

N^{os} 5178⁵

5179⁴

5180⁵

5181⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

sur les réseaux et les services de communications électroniques

PROJET DE LOI

portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques

PROJET DE LOI

portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation

PROJET DE LOI

- relatif aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques,
- portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle, et
- portant modification de la loi du 2 août 2002 relative à la protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(29.1.2004)

Par sa lettre du 27 juin 2003, Monsieur le Ministre Délégué aux Communications a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis des projets de loi élargés.

*

CONTEXTE HISTORIQUE ET OBJECTIFS DE LA NOUVELLE REGLEMENTATION SUR LES RESEAUX ET LES SERVICES DE COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

La réglementation sectorielle des télécommunications a été initiée par la Commission Européenne dans le but de libéraliser progressivement les marchés des télécommunications soumis aux monopoles des opérateurs historiques. Plusieurs directives ont ainsi été adoptées dès 1990 visant à établir un cadre réglementaire assurant la libéralisation du secteur des télécommunications. Les particularités du secteur des télécommunications ont, dans un premier temps rendu nécessaire l'élaboration des règles spécifiques sectorielles afin de permettre aux nouveaux entrants sur les marchés d'accéder aux réseaux et d'éviter que les opérateurs historiques ne fassent échec à toute tentative de libéralisation des services et des réseaux de télécommunications en abusant de leur position établie sur les marchés des télécommunications.

Les projets de loi sous avis ont pour objet la transposition en droit luxembourgeois des directives européennes constituant le „paquet télécoms“, qui tendent à adapter le cadre réglementaire relatif aux marchés de télécommunications, en vigueur dans les Etats membres de l'Union Européenne, à l'évolution des marchés de télécommunications vers la libre concurrence et aux innovations technologiques dans les domaines des communications électroniques. Le nouveau cadre réglementaire tient à cet égard compte du phénomène de convergence des réseaux et des services de communications électroniques. Le processus de numérisation des signaux (textes, images et sons) a en effet entraîné une uniformisation des modes de transport et des codages des signaux entraînant une convergence des réseaux et des infrastructures d'accès à l'information. La convergence des réseaux entraîne la polyvalence des réseaux, conçus dans l'univers analogique pour donner accès à un type déterminé d'information. La convergence des services a pour effet que les services ne sont offerts non plus séparément, selon leurs usages et les techniques et terminaux spécifiques qu'ils nécessitent, mais à partir d'une offre groupée accessible grâce à des terminaux multifonctions, abolissant les frontières existant entre les équipements actuels de télévisions, d'ordinateurs, de téléphones etc. Ce phénomène de convergence des services et des réseaux de communications électroniques se traduira d'ailleurs par un rapprochement entre les acteurs de la société de l'information devenus complémentaires et techniquement solidaires dans la production, la transmission ou la distribution de l'information des contenus et des services.

Constituent le „paquet télécoms“:

- la directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion (directive „accès“),
- la directive 2002/20 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation des réseaux et des services de communications électroniques (directive „autorisation“), à l'exception des articles concernant les fréquences radioélectriques et la numérotation,
- la directive 2002/21 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour réseaux et services de communications électroniques (directive „cadre“), à l'exception des articles concernant les fréquences radioélectriques et la numérotation,
- la directive 2002/22 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive service universel),
- la directive 2002/77 de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (directive concurrence),
- la décision No 675/2002/CE du Parlement Européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté Européenne (déci-

sion „spectre radioélectrique“), mais seulement en ce qui concerne les articles se référant aux procédures,

- la directive 2002/58 du Parlement Européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (ci-après directive vie privée et communications électroniques).

Le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques transpose les dispositions des directives „cadre“ (2002/21), „autorisation“ (2002/20), „service universel“ (2002/22) et „concurrence“ (2002/77), à l’exception des dispositions qui ont plus particulièrement trait aux fréquences radioélectriques qui sont transposées dans un projet de loi à part portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques.

La marge de manoeuvre de l’Institut Luxembourgeois de Régulation est définie dans le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques, tandis que l’organisation de l’Institut Luxembourgeois de Régulation est déterminée séparément dans le projet de loi portant création de l’Institut Luxembourgeois de Régulation.

Les dispositions de la directive „vie privée et communications électroniques“ ont trait à la vie privée et au traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques; ces dispositions sont transposées dans le projet de loi relatif aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l’égard des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques. Le projet de loi relatif à la protection de la vie privée et au traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques a par ailleurs pour objet de modifier et de compléter la loi du 2 août 2002 relative à la protection de la personne à l’égard du traitement des données à caractère personnel sur certains points non substantiels. La Chambre de Commerce regrette à ce titre que les auteurs ne procèdent pas à une modification plus approfondie de la loi précitée du 2 août 2002, qui est généralement ressentie comme le prototype de la chicanerie administrative, largement inapplicable et incompréhensible.

