

N° 5554⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

portant modification

- de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel;
- des articles 4 paragraphe (3) lettre d); 5 paragraphe (1) lettre a); 9 paragraphe (1) lettre a) et 12 de la loi du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et
- de l'article 23 paragraphe (2) points 1. et 2. de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(6.7.2007)

Par dépêche du 21 mai 2007, le Président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'Etat, en se référant à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission de la fonction publique, de la réforme administrative, des media et des communications au cours de sa réunion du 16 mai 2007.

Les amendements étaient accompagnés d'un commentaire et complétés, à titre indicatif, par un texte coordonné du projet de loi.

Quant au fond, le Conseil d'Etat constate que bon nombre des propositions de modifications textuelles découlant de son avis du 30 janvier 2007 sur le projet de loi en vedette ont été adoptées par la commission parlementaire en charge. Il regrette par contre de ne pas avoir été suivi dans son approche de restructuration et de réaménagement du projet visé (voir *Doc. parl. No 5554*⁵, sess. ord. 2006-2007, p. 2) qui l'aurait rendu plus transparent et plus lisible.

Amendements 1 et 2

Ces amendements portant sur l'article 6 de la loi modifiée du 2 août 2002 sont dictés par le souci d'aligner le texte national sur le libellé de l'article 8 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Or, le texte communautaire emploie en l'occurrence le terme „explicite“ pour qualifier le consentement visé. Compte tenu de l'objectif affiché par la commission parlementaire, il est quelque peu surprenant de lire au commentaire qu'elle „décide cependant d'utiliser l'adjectif „exprès“ plutôt que l'adjectif „explicite“, car c'est le terme communément utilisé en droit national“. Au regard du but annoncé, le Conseil d'Etat se serait plutôt attendu à une transcription fidèle de la directive en se voyant proposer un amendement tendant à exiger un „consentement explicite“ dans le chef de la personne concernée par des traitements portant sur des catégories particulières de données.

Amendement 3

Au regard du commentaire afférent, le Conseil d'Etat, ayant obtenu tous ses apaisements quant aux observations critiques émises dans le cadre de son avis précité du 30 janvier 2007 (*Doc. parl. No 5554*⁵,

sess. ord. 2006-2007, p. 6), peut se rallier à l'amendement proposé par la commission parlementaire à l'endroit de l'article 7, paragraphe 2 de la loi de 2002.

Amendement 4

Cet amendement se propose de modifier l'article 10 de la loi modifiée du 2 août 2002 à l'effet d'étendre la possibilité de traitements à des fins de surveillance dans la mesure nécessaire „à la protection des biens, s'il existe un risque caractérisé de vol ou de vandalisme“. Ce nouveau cas d'ouverture est motivé, suivant la commission parlementaire, par la volonté d'„endiguer“ les actes de l'espèce. Il s'agit donc manifestement d'un moyen destiné à prévenir des infractions pénales, objet en principe réglé par l'article 17 de la loi de 2002. Or, comme le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de le souligner dans son avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, „afin de prévenir toute insécurité juridique, il y a lieu de distinguer autant que faire se peut les champs d'application respectifs des articles 10 et 17. L'article 10, (b) vise le traitement à des fins de surveillance. L'article 17 a par contre trait aux „traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche, à la constatation et à la poursuite des infractions pénales“.“ (*Doc. parl. No 4735*⁶, sess. ord. 2001-2002, p. 15).

Dans cette logique, le Conseil d'Etat ne saurait approuver l'amendement sous examen dont la plus-value escomptée se voit d'ailleurs sérieusement amoindrie par la modification projetée de l'article 17 (voir *Doc. parl. No 5554*⁵, page 12 de l'avis du Conseil d'Etat et *No 5554*⁷, sess. ord. 2006-2007, p. 18, texte coordonné élaboré par la commission parlementaire).

Amendement 5

Ledit amendement se propose d'apporter un ajout à l'article 10, paragraphe 1er, afin de rendre „licites“ les traitements visés à l'article 4, paragraphe 3, lettre d) de la loi du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Il résulte en effet de l'article 4, paragraphe 2 de la loi précitée qu'„il est interdit à toute autre personne que l'utilisateur concerné d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications et les données relatives au trafic y afférentes, ou de les soumettre à tout autre moyen d'interception ou de surveillance sans le consentement de l'utilisateur concerné“. En vertu du paragraphe 3, lettre d) du même article, cette règle „n'affecte pas l'enregistrement de 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“. La loi de 2005 prend encore soin de préciser au même paragraphe 3, lettre d) par un alinéa 2 que: „Les parties aux transactions sont informées au préalable de ce que des enregistrements sont susceptibles d'être effectués, de la ou des raisons pour lesquelles les communications sont enregistrées et de la durée de conservation maximale des enregistrements. Les communications enregistrées sont à effacer dès que la finalité est atteinte, et en tout état de cause, lors de l'expiration du délai légal de recours contre la transaction“.

