



Bruxelles, le 17 mars 2022
(OR. fr)

Dossiers interinstitutionnels:
2018/0108(COD)
2018/0107(COD)

7106/22

LIMITE

COPEN 88
JAI 327
CYBER 78
JAIEX 24
ENFOPOL 122
TELECOM 97
DATAPROTECT 67
EJUSTICE 36
MI 184
CODEC 276

NOTE

Origine: la présidence
Destinataire: Comité des représentants permanents

N° doc. préc.: WK 15725/21
6323/22 + COR 1

Objet: Accès aux preuves électroniques
- Approbation d'une lettre

Le comité des représentants permanents est invité à approuver la lettre en annexe, afin qu'elle soit envoyée, au nom du Conseil, à Mme Sippel, rapporteure du Parlement européen.

Bruxelles,

Ms Birgit SIPPEL
Rapporteuse de la commission LIBE
Parlement européen
Rue Wiertz 60
1047 BRUXELLES

Madame,

Je vous écris au nom du Conseil au sujet de l'ensemble législatif « Preuve électronique » composé de deux propositions législatives, un règlement et une directive, relatifs à l'accès à cette preuve électronique dans les procédures pénales.

Le trilogue politique du 1^{er} mars 2022 a été l'occasion, pour chacun d'entre nous, d'exprimer notre intérêt commun pour une conclusion rapide de ces négociations, portant sur des instruments que nous considérons tous deux comme indispensables. Nous sommes également convenus que notre discussion devrait être animée par deux objectifs principaux : la préservation de l'efficacité des enquêtes et le respect des droits fondamentaux.

Depuis le mois de février 2021, les présidences portugaise et slovène ont mené un travail important sur ce dossier. La Présidence française a poursuivi ces efforts en engageant un travail approfondi et intense au sein du Conseil, tant au niveau technique qu'au niveau politique, afin d'adresser au Parlement une proposition de compromis. Dans cette perspective, nous avons examiné avec attention les propositions que vous nous avez transmises le 20 décembre 2021 et le 2 février 2022 ainsi que votre lettre du 16 février dernier. Ces propositions ont été présentées au Conseil qui les a examinées dans le détail.

Au cours du dernier trilogue politique, la Présidence s'était engagée à répondre par écrit à ces propositions du Parlement. Cette lettre contient ces réponses et dessine, par ailleurs, des pistes de compromis sur d'autres sujets.

Le Conseil défend activement une approche globale dans ce dossier : tous les sujets y sont liés les uns aux autres et les sujets les plus contentieux ne peuvent donc être isolés. Nous considérons que les négociations sur ces sujets contentieux peuvent être menées de façon transversale, en même temps que les négociations sur d'autres sujets, afin de trouver plus aisément un équilibre sur tous les aspects du texte.

Les lignes principales de notre proposition de compromis sont détaillées ci-dessous. Ces lignes doivent être comprises comme un tout : elles reflètent un point d'équilibre parmi toutes les positions des Etats membres. Ces derniers ont exigé, pour avancer, l'obtention de certaines garanties.

Avant d'étayer ces lignes de compromis, je souhaitais insister sur le fait que ces propositions constituent des pas décisifs pour le Conseil par rapport à la position qu'il avait adoptée lors de son orientation générale. Le pas le plus significatif que le Conseil pourrait faire vers le Parlement serait de confier à l'autorité notifiée le droit de s'opposer à l'injonction qui lui a été transmise. Dans l'orientation générale, l'autorité notifiée était consultée mais elle ne pouvait s'opposer à l'injonction. Ce droit d'opposition renverserait donc l'équilibre initialement retenu au sein du Conseil. Le Conseil ne pourrait donc consentir une telle avancée que dans un contexte où le champ de la notification serait limité à ce qui est strictement nécessaire et proportionné.

Par souci de clarté, les propositions du Conseil sont divisées en cinq objectifs principaux (champ d'application, droits fondamentaux, exécution et traitement des preuves recueillies).

Une définition précise du champ des instruments.

En réponse aux propositions du Parlement, le Conseil pourrait envisager d'accepter :

- La précision du champ d'application de la directive et notamment une liste limitative des instruments auxquels cette directive serait applicable;
- L'emploi des notions « d'établissements principaux » et de « représentants légaux » pour qualifier les destinataires des injonctions, sous réserve qu'une flexibilité soit accordée afin de couvrir toutes les situations opérationnelles et les besoins.