La Chambre de Commerce adhère entièrement à l’objectif qui sous-tend les directives européennes et qui a trait à la libéralisation des marchés de communications électroniques dans le but d’encourager la mise en place et le développement de réseaux transeuropéens ainsi que l’interopérabilité des services paneuropéens et leur connectivité permettant aux entreprises et aux citoyens européens d’avoir facilement accès à une infrastructure de communication et à un large éventail de services. L’objectif de libéralisation des marchés de communications électroniques s’intègre d’ailleurs dans l’objectif que les chefs d’Etats et de gouvernement de l’Union Européenne se sont fixés les 23 et 24 mars 2000 au sommet de Lisbonne et qui consiste en la mise en place d’une économie européenne fondée sur la connaissance afin de maximiser le potentiel de croissance, de compétitivité et de création d’emplois qu’offrent les technologies de l’information et de communication. Le nouveau cadre réglementaire ne saura toutefois atteindre ce résultat que si l’ensemble des Etats membres transposent les dispositions contenues dans les directives de manière homogène et uniforme, ce qui exige une transposition fidèle du „paquet télécoms“ par tous les Etats membres de l’Union Européenne. La Chambre de Commerce regrette à cet égard que la transposition des directives, envisagée par les auteurs des projets de loi sous avis soit à certains égards incomplète, notamment en ce qui concerne la transposition des mesures de consultation de la Commission Européenne, des autorités nationales de régulation des autres Etats membres et des parties intéressées par l’Institut Luxembourgeois de Régulation.

La Chambre de Commerce relève par ailleurs qu’une transposition du „paquet télécoms“ qui défavorise les opérateurs luxembourgeois par rapport à leurs concurrents établis dans les autres Etats membres de l’Union Européenne risque d’entraîner une distorsion des marchés ayant non seulement pour conséquence d’affaiblir, voire même de faire disparaître les opérateurs luxembourgeois, mais également de rendre les services de communications électroniques plus chers au Luxembourg que dans les autres Etats de l’Union Européenne ce qui aura un impact sur l’économie globale du pays.

Si la Chambre de Commerce approuve de manière générale les projets de loi émergés, elle estime toutefois que le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques ainsi que le projet de loi ayant trait à la protection des données dans le secteur des communications électriques devront être modifiés et complétés sur certains points déterminés.

La première partie de l’avis est consacrée au projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques, tandis que le projet de loi sur la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications est commenté à part dans la deuxième partie du présent avis.

Les projets de loi portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques et réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation n'appellent pas les observations particulières de la Chambre de Commerce.

1) Le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques

– L'établissement d'un régime de libre accès aux marchés de communications électroniques

La nouvelle réglementation prévoit l'abolition du régime d'octroi des licences conférant des droits spéciaux ou exclusifs pour l'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques. La directive „autorisation“ supprime en effet toute autorisation préalable relative à l'établissement des réseaux de communications électroniques et à la fourniture de services de communications électroniques par la mise en place d'un régime de libre accès non conditionné à l'obtention d'une décision administrative préalable.

La directive „autorisation“ maintient toutefois le régime des droits spécifiques pour l'utilisation des radiofréquences, considérées comme des ressources rares. Les Etats membres ont toute latitude pour établir la procédure et les critères nécessaires à l'octroi des droits d'utilisation sous réserve que les droits soient octroyés suivant des procédures ouvertes, transparentes et non discriminatoires. La directive dispose notamment à cet égard que *les décisions concernant les droits d'utilisation doivent être prises, communiquées et rendues publiques dès que possible après réception de la demande complète par l'autorité réglementaire nationale dans les trois semaines dans le cas de numéros qui ont été attribués à des fins spécifiques dans le cadre des droits du plan national de numérotation et dans les six semaines dans le cas des radiofréquences qui ont été attribuées à des fins spécifiques dans le cadre du plan national de fréquences*. La directive prévoit par ailleurs dans un même souci de transparence que l'autorité nationale de régulation donne à toutes les parties intéressées, la possibilité d'exprimer leur point de vue conformément à la procédure de consultation, *lorsqu'un Etat membre entend limiter le nombre de droits d'utilisation, des radiofréquences à octroyer ou lorsqu'il a été décidé que des numéros ayant une valeur économique particulière doivent être octroyés via des procédures sélectives ou comparatives*. La Chambre de Commerce a néanmoins dû constater avec regret que ni le projet de loi portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques, ni le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques ne transposent les dispositions précitées, dont le but est la mise en oeuvre par les Etats membres de procédures ouvertes, transparentes et non discriminatoires ce qui est une condition essentielle pour établir des marchés soumis au jeu de la libre concurrence.