Ces dispositions de la loi du 30 mai 2005 qui s'applique, conformément à son article 1er, „spécifiquement au traitement (des) données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux de communications publics“ sont en elles-mêmes suffisantes.

L'amendement 5 n'y apporte aucune plus-value normative. Il risque au contraire de nourrir la confusion et peut partant être omis sans autre forme de procédure.

Amendement 6

Le nouvel article 11 résultant de cet amendement règle la question du traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail par le simple renvoi à l'article L. 261-1 du Code du travail qui en constitue avec l'article L. 261-2 le Titre VI – Traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail, du Livre II – Réglementation et conditions de travail. Cette démarche rejoint une observation correspondante du Conseil d'Etat dans son avis du 30 janvier 2007 (*Doc. parl. No 5554*⁵, sess. ord. 2006-2007, p. 7) et comme telle ne prête pas à critique.

Force est de relever cependant qu'au fond, ledit article L. 261-1 ne traduit aucunement ni les intentions des auteurs du projet de loi originaire (voir *doc. parl. No 5554*, sess. ord. 2006-2007, p. 5) ni d'ailleurs la proposition de texte faite par le Conseil d'Etat dans le cadre de son avis précité. En fait, il ne fait que reprendre les dispositions initiales de l'article 11 dans la version de la loi de 2002.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat propose de compléter la série d'amendements sous revue par une modification supplémentaire de la teneur suivante:

Amendement nouveau proposé par le Conseil d'Etat

„L'article L. 261-1 du Code du travail se lit comme suit:

(1) Le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu de travail peut être mis en œuvre, conformément à l'article 14 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, par l'employeur s'il en est le responsable.

Un tel traitement n'est possible que s'il est nécessaire:

1. pour les besoins de sécurité et de santé des travailleurs, ou
2. pour les besoins de *protection des biens*, ou
3. pour le contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines, ou
4. pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du travailleur, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer la rémunération exacte, ou
5. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile conformément au présent code.

Dans les cas visés aux points 1, 4 et 5, le comité mixte d'entreprise, le cas échéant institué, a un pouvoir de décision tel que défini à l'article L. 423-1, points 1 et 2.

Le consentement de la personne concernée ne rend pas légitime le traitement mis en oeuvre par l'employeur.

(2) Sans préjudice du droit à l'information de la personne concernée, sont informés préalablement par l'employeur: la personne concernée ainsi que pour les personnes tombant sous l'empire de la législation sur le contrat de droit privé: le comité mixte ou, à défaut, la délégation du personnel ou, à défaut encore, l'Inspection du travail et des mines; pour les personnes tombant sous l'empire d'un régime statutaire: les organismes de représentation du personnel tels que prévus par les loi et règlements afférents.

(3) *Les données collectées à des fins de surveillance ne sont communiquées que:*

- (a) *si la personne concernée a donné son consentement, sauf le cas interdit par la loi, ou*
- (b) *aux autorités publiques dans le cadre de l'article 17, paragraphe (1) de la loi susmentionnée du 2 août 2002, ou*
- (c) *aux autorités judiciaires compétentes pour constater ou poursuivre une infraction pénale et aux autorités judiciaires devant lesquelles un droit en justice est exercé ou défendu.*

Il s'entend que l'**intitulé du projet de loi** sous revue doit en conséquence être complété par un tiret libellé comme suit:

„– de l'article L. 261-1 du Code du travail“.

Amendements 7 à 9

Ces amendements ayant trait à l'article 12 de la loi modifiée du 2 août 2002 n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat, sous réserve des remarques à l'endroit de l'amendement 15.

Amendements 10 et 11

Ils portent tous les deux sur l'article 13 de la loi de 2002. Le Conseil d'Etat regrette de ne pas se voir suivi dans sa proposition de maintenir au paragraphe 1er dudit article 13 la lettre h) faisant référence à „la durée de conservation des données“ parmi les informations à notifier à la Commission nationale. A cet égard, il est renvoyé aux développements afférents de son avis du 30 janvier 2007 (*Doc. parl. No 5554*⁵, sess. ord. 2006-2007, p. 8). Cette dernière remarque vaut d'ailleurs également à l'égard de l'article 14, paragraphe 2, lettre j) concernant à son tour „la durée de conservation des données“. Dans le sillage des remarques faites à l'endroit de l'amendement 15, il y a également lieu de faire abstraction de l'amendement 11.

Amendement 13

Il se rapporte à l'article 14, paragraphe 1er de la loi modifiée du 2 août 2002, tout comme d'ailleurs l'amendement 14. Au regard des observations à l'égard de l'amendement 15, il y a lieu d'abandonner l'amendement 13.

Amendement 14

Cet amendement tend à compléter la disposition prévue à l'article 14, paragraphe 1er sous la lettre e), à l'effet de mettre sur un pied d'égalité les établissements de crédit et les compagnies d'assurance au regard des obligations procédurales pesant sur „le traitement concernant le crédit et la solvabilité des personnes concernées“.