Le Conseil maintient sa position sur :

- Une définition des fournisseurs de services qui ne serait pas limitée aux seuls responsables de traitement;
- L'emploi du terme « preuve électronique » et non celui d' « information électronique ».

Le Conseil a identifié plusieurs sujets sur lesquels les positions du Parlement et du Conseil sont d'ores et déjà convergentes de sorte qu'ils pourraient être travaillés afin de dégager des accords provisoires :

- L'exclusion du champ d'application du règlement des situations où le fournisseur de services et la personne dont les données sont recherchées se situent sur le même Etat membre que l'autorité judiciaire recherchant ces données;
- La définition des injonctions de production et de préservation;
- La nature des autorités judiciaires pouvant émettre des injonctions en fonction des catégories de données concernées;
- La nature des infractions pour lesquelles ces injonctions peuvent être émises.

Un régime de notification équilibré.

En réponse aux propositions du Parlement, le Conseil pourrait envisager d'accepter :

- Un régime unique pour les données de trafic et les données de contenu, sous réserve des autres conditions fixées dans ce chapitre;
- Un pouvoir d'opposition de l'autorité notifiée ;
- Une liste limitée de motifs de non-exécution (notamment les immunités et privilèges, la liberté d'expression et la liberté de la presse, et le respect des droits fondamentaux, dans une rédaction qui reflèterait la jurisprudence de la CJUE sur la question).

Le Conseil maintient sa position sur :

- L'absence de notification lorsqu'il n'y a pas de « *raisons de penser que la personne dont les données sont recherchées ne réside pas* » sur le territoire de l'Etat d'émission. Ce principe étant particulièrement important pour les Etats membres. Si nécessaire, il pourrait être envisagé de clarifier la formulation retenue pour cette condition.

Le Conseil a identifié plusieurs sujets sur lesquels les positions du Parlement et du Conseil sont d'ores et déjà convergentes de sorte qu'ils pourraient être travaillés afin de dégager des accords provisoires :

- L'absence de notification pour les injonctions de préservation ;
- L'absence de notification pour les injonctions de production portant sur les données de souscription et les données de trafic destinées à la seule identification de l'utilisateur.

Des droits de la personne garantis.

En réponse aux propositions du Parlement, le Conseil pourrait envisager d'accepter :

- Un droit pour les fournisseurs de services de signaler certaines injonctions à l'autorité compétente dans l'Etat d'exécution sous réserve que cette possibilité soit strictement limitée (nombre limité de motifs de signalement et seulement pour les situations donnant lieu par ailleurs à une notification de cette autorité dans l'Etat d'exécution) et qu'elle s'accompagne du même signalement auprès de l'autorité d'émission;
- Un principe d'information de la personne dont les données sont recherchées sous réserve que des dérogations soient précisément prévues pour préserver l'efficacité des enquêtes.

Le Conseil maintient sa position sur :

- Les recours doivent être principalement disponibles dans l'Etat d'émission. En toute hypothèse, le Conseil ne pourrait pas accepter plus que ce que prévoit la directive relative à la décision d'enquête européenne sur ce sujet.

Des modalités d'exécution efficaces.

En réponse aux propositions du Parlement, le Conseil pourrait envisager d'accepter :

- Le délai de huit heures pour les situations d'urgence;
- L'objectif d'un système d'échanges européen partagé, en lien avec les initiatives de la Commission sur la numérisation, à condition que l'application du règlement « preuve électronique » ne soit pas subordonnée à la mise en place effective d'une telle plateforme;

- Une discussion au niveau technique sur les propositions du Parlement au sujet des conflits de loi. Le Conseil sera prudent sur le rôle accordé à l'autorité compétente de l'Etat tiers afin qu'il n'entraîne pas les mêmes difficultés que celles rencontrées dans les procédures actuelles d'entraide pénale internationale.

Le Conseil maintient sa position sur :

- Le remboursement des coûts : ils ne peuvent être remboursés par l'Etat d'émission que si cet Etat les rembourserait en application de son droit national dans des situations nationales;
- La nature des sanctions applicables en cas de non-exécution par un fournisseur de services (pourcentage du chiffre d'affaires total au niveau mondial).

