

N° 6113¹¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI

**portant modification des articles 5 et 9 de la loi modifiée
du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée
dans le secteur des communications électroniques et de
l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis de la Chambre de Commerce sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal déterminant les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics (21.6.2010)	1
2) Avis de la Commission consultative des Droits de l'Homme sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal déterminant les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics (29.6.2010)	5

*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal déterminant les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics

(21.6.2010)

Le projet de loi et le projet de règlement grand-ducal sous avis ont pour objet de transposer en droit luxembourgeois *certaines éléments* de la directive 2006/24/CE sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications et modifiant la directive 2002/58/CE („la directive 2006“).

Le projet de loi sous avis a pour objet de modifier les articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques („la loi de 2005“). Au vu des liens intrinsèques entre les articles 5 et 9 de la loi de 2005 et l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, l'article 67-1 fait également objet d'une modification par le projet de loi.

Le projet de règlement sous avis vise à exécuter l'obligation de conservation de données dont le principe est inscrit aux articles 5 et 9 de la loi de 2005 en déterminant les catégories de données à conserver.

*

OBSERVATIONS GENERALES

1) Le projet de loi

Le projet de loi sous revue transpose certains éléments de la directive 2006 qui se situe dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. Cette directive vise notamment à garantir dans tous les Etats membres la conservation pendant un certain délai des données traitées par les fournisseurs de communications électroniques dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou d'un réseau public de communication.

Le principe même de la conservation des données a déjà été intégré dans le droit luxembourgeois par le biais de la loi de 2005 qui transposait la directive 2002/58/CE.

Le projet de loi introduit une définition des „infractions graves“ qui ouvrent l'accès à l'utilisation des données par les autorités judiciaires. Sous la loi actuellement en vigueur, il n'y a pas de limitation à des infractions graves, mais les articles 5 et 9 actuels permettent d'avoir recours aux données stockées pour *TOUTES* les infractions pénales.

La Chambre de Commerce accueille cette limitation, qui s'est faite dans l'optique de transposer „toute la directive et rien que la directive“, mais elle émet des réflexions sur la définition de l'infraction grave retenue dans le texte.

2) Le projet de règlement grand-ducal

Le projet de règlement grand-ducal sous revue détermine les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics. Jusqu'à maintenant les fournisseurs n'avaient pas de listing précis de données qu'ils devaient garder pour les besoins des autorités judiciaires, et ils fournissaient les données qui étaient disponibles.

Le projet de règlement sous avis propose de transposer certains aspects de la directive, dont notamment les catégories de données qui devront désormais être conservées.

La Chambre de Commerce met en avant les problèmes pratiques liés à la conservation des données énumérées dans le projet de règlement grand-ducal. La plupart des données demandées ne sont actuellement pas disponibles pour les fournisseurs, mais ne pourront être disponibles qu'après achat d'un nouveau système d'exploitation de données. En effet, la disponibilité des données de localisation et de trafic aux autorités judiciaires va au-delà de la conservation de données que les opérateurs effectuent pour leurs propres besoins opérationnels, techniques et administratifs.

Les entreprises, qu'elles soient de petite ou de grande taille, seront donc confrontées à un investissement de grande envergure afin de pouvoir donner suite à cette obligation de conservation alourdie.

Par ailleurs, le projet de règlement prévoit certaines dispositions qui trouveraient mieux leur place dans la loi que dans le règlement.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

1) Le projet de loi

Concernant l'article 1er

L'article premier propose de modifier les articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 sur la protection de la vie privée dans les secteurs des communications électroniques.

La modification projetée est la même pour les deux articles, et pourra donc être commentée en une seule fois.

La Chambre de Commerce rend attentif au fait qu'il n'existe pas de définition claire d'un „appel infructueux“. Dans ce contexte il est important de limiter la conservation aux données qui sont actuellement exploitées, donc disponibles techniquement pour les opérateurs.