– Le nouveau rôle de l'Institut Luxembourgeois de Régulation

Le nouveau cadre réglementaire confie aux autorités de régulation nationales un rôle prépondérant dans le processus de libéralisation des marchés de communications électroniques.

La marge de manoeuvre des autorités de régulation est à cet effet considérablement étendue. L'Institut Luxembourgeois de Régulation interviendra conformément aux dispositions du projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques pour imposer des obligations sectorielles ex ante aux entreprises puissantes sur les marchés ne se trouvant pas en situation de concurrence réelle. L'Institut devra à cette fin analyser les différents marchés pertinents, afin de déterminer le caractère effectivement concurrentiel des marchés, en se basant notamment sur les principes et les méthodes du droit de la concurrence, décrits dans les lignes directrices de la Commission concernant l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques 2002/C165/03. La Chambre de Commerce relève à cet égard que les articles 14 et 16 de la directive relative à un cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après la directive „cadre“), concernant la détermination des entreprises puissantes sur le marché ainsi que la procédure d'analyse du marché, prévoient expressément que les autorités de régulation nationales effectuent l'analyse du marché et la détermination des entreprises puissantes, au cas où le marché pertinent s'avérerait ne pas être effectivement concurrentiel, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. La Chambre de Commerce précise à ce titre que les lignes directrices quoi que non incluses dans un texte juridiquement obligatoire, devront néanmoins obligatoirement trouver application. Elle regrette dès lors que le projet

de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques ne contienne aucune référence aux lignes directrices établies par la Commission.

– L'action encadrée de l'Institut de Régulation

Si l'Institut Luxembourgeois de Régulation voit donc sa marge de manoeuvre étendue, son action sera néanmoins fortement encadrée tant au niveau international qu'au niveau national.

L'Institut Luxembourgeois de Régulation sera en effet tenu par application de l'article 7 de la directive-cadre de soumettre les projets de mesure concernant l'analyse des marchés, la détermination des marchés pertinents, la détermination des entreprises puissantes sur le marché, la suppression, la modification, l'imposition des obligations ex ante applicables aux entreprises puissantes sur le marché, surtout en matière d'interconnexion et d'accès ainsi que les projets de mesures qui sont de manière générale susceptibles d'avoir des incidences sur les échanges entre les Etats membres, à la Commission Européenne et aux autorités de régulation nationales des autres Etats membres. La Commission Européenne pourra adresser des observations à l'Institut Luxembourgeois de Régulation, voire même lui demander de retirer le projet de mesure en question lorsqu'elle estime que le projet de mesure n'est pas compatible avec le développement du marché intérieur ou avec l'objectif de libéralisation des marchés de communications électroniques. La Chambre de Commerce constate toutefois que le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques ne transpose pas toutes les dispositions contenues dans la directive „cadre“, la directive „service universel“ ou la directive „accès“ qui prévoient expressément dans certaines hypothèses déterminées la consultation de la Commission Européenne et des autorités nationales des autres Etats membres.

Ce même constat a été fait relativement à la procédure de consultation des parties intéressées prévue à l'article 6 de la directive „cadre“. L'Institut Luxembourgeois de Régulation sera en effet tenu de consulter les parties intéressées par un projet de mesure ayant des incidences importantes sur un marché pertinent, afin de permettre à ces parties d'émettre leurs observations sur ce projet de mesure. Cette disposition qui répond à un souci de transparence constitue un contrepoids indispensable pour les opérateurs, face au pouvoir d'ingérence énorme que les nouvelles dispositions en matière de régulation confèrent aux autorités de régulation. Il est dès lors d'autant plus regrettable que le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques ne transpose pas toutes les dispositions prévoyant la consultation des personnes intéressées dans les hypothèses expressément visées par les directives européennes.

La critique relative à la transposition imparfaite dans le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques des mesures de consultation de la Commission Européenne, des autorités de régulation nationales des autres Etats membres de l'Union Européenne et des parties intéressées, expressément prévues par les directives „du paquet télécoms“, concerne notamment et avant tout la procédure d'analyse du marché et l'identification des entreprises puissantes sur le marché établies aux articles 14 à 16 de la directive „cadre“, décrite au titre III du projet de loi sur les réseaux et les communications électroniques intitulé „marché des produits et des services“.

