est en effet une garantie appréciable mais pas suffisante à mes yeux.

4. Le délai de conservation des données

L'accord prévoit que les données non extraites devront être effacées cinq ans après leur transmission. Pour l'efficacité du système, il est important de pouvoir bénéficier des données sur une période de temps significative. En outre, l'accord prévoit qu'une évaluation sera faite de la pertinence d'une conservation des données sur cette durée.

5. Le droit des personnes concernées

L'accord prévoit un droit d'accès aux données ainsi qu'un droit de rectification, d'effacement ou de verrouillage. Il précise que le Trésor américain ne prévoit pas l'exploration de données (*data mining*) ni aucun autre type de profilage ou de filtrage ; les recherches sur ces données devront s'appuyer sur des éléments de preuve préexistants ; les données devront être conservées dans un environnement sécurisé et stockées de manière séparée ; l'accès sera limité aux analystes enquêtant sur le terrorisme.

L'accord marque un grand progrès sur ce point. Le droit de recours administratif est garanti. Le recours judiciaire le sera aussi de façon indirecte. Si le recours administratif a échoué, un recours judiciaire pourra être introduit, sans aucune discrimination liée à la résidence ou à la nationalité du demandeur.

6. La supervision et l'évaluation de l'accord

L'accord prévoit l'intervention de réviseurs indépendants chargés de contrôler en temps réel le respect des conditions d'accès et d'interrogation à la base de données TFTP. Parmi ces réviseurs, il y aura une « personnalité désignée par la Commission européenne, en accord avec les États-Unis et sous réserve des habilitations de sécurité appropriées ». C'est une garantie importante.

7. L'accès des parlements nationaux aux évaluations

L'accord prévoit qu'à la suite du réexamen conjoint, un rapport est adressé au Conseil et au Parlement européen sur le fonctionnement de l'accord. Il paraît indispensable que les parlements nationaux aient eux-mêmes accès à ce rapport. Le Gouvernement a assuré qu'il serait transmis au Sénat.

8. La dénonciation de l'accord et la suspension du transfert de données

L'accord restera en vigueur pour une durée de cinq ans et sera automatiquement reconduit pour de nouvelles périodes d'un an, sauf intention contraire exprimée par l'une des parties. Cette reconduction automatique chaque année de l'accord peut paraître difficilement conciliable avec la volonté de procéder à une évaluation approfondie de sa mise en œuvre. Cependant, pendant la durée de l'accord, la Commission européenne, avec la coopération des États-Unis, entreprendra une étude sur l'introduction d'un système équivalent propre à l'Union européenne « *permettant un transfert plus ciblé de données* ». La mise en place d'un tel système européen entraînerait une consultation des parties sur l'adaptation de l'accord avec les États-Unis.

Par ailleurs, l'accord permettra à l'Union européenne de suspendre le transfert des données financières lorsque les obligations ne seront pas respectées. Enfin, l'accord pourra être dénoncé.

Pour conclure, M. Badinter croit qu'il faut souligner les progrès accomplis dans ce nouvel accord pour renforcer les garanties sur la protection des données et les droits des personnes concernées. Il faut y voir l'effet du rôle joué par le Parlement européen qui, devant donner son approbation préalable, est désormais en mesure d'exprimer ses propres exigences pour que soit assuré le respect des droits fondamentaux.

Cela étant il faut déplorer certains choix qui ont été faits, en particulier celui d'Europol pour examiner les demandes de transfert de données.

Au-delà, les conditions de supervision de l'accord et son réexamen conjoint seront essentiels. De même, il faudra être très vigilant sur les démarches engagées par la Commission européenne en vue de mettre en place un système européen équivalent permettant un transfert plus ciblé de données.