En ce qui concerne la possibilité pour les fournisseurs de services ou les opérateurs de déléguer l'exécution des obligations de conservation à une ou plusieurs entités tierces, publiques ou privées, qui

agissent au nom et pour le compte des fournisseurs de services ou opérateurs, la Chambre de Commerce est d'avis que cette possibilité n'apporte pas de plus-value à ses ressortissants. En effet, les sociétés auxquelles on peut faire recours pour cette sorte de prestation sont rares. Par ailleurs, il se posera de nouveau le problème de la confidentialité des données lors du transfert à cette tierce entité. Qui plus est, la Chambre de Commerce se demande quelle est l'interaction entre cette nouvelle disposition et l'article 41 de la loi modifiée du 2 août 2002 sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Cet article prévoit l'intervention de l'Institut luxembourgeois de régulation („ILR“). Selon l'article 41(2), les opérateurs et les fournisseurs de communications électroniques mettent d'office et gratuitement les données concernant l'identité des abonnés et utilisateurs à la disposition de l'ILR, qui peut les transférer aux autorités compétentes selon l'article 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle ou aux autorités agissant dans le cadre d'un crime flagrant ou dans le cadre de l'article 40 du Code d'instruction criminelle, sur requête de celles-ci. Par ailleurs, les services de secours d'urgence et la centrale du service d'incendie et de sauvegarde de la Ville de Luxembourg y ont également accès sur requête auprès de l'ILR. Même si un projet a été commencé actuellement un tel service n'est pas en place ou opérationnel auprès de l'ILR. Il semble d'ailleurs que le projet en question a été tout simplement arrêté. La Chambre de Commerce se pose donc la question, pour quelles raisons le législateur prévoit encore un autre service, tout en sachant que ce service risquera de ne pas fonctionner. Finalement, les frais supplémentaires que les opérateurs devraient engager chaque année ne risquent pas de rendre le service plus intéressant.

Au sujet de la définition de l'infraction grave telle qu'elle ressort du projet de loi, à savoir toute infraction pénale qui emporte une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, la Chambre de Commerce est d'avis que cette définition est large, et englobe grand nombre d'infractions et les demandes peuvent être nombreuses. Cependant, les opérateurs doivent conserver toutes les données, étant donné qu'ils ne peuvent pas savoir si une donnée sera nécessaire à la recherche, la constatation et la poursuite d'une infraction.

2) Le projet de règlement grand-ducal

Concernant l'article 1er

L'article 1er du projet de règlement grand-ducal détermine le champ d'application qui concerne les données relatives au trafic et à la localisation autres que les données de trafic concernant tant les personnes morales que physiques, ainsi *qu'aux données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur*.

La loi de 2005 ne mentionne pas les données connexes dans son champ d'application.

Le champ d'application contenu dans le projet de règlement grand-ducal est plus vaste que celui prévu dans la loi de 2005, dont le règlement dépend. Étant donné que le règlement grand-ducal est l'application pratique de la loi, il ne peut pas prévoir un champ d'application plus large que la loi.

La Chambre de Commerce est d'avis que l'élargissement du champ d'application doit être effectué dans le cadre du projet de loi modifiant la loi de 2005, et non dans le cadre du projet de règlement grand-ducal. Soit le législateur élargit le champ d'application de l'article 1 de la loi de 2005, soit il intègre le terme de „données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur“ dans la définition de „données relatives au trafic“ à l'article 2-Définitions de la loi de 2005.

Concernant l'article 3

La directive dit clairement que les obligations incombant aux fournisseurs de services de communications électroniques ou opérateurs doivent être proportionnées et la directive prescrit également de ne conserver que les données qui sont générées ou traitées par ces fournisseurs ou opérateurs. Dans le cas où ces données ne sont pas générées ou traitées par ces fournisseurs ou opérateurs, il n'y a pas d'obligation de les conserver. La directive n'a en effet pas l'objectif de harmoniser la technologie utilisée pour la conservation des données.