Le titre 4 du projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques qui régleme l'accès et l'interconnexion des réseaux, ne prévoit par ailleurs pas les mesures de consultation décrites aux articles 6 et 7 de la directive „cadre“, que l'article 5 paragraphe 3 de la directive „accès“ prévoit pour toutes les décisions que les autorités de régulation sont amenées à prendre afin d'*encourager et le cas échéant d'assurer un accès et une interconnexion adéquats ainsi que l'interopérabilité des services ... dans le but de favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final ... , sans préjudice des mesures qui pourraient être prises à l'égard des entreprises puissantes sur le marché ...* et lorsque les autorités de régulation déterminent conformément au paragraphe 2 de l'article 5 précité *des mesures techniques ou opérationnelles auxquelles les fournisseurs et/ou les bénéficiaires de l'accès doivent satisfaire ... afin d'assurer le fonctionnement normal du réseau.*

L'article 16 de la directive service universel qui, afin d'assurer le service universel des services et des réseaux de communications électroniques, impose des mesures de contrôles réglementaires pour les entreprises puissantes sur le marché, n'est pas transposé par le titre 5 du projet de loi qui traite du „service universel“. L'article 16 paragraphe 5 de la directive „service universel“ prévoit en effet expressément que les mesures prises à cet effet par les autorités de régulation nationales doivent être préalable-

ment soumises à la consultation de la Commission Européenne et des autorités de régulation nationales des autres Etats membres.

– La nécessaire séparation des fonctions de régulation des activités d'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques

Un des principes essentiels de la libéralisation du secteur des communications électroniques est la séparation des fonctions de régulation des autorités de régulation nationales et des activités d'exploitation des opérateurs économiques intervenant sur les marchés des communications électroniques. La Chambre de Commerce relève que le projet de loi portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation répond à l'exigence de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation.

La Chambre de Commerce voudrait néanmoins attirer à cet endroit l'attention des auteurs du projet de loi sur l'article 22 de la loi du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications qui confère au Ministre Délégué aux Communications la haute surveillance sur les activités d'intérêt général de l'entreprise des postes et télécommunications, notamment pour ce qui concerne la détermination de la politique générale de l'entreprise en matière de services offerts. L'article 23 de cette même loi soumet les décisions qui ont trait à la détermination de la politique générale de l'entreprise des postes et télécommunications en matière de services offerts à l'approbation du Ministre. La Chambre de Commerce rappelle à cet égard que l'entreprise des postes et télécommunications est l'opérateur historique sur le marché des télécommunications au Luxembourg. Elle estime que les activités du Ministre délégué aux Communications concernant la politique générale de l'entreprise des postes et télécommunications ne sauraient se heurter aux intérêts des usagers des services et des réseaux des télécommunications et des opérateurs économiques intervenant sur les marchés des communications électroniques, qui sont les concurrents directs de l'entreprise des télécommunications électroniques. Elle est d'avis que les fonctions de surveillance et d'approbation des décisions de l'entreprise des postes et télécommunications qui ont trait à la détermination de la politique générale en matière de services offerts sont difficilement compatibles avec les fonctions que le Ministre tient en sa qualité de membre du Gouvernement délégué aux communications en vertu desquelles il devra oeuvrer en faveur de l'établissement de la libre concurrence sur les marchés des communications électroniques dans l'intérêt général tant des usagers des réseaux et des services de communications électroniques que des opérateurs économiques intervenant sur les marchés des communications électroniques. Des doutes concernant l'impartialité du Ministre pourraient notamment surgir à l'occasion de décisions que le Ministre est amené à prendre seul sans l'appui de l'Institut Luxembourgeois de Régulation et qui ont un impact sur la concurrence des marchés de communications électroniques. La Chambre de Commerce rappelle d'ailleurs à cet égard que les licences pour l'utilisation des fréquences radioélectriques sont, conformément à l'article 6 du projet de loi portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques, *lorsque plusieurs candidats sollicitent l'autorisation d'utiliser de manière exclusive les mêmes fréquences ou lorsque cette ou ces fréquences doivent servir à la mise en place d'un réseau dont la destination primaire est la fourniture de services de communication électroniques au public, octroyés par le Ministre dans le cadre d'une procédure publique d'appel de candidature, soit au plus offrant par une sélection concurrentielle, soit au plus offrant par une sélection comparative.* La Chambre de Commerce se demande d'ailleurs à cet égard pourquoi l'appel d'offres n'est pas organisé par l'institut Luxembourgeois de Régulation à l'image de ce qui est prévu à l'article 54 du projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques relatif à la désignation des procédures des opérateurs appelés à assurer le service universel.

– Le financement des obligations de service universel

L'article 13 de la directive 2002/22/CE „service universel“ prévoit que lorsque les autorités réglementaires constatent qu'une entreprise soumise à la fourniture du service universel est soumise à une charge injustifiée, cette charge injustifiée sera financée par l'Etat et/ou les entreprises actives dans le secteur économique.

L'article 58 du projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques opte pour le financement des charges injustifiées engendrées par la fourniture du service universel par les entreprises du secteur. Ce mode de financement risque toutefois de constituer un lourd fardeau pour le secteur des communications électroniques entraînant une hausse des prix de tous les services de communications électroniques.