Le Conseil a identifié plusieurs sujets sur lesquels les positions du Parlement et du Conseil sont d'ores et déjà convergentes de sorte qu'ils pourraient être travaillés afin de dégager des accords provisoires :

- La procédure pour désigner les représentants des fournisseurs de service (directive);
- Les sanctions en cas d'absence de désignation de ces représentants (directive);
- La désignation d'autorités centrales pour la transmission et la réception des injonctions et des notifications (et ce, grâce à la proposition du Parlement qui reprend cet élément de l'orientation générale du Conseil – règlement).

Un traitement respectueux des preuves obtenues.

En réponse aux propositions du Parlement, le Conseil pourrait envisager d'accepter :

- Une référence aux règles applicables à l'effacement des données (directive « police-justice ») sans qu'une disposition ad hoc soit ajoutée à ce sujet dans la partie opérationnelle du règlement;
- Une référence aux règles applicables à l'admissibilité des données, qui sont les règles nationales de l'Etat d'émission, sans qu'une disposition ad hoc soit ajoutée à ce sujet dans la partie opérationnelle du règlement

Le Conseil maintient sa position sur :

- Le fait que la préservation des données dans le cadre d'une injonction de production doit pouvoir se faire tant qu'elle est nécessaire à la production effective de ces données, sans limitation par des délais chiffrés;
- Le fait que la limitation de l'utilisation des données (principe de spécialité) doit être respectueux du cadre applicable (directive « police-justice ») et des spécificités du règlement.

J'espère que vous apprécierez les efforts de compromis contenus dans cette proposition d'ensemble, qui démontrent la volonté du Conseil d'avancer le plus rapidement possible dans cette négociation.

L'équipe de négociation du Conseil se tient à votre disposition pour organiser dès que possible des échanges techniques afin d'expliquer et illustrer nos propositions.

Comme évoqué lors de notre rencontre le 1^{er} mars, nous pourrions envisager l'organisation d'un nouveau trilogue politique au début du mois d'avril afin de discuter des sujets les plus politiques. Lorsque nous aurons pu dégager de nouvelles positions convergentes, nos équipes pourront travailler à la rédaction précise d'articles amendés que je soumettrai au Conseil pour accord.

Veillez agréer, Madame, l'expression de mes respectueux hommages.

COURTESY TRANSLATION

Madam,

On behalf of the Council, I am writing to you regarding the “e-evidence package” comprising the proposals for a Regulation and a Directive on the access to electronic evidence in criminal proceedings.

The political trilogue on 1st March 2022 was the occasion for both of us to voice our common interest in the swift conclusion of our negotiations on these instruments that we both consider to be crucial. We also agree that two main objectives should drive our discussion: the preservation of the efficiency of investigations and the respect for fundamental rights.

Since February 2021, the Portuguese and Slovenian Presidencies undertook important work on this file. The French Presidency has pursued these efforts by engaging in an in-depth and intense work within the Council, at technical and political level, to formalise a compromise proposal to the European Parliament. With this in mind, we have carefully considered the proposals you have sent to the Council on 20 December 2021, and on 02 February of this year together with your letter of 16 February. They have been presented to the Council which scrutinised them in detail.

During the last political trilogue, the Presidency undertook to respond to the Parliament in writing. Consequently, by this letter, the Council is reacting to your proposals and conveying, at the same time, avenues for compromise on other subjects.

The Council strongly supports a global approach as all the subjects are intertwined, and therefore the most contentious issues should not be singled out. We believe the negotiation on those issues can be conducted comprehensively, together with the other subjects, to achieve a more manageable balance between all aspects of the text.

The main lines of our compromise proposal are detailed below. These lines should be taken as a whole and represent a carefully stricken balance between the positions of Member States which expressed the need for certain guarantees. At this stage, these lines are avenues to discuss with you.

Before detailing these lines, I would like to insist that these proposals constitute major steps for the Council from the position it adopted in its General Approach. The most significant step towards the Parliament would be the possibility offered to the notified authority to oppose the execution of an order. In the General Approach, the notified authority was consulted but could not refuse this execution. This right to refuse execution would overturn the balance initially adopted by the Council. The Council would consider this step forward, in the case of the scope of the notification being limited to what is strictly necessary and proportionate.

For clarity, the main lines of the Council's compromise package are divided into five main objectives (scope, notification, individual rights, enforcement and processing of the evidence gathered).

The precise definition of the scope of the instruments.