L'article 3 reprend textuellement la disposition de la directive relative aux données à conserver. La Chambre de Commerce met en avant que le législateur doit faire en sorte que les opérateurs ou fournisseurs ne doivent fournir que les données qu'ils *peuvent* fournir, donc qui sont disponibles pour l'opérateur ou le fournisseur lui-même. Par exemple, un fournisseur ou opérateur ne peut pas fournir toutes les données qui résultent d'une communication internationale allant du réseau luxembourgeois sur un réseau étranger.

En l'espèce, jusqu'à maintenant, les fournisseurs ou opérateurs conservaient toutes les données auxquelles ils avaient eux-mêmes accès et qui étaient disponibles pour eux. Avec cette nouvelle définition des données à conserver, qui est certes nécessaire afin de ne pas maintenir le flou juridique qui règne actuellement, ils auront l'obligation de conserver des données dont ils ne disposent pas actuellement. Les systèmes d'exploitation permettant de générer les données supplémentaires demandées pour la conservation sont chers et surdimensionnés par rapport au marché luxembourgeois de télécommunication, et correspondent à un grand investissement pour les entreprises. Cela posera notamment un problème pour les petits fournisseurs ou opérateurs et ceux ne possédant que de faibles parts de marché. Effectivement ces derniers devront faire directement un grand investissement, sans en tirer un bénéfice financier concret. Une distorsion concurrentielle pourra se créer par ce biais, étant donné que les entreprises avec des parts de marché pouvant être qualifiées de dominants ont plus de moyens et peuvent plus facilement supporter un grand investissement, alors que les autres fournisseurs auront plus de mal à libérer un grand montant d'argent, sans pouvoir en attendre une contrepartie financière.

La Chambre de Commerce relève que dans d'autres pays comme la France et la Belgique les opérateurs ou fournisseurs reçoivent une contrepartie financière.

Les modèles de rémunération diffèrent cependant dans les différents pays. Certains pays distinguent entre un financement direct des investissements et une rémunération par demande, tandis que d'autres incluent le financement des investissements directement dans la rémunération par demande.

Considérant la taille du Luxembourg et en conséquence le nombre de demandes potentielles très réduites, il semble plus qu'opportun d'introduire un modèle de compensation financière qui distingue entre les investissements et les demandes.

Il reste à noter qu'avec l'introduction de services comme VoIP, les opérateurs luxembourgeois se verront confrontés de plus en plus avec une concurrence internationale. Cette dernière ne sera peut-être pas soumise aux mêmes règles ou pourra bénéficier dans tous les cas d'une économie d'échelle non réalisable au Luxembourg.

Effectivement, il est techniquement impossible d'éviter qu'un consommateur luxembourgeois souscrive à un service de téléphonie auprès d'un opérateur international n'étant même pas déclaré comme opérateur au Luxembourg. Avec le plan „ultra-haut débit“ du gouvernement, qui assurera les bandes passantes nécessaires pour ces services à très court terme, il semble crucial à ce moment de ne pas imposer des obligations pouvant avoir un effet négatif sur la compétitivité des opérateurs luxembourgeois au niveau européen, voir mondial.

Il reste à noter que les communications faites via des opérateurs non implantés au Luxembourg ne seront nullement disponibles pour les autorités luxembourgeoises. Le but principal du projet de loi, la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée, ne sera donc nullement assurée dans un tel cas de figure.

Concernant l'article 7

La Chambre de Commerce tient encore une fois à souligner le raisonnement développé au sujet de l'article 3, et donne à réfléchir que la date d'entrée en vigueur joue un grand rôle pour ses ressortissants. En effet, vu l'investissement à faire afin de pouvoir disposer des données nécessaires à conserver, et vu qu'un tel changement de système ne peut pas avoir lieu du jour au lendemain, le règlement doit prévoir un délai de transition, pendant lequel tout fonctionne comme avant, à savoir les données *disponibles* sont fournies aux autorités. Une mise en application de ce règlement ne peut se faire, sous sa version actuelle, que dans un délai de six mois au plus tôt.