Dans l'hypothèse où ce mode de financement était maintenu ou si les charges injustifiées résultant de la fourniture du service universel étaient cofinancées par l'Etat, il faudrait relativement à la contribution aux coûts, par les entreprises du secteur, seulement tenir compte du chiffre d'affaires des entreprises réalisé par la vente des services de communications électroniques.

– La gratuité du service d'interception

L'article 4 paragraphe 2 du projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques dispose que *les opérateurs et les entreprises offrant des services de communications électroniques mettent d'office et gratuitement à la disposition des autorités compétentes en la matière les données techniques et les équipements permettant à celles-ci l'accomplissement de leurs missions légales de surveillance des communications.*

La Chambre de Commerce relève que la gratuité du service d'interception n'est pas prévue par les directives européennes. Dans la plupart des Etats membres les services d'interception sont facturés aux autorités en question. Cet état de fait risque donc de créer une distorsion de concurrence en défaveur des opérateurs et entreprises luxembourgeois. La Chambre de Commerce estime par conséquent, que la facturation de ce service aux autorités compétentes s'impose à l'image de ce qui se fait dans les autres Etats de l'Union Européenne.

2) La protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

Le projet de loi relative aux dispositions spécifiques de protection des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques a pour objet la transposition de la directive 2002/58 du Parlement Européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (ci-après directive vie privée et communications électroniques). Cette directive qui fait partie du „paquet télécoms“ aborde un certain nombre de thèmes sensibles dont notamment la rétention des données, l'usage des témoins de connexion et l'envoi des messages électroniques non sollicités.

La Chambre de Commerce constate que le projet de loi assure une transposition fidèle du texte de la directive à l'exception de deux points qui appellent néanmoins les observations de la Chambre de Commerce.

– Le champ d'application de la réglementation protectrice de la vie privée dans le secteur des communications

La directive limite la protection des utilisateurs des services de communications électroniques accessibles au public à des fins privées ou professionnelles aux seules personnes physiques. L'intérêt légitime des personnes morales n'est protégé par les dispositions de la directive que pour autant que les personnes morales agissent en tant que abonnées à un service de communications électroniques. Le projet de loi assure toutefois la protection des personnes morales au même titre que les personnes physiques. La Chambre de Commerce estime à cet égard que le projet de loi devra se tenir au champ d'application plus restreint de la directive. Elle se réfère pour cela notamment au premier rapport de la Commission Européenne sur la mise en oeuvre de la directive 95/46 relative à la protection des données, selon laquelle les divergences entre les dispositions transpositrices et la directive, et les dispositions transpositrices des Etats membres, risquent d'entraîner une complication des tâches des opérateurs économiques notamment lorsqu'ils souhaitent exploiter des systèmes de traitement des données à l'échelle européenne.

– Le principe de confidentialité des communications

L'article 5 de la directive européenne sur la vie privée dans les communications électroniques a introduit le principe de la confidentialité des données en vertu duquel les Etats membres devront garantir la confidentialité des communications ainsi que la confidentialité des données ayant trait au trafic.

La communication est l'information qui est acheminée entre un nombre fini de parties, alors que les données relatives au trafic sont les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques.

La confidentialité des communications, et plus particulièrement l'écoute, l'enregistrement, l'interception ou le stockage des informations acheminées à travers les réseaux de communications électroniques est assurée au Luxembourg par l'article 2 paragraphe 1 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée. Cet article ne précise toutefois pas si l'interdiction d'écouter, d'enregistrer ou d'intercepter les paroles prononcées en privé, au moyen d'un appareil quelconque, vise uniquement les tiers ou si cette prohibition doit être entendue comme s'adressant également aux parties entre lesquelles les paroles prononcées en privé sont échangées. L'article 4 paragraphe 2 du projet de loi reprend les termes de l'article 5 paragraphe 1 de la directive qui interdit à toute personne autre que l'abonné, l'utilisateur ou l'utilisateur final concerné de stocker et d'intercepter les données relatives aux communications et les données relatives au trafic y afférentes ainsi que de les soumettre à tout autre moyen d'interception ou de surveillance, sans le consentement de l'abonné, de l'utilisateur ou de l'utilisateur final concerné. Cette disposition qui constitue un texte de droit spécial par rapport à la loi du 11 août 1982 précitée, interdit par conséquent aux seuls tiers, c'est-à-dire aux personnes autres que l'abonné, l'utilisateur ou l'utilisateur final concerné, entre lesquelles l'information est acheminée ou échangée, d'enregistrer et d'intercepter les communications. A contrario, l'abonné, l'utilisateur ou l'utilisateur final concerné serait donc libre d'enregistrer les communications auxquelles il prend part. Une banque devrait par conséquent être libre, par application de cette disposition, d'enregistrer une communication électronique à titre de preuve d'un ordre boursier d'un client. L'article 5 paragraphe 2 de la directive précise néanmoins de manière quelque peu contradictoire que le principe de la confidentialité des communications établi à l'article 5 paragraphe 1 de la directive n'affecte pas *l'enregistrement légalement autorisé des communications et des données relatives au trafic y afférentes, lorsqu'il est effectué dans le cadre des usages professionnels licites afin de fournir la preuve d'une transaction commerciale ou de toute autre communication commerciale, précision qui est donc superfétatoire eu égard à la disposition de l'article 5 paragraphe 1 précité.*