In response to your proposals, the Council could consider accepting:

- Precisions on the scope of the Directive notably with a restrictive list of the instruments to which the Directive would be applicable;
- The use of the concepts of “main establishments” and “legal representatives” concerning the addressees, on the condition that there is flexibility to cover all operational situations and needs.

The Council maintains its position on:

- A definition of the scope of service providers not limited to data controllers;
- The use of the terms “electronic evidence” rather than “electronic information”.

The Council has identified several subjects on which the Parliament and the Council are already convergent and should work on provisional agreements:

- Exclusion from the scope of the Regulation of the situations where the service provider and the person whose data are sought are located on the territory of the Member State where the judicial authority seeking the data is also located;

- Definition of production and preservation orders;
- Nature of the issuing authorities depending on data categories;
- Nature of the offences for which an order may be issued.

A balanced notification.

In response to your proposals, the Council could consider accepting:

- A single regime for traffic data and content data subject to conditions expressed in this section;
- A right for refusal for the notified authority;
- A limited list of grounds for refusal (such as immunities and privileges, freedom of expression and freedom of the press, respect of fundamental rights in line with the case-law of the Court of Justice).

The Council maintains its position on:

- The absence of notification when there are no “*grounds to believe that the person whose data are sought is not residing*” on the territory of the issuing State. This principle is of the utmost importance for the Council. If necessary, it could consider clarifying the drafting of this condition.

The Council has identified several subjects on which the Parliament and the Council are already convergent and should work on provisional agreements:

- Absence of notification for preservation orders;
- Absence of notification for production orders on subscriber data and traffic data for the sole purpose of identifying the user.

Guarantees for individual rights.

In response to your proposals, the Council could consider accepting:

- A right for the service provider to flag some orders to the authority in the executing State provided this possibility is strictly limited (limited grounds to flag, only for situations where notification applies) and also entails information to the issuing authority;
- Information to the person whose data is sought as a principle, provided that an exception is precisely established to preserve the efficiency of investigations.

The Council maintains its position on:

- The fact that legal remedies must be primarily available in the issuing State. In any case, the Council would not be able to accept more than the provision on that subject in the EIO Directive.

Effective enforcement procedures.

In response to your proposals, the Council could consider accepting:

- The 8-hour deadline as regards emergency cases;
- The objective of a common European exchange system, in coherence with the digitalisation initiatives of the Commission, provided that the application of the Regulation is not subject to the entry into force of such a system;
- A discussion at technical level on the proposals of the Parliament on conflicts of law: The Council will be cautious about the role of the competent authority in the third State to avoid reintroducing the shortcomings occurring in the current mutual legal assistance procedures.

The Council maintains its position on:

- The reimbursement of costs: they should only be reimbursed by the issuing State when it would do so under its national law for national orders;
- The nature of the sanction in case of non-execution by the provider (% of the total worldwide annual turnover).

The Council has identified several subjects on which the Parliament and the Council are already convergent and should work on provisional agreements:

- The procedure for designating representatives of service providers (Directive);
- Sanctions for failure to designate representatives (Directive);
- The designation of central authorities for transmission and receipt of orders and notifications (thanks to the EP's step toward the Council on that issue - Regulation);

Compliant processing of the evidence gathered.

In response to your proposals, the Council could consider accepting:

- A reference to the rules applicable to the erasure of data (LED Directive) without adding a new ad hoc provision in the operative part of the Regulation;
- A reference to rules applicable to the admissibility of data (national rules of the issuing State) without adding a new ad hoc provision in the operative part of the Regulation.

The Council maintains its position on:

- The fact that the preservation of the data requested in a production order should continue for as long as it is necessary and proportionate to enable the production order to be executed (no need for fixed time limits);
- The fact that the limitation of the use of the data obtained should be compliant with the LED Directive and with the specificities of the Regulation.

I hope you will appreciate the compromise efforts contained in this proposal, which demonstrate the Council's willingness to move forward as quickly as possible in the negotiations.

The Council negotiating team is at your disposal to organise as soon as possible technical meetings to explain and illustrate our proposals.

As suggested on 1st March, we could envisage to hold a political trilogue, based on those exchanges, at the beginning of April to discuss the more political and sensitive issues. Once we have agreed on convergent positions with you, we could start working on drafting proposals at technical level which the Council would then need to agree on.

Yours sincerely,