*

La Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, n'est en mesure d'approuver le projet de loi et projet de règlement grand-ducal sous avis que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

*

**AVIS DE LA COMMISSION CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME**
**sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-
ducal déterminant les catégories de données à caractère
personnel générées ou traitées dans le cadre de la four-
niture de services de communications électroniques ou
de réseaux de communications publics**
(29.6.2010)

Conformément à l'article 2 (1) de la loi du 21 novembre 2008 portant création d'une Commission consultative des Droits de l'Homme au Grand-Duché de Luxembourg, la Commission Consultative des Droits de l'Homme (CCDH) a été saisie par le Gouvernement pour émettre un avis sur (1) le projet de loi 6113 portant modification des articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle et (2) le Règlement grand-ducal déterminant les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics.

*

I) CONTEXTE EUROPEEN¹

L'Union européenne a voulu renforcer sa lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée, ceci à travers la collecte de données personnelles générées et traitées par les services de communications électroniques.

Toutefois, cette rétention de données et leur utilisation peuvent porter atteinte au respect de la vie privée et constituer une ingérence importante dans la jouissance des droits fondamentaux prévus notamment par la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Dans ce contexte et comme l'a rappelé le Conseil lors de sa déclaration du 13 juillet 2005, il est primordial pour l'UE, qu'un cadre légal commun relatif à la conservation de données concernant les télécommunications soit mis en place au plan européen et que celui-ci respecte les droits fondamentaux. C'est pour atteindre ces objectifs qu'a été prise la Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

*

II) LE PROJET DE LOI ET LE PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL

Le projet de loi transpose en droit luxembourgeois certains éléments de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communication électronique accessible au public ou de réseaux publics de communications en modifiant d'une part, les articles 5 et 9 de la loi modifiée du

1 – Convention de 1981 du Conseil de l'Europe sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel
– Convention de 2001 du Conseil de l'Europe sur la Cybercriminalité
– Conclusions du Conseil du 19 décembre 2002, souligne que la collecte de ces données constitue un instrument utile pour la lutte de la criminalité organisée
– Directive 95/46/CE 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données
– Directive 2002/58/CE 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

30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et d'autre part, l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle.

Le projet de règlement grand-ducal vise quant à lui à déterminer les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics.

La Commission Consultative des droits de l'Homme du Luxembourg (CCDH), tient à rappeler en préambule les normes fondamentales suivantes:

– L'article 8 de la CEDH qui dispose:

„1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.“

– L'article 16 (ex-article 286 TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'UE: „Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.“

– Les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux.

Article 7: „Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.“

Article 8: „1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.“

– Article 11(3) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg: „L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi“.

C'est à la lumière et dans le respect de ces exigences que la CCDH formule les remarques et recommandations suivantes².

*

III) ANALYSE DES PROJETS PAR LA CCDH

1) L'objet de la conservation

Le fournisseur de services ou l'opérateur, voire leur délégataire, doit conserver les données pendant une période de 6 mois à compter de la date de la communication. Cette obligation est liée aux besoins de recherche, de constatation et de la poursuite d'infractions pénales qui emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement.

Cette disposition appelle plusieurs remarques de la part de la CCDH.

Tout d'abord, le projet de loi (comme la Directive en partie) a pour motif principal de lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée. Or, en fixant le seuil d'infractions pénales pour la conservation des données à une peine dont le maximum est égal ou supérieur à un an, il vise de facto la quasi-totalité des infractions contenues dans le code pénal. Ceci dépasse donc très largement les auteurs de terrorisme et de criminalité organisée et s'étend potentiellement à un nombre très important de personnes (pour ne pas dire la quasi-totalité des personnes).

² Arrêt Klass, 6/09/78, caractéristique de l'Etat policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques“.