La Chambre de Commerce souligne d'emblée que la législation luxembourgeoise ne prévoit pas d'autorisation légale pour l'enregistrement des communications électroniques à des fins de preuve commerciale tel que l'exige l'article 5 paragraphe 2 précité de la directive; elle estime qu'il est dès lors fondamental que le projet de loi sous avis contienne une disposition autorisant les enregistrements à des fins de preuve commerciale.

L'article 4 paragraphe 3 (d) du projet de loi dont l'objet est de transposer l'article 5 paragraphe 2 de la directive, exige par ailleurs que les parties aux communications soient préalablement informées de l'enregistrement, de la ou des raisons de l'enregistrement ainsi que de la durée de conservation de l'enregistrement. La Chambre de Commerce précise que ces informations ne sont pas requises par l'article 5 paragraphe 2 de la directive. Ces contraintes ne tiennent d'ailleurs guère compte de certaines pratiques commerciales et plus précisément de la pratique bancaire concernant la transmission par voie téléphonique des ordres boursiers. La mise en pratique de ces informations préalablement à chaque ordre boursier est une formule trop lourde, incompatible avec la rapidité que requiert la conclusion de ces transactions. La Chambre de Commerce rappelle d'ailleurs que deux circulaires de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (les circulaires IML 93/101 et IML 93/102) qui doivent être interprétées comme de véritables injonctions, recommandent fortement l'enregistrement des communications téléphoniques sur bande magnétique afin de prévenir des malentendus et des erreurs éventuels.

La Chambre de Commerce estime eu égard à ce qui précède que le projet de loi devra se limiter à une transposition fidèle du texte de l'article 5 paragraphe 2 de la directive, notamment afin d'assurer une plus grande sécurité aux transactions boursières dans l'intérêt de toutes les parties en cause et plus particulièrement afin de donner un cadre légal aux recommandations précitées de la Commission de Surveillance du Secteur Financier.

***– La nécessité d'une modification approfondie
de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard
du traitement des données à caractère personnel***

Critique générale de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel au regard du rapport du 15 mai 2003 de la Commission Européenne relatif à la mise en oeuvre de la directive sur la protection des données (95/46/CE):

Le projet de loi relative aux dispositions spécifiques de protection des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques tend également à modifier et à compléter la loi du

2 août 2002 relative à la protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel sur certains points mineurs, non substantiels.

La Chambre de Commerce regrette à ce titre que les auteurs ne procèdent pas à une modification plus approfondie de la loi précitée du 2 août 2002, qui est généralement ressentie comme le prototype de la chicanerie administrative, largement inapplicable et incompréhensible. Elle remarque que si l'application de la directive n'est déjà pas facile pour les entreprises le Luxembourg a néanmoins encore maximisé les effets contre-productifs en dépassant les contraintes européennes. Elle relève que les dispositions de la loi précitée du 2 août 2002 devront être revues à la lumière du premier rapport de la Commission Européenne sur la mise en oeuvre de la directive relative à la protection des données. Le rapport de la Commission souligne notamment que la libre circulation des données est essentielle pour le bon exercice de la quasi-totalité des activités économiques à l'échelle européenne. Les différences dans les modalités d'application de la directive risquent de constituer des entraves à la libre circulation des données au sein de l'Union. La Commission relève plus particulièrement que l'adoption par les Etats membres de mesures trop restrictives n'aura pas seulement pour effet de limiter le traitement interne des données à caractère personnel dans l'Etat membre concerné, mais qu'elle aura également pour conséquence d'empêcher l'exportation des données vers d'autres Etats membres; ce qui est contraire au but recherché par la directive qui vise à faciliter la circulation des données dans l'Union Européenne. Une divergence dans l'application des dispositions de la directive par les Etats membres aura notamment pour conséquence de compliquer la tâche des opérateurs économiques qui souhaitent exploiter des systèmes de traitement de données à l'échelle européenne.

La critique majeure concerne à cet égard le champ d'application de la loi précitée du 2 août 2002. Le législateur luxembourgeois en étendant la protection que la directive limite aux seules personnes physiques aux personnes morales, dépasse le niveau de protection et par voie de conséquence la charge administrative qui résulterait d'une stricte application de la directive. La Chambre de Commerce réitère à cet égard toutes les remarques qu'elle avait exprimées à ce sujet dans son avis du 13 février 2002 sur le projet de loi relative à la protection des données à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

– Points de critiques particuliers

La loi précitée ajoute un grand nombre de mesures particulières de sécurité qui sont susceptibles de créer une charge administrative sans fin et qui ne sont pas prévues par la directive.