Le Conseil d'Etat, dans la ligne de l'approche de la commission parlementaire, donne à considérer s'il ne serait pas indiqué d'aller au bout des choses en accordant les mêmes droits à l'ensemble des professionnels accordant des prêts à leur clientèle. A cet effet, la disposition visée serait à libeller comme suit:

„(e) le traitement concernant le crédit et la solvabilité des personnes concernées lorsque ce traitement est effectué par des personnes autres que des professionnels du secteur financier ou des compagnies d'assurance concernant leurs clients;“

Par cette mesure, tous ces professionnels seraient dispensés de solliciter une autorisation préalable auprès de la Commission nationale en vue des traitements visés.

Amendement 15

L'amendement 15 introduit par le biais d'un article 14bis (nouveau) une procédure spéciale applicable aux traitements à des fins de surveillance, que ce soit en dehors ou sur le lieu de travail. En fait, il ne s'agit pas d'une procédure uniforme mais bicéphale selon que le traitement envisagé semble ou ne semble pas comporter „un risque particulier susceptible de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées, notamment à leur vie privée“. Selon le degré de risque évalué par la Commission nationale, les traitements de l'espèce sont soumis soit à simple notification soit à la procédure d'autorisation préalable.

Les règles que la commission parlementaire entend instituer en la matière peuvent être résumées comme suit:

- Tous les traitements à des fins de surveillance, – qu'ils soient effectués par le responsable lui-même ou par un chargé de protection des données par lui désigné –, sont soumis à une „obligation de notification“;
- Dans les trois mois de la „réception de la notification“, la Commission nationale peut soit délivrer „un accusé de réception“ qui permet alors la mise en oeuvre du traitement sollicité, soit décider d'enclencher la procédure d'autorisation préalable;
- Pendant le même délai de trois mois sus-évoqué, la Commission nationale peut encore garder le silence. Cette attitude revient en l'occurrence „également“ à soumettre le traitement visé à la procédure d'autorisation préalable;
- Le pivot permettant de départager les cas relevant de la simple notification de ceux à soumettre à autorisation préalable est constitué par le constat dans le chef de la Commission nationale qu'il y a lieu ou non de craindre en l'espèce „un risque particulier susceptible de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées, notamment à leur vie privée“.

Abstraction faite de son recours à une terminologie quelque peu déroutante – „accusé de réception“, „réception de la notification“ –, la solution préconisée par les auteurs de l'amendement sous revue paraît critiquable à plus d'un titre.

De l'avis du Conseil d'Etat, tous les traitements à des fins de surveillance comportent par définition un risque d'atteinte aux droits et libertés des personnes concernées. Aussi lui semble-t-il un tantinet spécieux de faire en l'occurrence appel au caractère „particulier“ d'un tel risque en vue de départager les cas en vue de la procédure requise, notification ou autorisation préalable. Comment dans les circonstances données garantir par ailleurs un traitement non discriminatoire des responsables concernés? La procédure mise en place par le nouvel article 14bis ne comporte-t-elle pas intrinsèquement le risque de voir interférer des considérations de fait tirées notamment du volume des affaires à traiter ou des moyens et disponibilités de la Commission nationale à un moment donné, avec les motifs devant

pourtant seuls guider cette dernière dans l'appréciation du potentiel – accru ou non – d'atteinte aux droits et libertés des traitements qui lui sont soumis?

En conclusion des développements qui précèdent et dans le but de maintenir le niveau élevé de protection des données ultrasensibles visées en l'espèce, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'amendement en discussion. De la sorte, il reste d'ailleurs parfaitement en ligne avec les commentaires de la Commission des media et des communications à la base des amendements proposés à l'endroit de l'article 14, le 6 juin 2002 (*Doc. parl. No 4735*⁸, sess. ord. 2001-2002, p. 15).

Par voie de conséquence, la référence à l'article 14*bis* de la loi de 2002 dans le contexte des articles 11, 12, 13 et 35 du projet de loi amendé sous revue est à éliminer.

Amendement 16

En rapport avec l'article 16 de la loi de 2002 régissant l'interconnexion de données, cet amendement ne suscite pas d'observation.

Amendement 17

Tout en se ralliant à l'ajout que l'amendement 17 se propose d'apporter à l'article 4 de la loi du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, le Conseil d'Etat se permet de rendre attentif à un risque de confusion pouvant naître de la dernière phrase du commentaire afférent.

En effet, contrairement à ce que peut laisser entendre ledit commentaire, il résulte du texte positif de l'article 4, paragraphe 3, lettre d), alinéa 2 de la loi précitée de 2005 que l'enregistrement visé ne peut être effectué que moyennant information préalable de la personne concernée.

Amendement 18

Dans le sillage de sa prise de position à l'endroit de l'amendement 15, le Conseil d'Etat se prononce pour l'abandon du nouvel article 35 visé en l'occurrence.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 6 juillet 2007.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