En conséquence de quoi, la CCDH serait d'avis que l'accès ne soit permis que pour les infractions suivantes:

- Les actes de terrorisme prévus par les articles 135-1 à 135-8 du Code pénal,
- L'association de malfaiteurs et le crime organisé, tels que prévus par les articles 322 et suivants du Code pénal, ainsi que la circonstance aggravante de l'association de malfaiteurs prévue spécifiquement en matière de trafic de stupéfiants par la loi modifiée du 19 février 1973, concernant la lutte contre la toxicomanie.

Ensuite, le nouveau dispositif légal ne doit pas conformément aux règles pénales et à la jurisprudence, servir de base à la recherche d'infractions et/ou de faits, mais uniquement à les corroborer.

En effet, la jurisprudence a rappelé les limites des pouvoirs du juge d'instruction, en indiquant: „Il en résulte que pour que le juge d'instruction puisse procéder à une perquisition, il ne faut pas qu'il y ait un prévenu en cause, mais il faut qu'il y ait prévention, un corps de délit, c'est-à-dire, constatation déjà faite d'un fait précis tombant sous l'application des lois pénales.“ Il a été jugé en outre: „Que la perquisition ne doit pas servir à la découverte d'une infraction inconnue des autorités sous peine de dégénérer en procédure inquisitoire“.³

Enfin, pour la CCDH, seul un juge d'instruction pourrait ordonner l'accès à ces données pour lesquelles les hypothèses de flagrant délit ne se justifient pas, car la conservation est assurée pour une période de 6 mois.

2) La sécurité des données

Cette question essentielle n'est abordée que par renvoi à la loi du 2 août 2002 et seulement au niveau du projet de règlement grand-ducal.

Or, pour des raisons de sécurité juridique, d'une part, ce domaine doit faire partie du projet de loi et d'autre part et surtout il doit mentionner précisément (à l'instar de l'Allemagne par exemple) les règles de sécurité auxquelles sont rigoureusement astreints les fournisseurs de service et opérateurs.

3) La délégation de l'obligation de conservation des données

Le projet de loi prévoit que les fournisseurs de service et opérateurs pourront sous-traiter leurs obligations de conservation de données.

Or, ceci n'est non seulement pas prévu par la directive mais semble dangereux, d'une part, quant au risque que cette délégation fait courir en matière de protection des données et de respect de la vie privée. D'autre part, en matière de recherche de responsabilité et de contrôle.

Si cette possibilité de sous-traitance était retenue, il incomberait de l'encadrer spécifiquement, par exemple avec un cahier des charges strict, une procédure d'agrément et de contrôle. En outre, il conviendrait de préciser et de réglementer les questions relatives à la responsabilité du délégataire. A ce titre, la compétence exclusive des tribunaux luxembourgeois devrait être retenue pour garantir et faciliter les voies de recours.

4) La sanction de la violation des obligations

La directive impose des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives. Or, les sanctions prévues ne nous paraissent pas suffisantes pour atteindre un tel objectif surtout si la sous-traitance est retenue. Des sanctions administratives de type suspension ou retrait d'agrément devraient être prévues.

*

³ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12 février 1992 et 31 mai 1994

**IV) LA CCDH ENTEND FORMULER LES
RECOMMANDATIONS SUIVANTES**

1. Le champ d'application de l'accès aux données doit être clairement et limitativement précisé.
2. La question de la sécurité des données doit être clairement et strictement réglementée dans le cadre de la loi.
3. La liste des infractions doit être limitée aux infractions graves définies dans le Code pénal et ces infractions doivent être énoncées dans la loi.
4. Seule une instance judiciaire doit être habilitée à autoriser l'accès aux données.
5. La délégation de l'obligation de conservation des données doit faire l'objet d'une réglementation rigoureuse et précise.
6. Des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives doivent effectivement être mises en place en cas de manquements aux obligations et/ou de violation de la loi.

Adopté en réunion plénière, à Luxembourg, le 29 juin 2010.

Entré à l'Administration parlementaire le 16 juillet 2010.