- La loi instaure notamment un système d'autorisation préalable que la directive ne prévoit pas et qui dépasse de loin la charge administrative exigée par la directive. L'article 14 prévoit ainsi que les responsables des traitements doivent demander spécialement l'autorisation d'effectuer les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et des libertés des personnes concernées. La Chambre de Commerce voudrait remarquer que le contenu de la notification du traitement ne diffère pas substantiellement du contenu de la demande d'autorisation. Le contenu de la notification contient d'ores et déjà toutes les informations nécessaires pour effectuer l'examen requis par la loi. L'article 20 de la directive n'utilise d'ailleurs pas les termes d'autorisation préalable mais ceux d'examen préalable.

La Chambre de Commerce voudrait par ailleurs remarquer que l'autorisation pour tout traitement spécialement prévu par la loi est superflue; c'est notamment le cas de l'autorisation préalable à l'organisation des élections pour l'organisation des délégués du personnel requise par l'article 14 paragraphe 1 (a) de la loi alors que l'article 6 paragraphe 2 (b) de la loi qui concerne le traitement de catégories particulières de données, autorise le traitement des données révélant l'appartenance syndicale *lorsque le traitement est nécessaire pour respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement notamment en matière de droit de travail dans la mesure où il est autorisé par la loi.*

L'autorisation préalable ne saurait d'ailleurs se heurter au traitement des données inhérent à une activité dont l'exercice est spécialement autorisé. Cette remarque vaut plus spécifiquement pour l'autorisation requise préalablement au traitement des données concernant le crédit et la solvabilité des personnes, lorsque le responsable du traitement est un établissement de crédit. L'activité des établissements de crédit est déjà soumise, en tant que telle à autorisation. La loi du 2 août 2002 devra par conséquent exempter les établissements de crédit de l'autorisation préalable au traitement des données concernant le crédit et la solvabilité des personnes, sous peine de remettre en cause

l'exercice de l'activité des banquiers établis au Luxembourg. L'exemption ne concernera que l'autorisation préalable des traitements de ces données; l'obligation de notification desdits traitements de données n'est pas remise en question.

- La Chambre de Commerce ne peut adhérer, dans ce même ordre d'idées, à la transposition de l'article 10 de la directive qui a trait au droit à l'information de la personne concernée. L'article 26 de la loi du 2 août 2002, qui transpose cette disposition, impose l'information des personnes concernées de la durée de conservation des données, précision qui doit par ailleurs figurer dans la notification. Or, non seulement ces exigences ne sont pas requises par la directive, mais elles sont bien souvent impossibles à mettre en oeuvre.

En pratique, il est en effet difficile, voire impossible de répondre à la question de la durée de conservation sous une forme définie et définitive en termes de jours, de mois ou d'années; la durée de conservation étant d'abord fonction des relations d'affaires entre les entreprises et leurs clients. Il faut par ailleurs rappeler que certaines données sont soumises à des délais légaux de conservation, imposés tant par la législation fiscale (article 162 (8) de l'Abgabenordnung), que par la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier en matière de lutte contre le blanchiment ou encore par l'article 11 du code de commerce qui impose aux commerçants la conservation pendant 10 années de leurs documents comptables et pièces justificatives, sans préjudice d'autres délais de conservation prescrits par d'autres lois.

A cela il faut ajouter les délais de prescription légaux qui sont de dix ans en matière commerciale et de trente ans en matière civile, délais qui sont d'ailleurs susceptibles d'interruption et de suspension et dont il est par ailleurs souvent difficile de déterminer le point de départ.

Eu égard à ce qui précède, la Chambre de Commerce estime que la suppression de la mention de la durée de conservation dans l'article 26 de la loi du 2 août 2002 s'impose.

- Le traitement des données personnelles, tel qu'il est imposé par la loi du 2 août 2002 est largement incompatible avec les obligations imposées aux professionnels du secteur financier en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou d'autres enquêtes pénales internationales ou nationales.

Les professionnels du secteur financier fournissent aujourd'hui une aide indispensable en matière de recherche et de collecte de preuves d'infractions pénales. Ces derniers sont en effet obligés de surveiller des transactions et de rechercher des éventuels avoirs de personnes suspectes.

La loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données personnelles impose toutefois des obligations contraignantes dont l'objet est la protection des données personnelles des personnes qui font l'objet d'un traitement, qu'il s'agisse des clients des professionnels du secteur financier, des personnes avec lesquelles ils ne souhaitent pas entrer en relation d'affaires ou même d'autres personnes, catégorisées comme „suspectes“ par les autorités internationales.

Les personnes catégorisées comme suspectes par les autorités internationales sont répertoriées sur des listes transmises par le Parquet aux professionnels du secteur financier. Le Parquet et la Commission de Surveillance du Secteur Financier exigent de vérifier si ces personnes ont des avoirs ou si elles ont eu des contacts directs ou indirects avec les professionnels du secteur financier.

Ces vérifications conduisent à un traitement de données personnelles au sens de la loi du 2 août 2002 et en particulier, à une interconnexion de données. Or, toute interconnexion est interdite si elle n'est pas autorisée préalablement par la Commission nationale pour la protection des données, à moins qu'un texte légal n'autorise expressément cette interconnexion (article 16 de la loi du 2 août 2002). La Chambre de Commerce estime qu'une clarification s'impose à ce titre, notamment eu égard au fait que les infractions à l'interdiction d'interconnexion des données sont sanctionnées pénalement.

Les établissements financiers ont notamment l'obligation d'informer les personnes concernées par les traitements des données personnelles et de leur conférer un droit d'accès aux données les concernant.

Les articles 27 et 29 de la loi du 2 août 2002 prévoient certaines exceptions au droit à l'information et au droit d'accès, en particulier lorsque le traitement est nécessaire à la prévention d'infractions pénales. Les exceptions sont toutefois limitées aux procédures judiciaires et aux traitements ayant fait l'objet d'une autorisation réglementaire concernant plus particulièrement des traitements mis en oeuvre par les organes de la police grand-ducale et ayant pour objet la prévention des infractions. Les professionnels du secteur financier ne sont donc pas exemptés de l'obligation d'informer et de donner accès aux

personnes suspectes concernées par un traitement de données dont l'objet est la prévention d'infractions pénales ou la contribution aux enquêtes pénales internationales ou nationales concernant ces personnes.

Les exceptions prévues aux articles 27 et 29 précités devraient par conséquent être étendues aux traitements dont l'objet est de manière générale la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales y compris les traitements mis en oeuvre à cette fin par les professionnels du secteur financier. Il faudra d'ailleurs dans ce même ordre d'idées aligner l'article 15 de la loi du 2 août 2002 qui concerne la publicité des traitements sur la proposition de modification des articles 27 et 29 précités.

L'article 11 de la loi précitée du 2 août 2002 institue un contrôle des traitements à des fins de surveillance sur le lieu du travail et soumet à autorisation préalable tous les traitements effectués dans ce but. Une telle disposition conduit notamment à soumettre à autorisation un traitement légalement autorisé. En effet, les lois du 5 décembre 1989 sur le louage de services des employés privés et du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée du travail des ouvriers occupés dans les secteurs public et privé de l'économie, modifiées par la loi du 12 février 1999 concernant le plan national pour l'emploi, réglementent l'horaire mobile dans les entreprises. L'article 11 précité soumet toutefois l'horaire mobile, légalement autorisé à l'autorisation de la Commission nationale pour la protection des données.

S'il n'est pas contestable que la surveillance des personnes sur le lieu du travail doit être réglementée, il est toutefois douteux que cette manière de procéder soit la plus appropriée. Les dispositions luxembourgeoises en la matière ne découlent d'ailleurs pas de la directive. Il s'agit plutôt d'une addition et d'un renforcement des obligations prévues par d'autres pays européens qui a engendré les solutions les plus contraignantes qu'on puisse imaginer.

La Chambre de Commerce rappelle que le Conseil d'Etat, dans son avis du 29 janvier 2002 préconisait la suppression pure et simple de l'article 11 et proposait de mener une réflexion plus approfondie sur le sujet dans un contexte plus global. La Chambre de Commerce ne peut que se rallier à cette position.

En vertu de l'article 11 paragraphe 1 le traitement ne pourra être effectué que s'il est nécessaire:

- a. pour les besoins de santé et de sécurité des travailleurs,
- b. pour les besoins de production des biens de l'entreprise,
- c. pour les besoins de contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines,
- d. pour le contrôle temporaire de protection ou des prestations du travailleur, lors qu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer la rémunération exacte,
- e. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile, conformément à la loi.

L'article 11 de la loi du 2 août 2002 énumère limitativement les situations dans lesquelles le traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail sera considéré comme légitime; le traitement qui ne répond à aucune de ces hypothèses sera considéré comme illicite et contraire à la loi.

Il faut dès lors se poser la question si l'employeur est encore en droit d'invoquer les données établissant de manière incontestable la faute d'un salarié, alors même que ces données ont été collectées accessoirement par le biais de la mise en oeuvre des traitements légitimes autorisés au regard de l'article 11, pour motiver un licenciement ou établir le caractère légitime d'un licenciement dans le cadre d'une procédure judiciaire pour licenciement abusif d'un salarié?

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver les projets de loi sous avis que sous réserve expresse de la prise en compte des remarques formulées.

