

N° 6113²

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**

* * *

AVIS DU PARQUET GENERAL

**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 communi-
cations publics**

(28.4.2010)

PROJET DE LOI

Article 5, paragraphe 1er, lettre (a) nouveau de la loi du 30 mai 2005

La première phrase du paragraphe introduit deux restrictions par rapport à la disposition actuelle. L'accès des autorités judiciaires aux données conservées est limité aux infractions qui emportent une peine d'un certain niveau. Par ailleurs, la durée de conservation est portée d'un an à 6 mois.

L'insertion de la première limitation dans le texte est surprenante pour les raisons suivantes. L'article 5 de la loi du 30 mai 2005 fixe les obligations des opérateurs de conserver les données de trafic. Cette loi ne constitue pas, formellement, la base juridique du droit d'accès des autorités judiciaires. Ce droit d'accès relève du Code d'instruction criminelle. Il est difficilement concevable de limiter le droit d'obtenir des informations dans le cadre d'une loi déterminant les obligations de conservation des opérateurs. Dans la pratique, les opérateurs devront d'ailleurs tout conserver, ne sachant pas a priori aux fins de recherche de quelles infractions serviront les données, ni quelle donnée sera utile à cette même fin. De même, les opérateurs ne pourront refuser la communication des données dès lors que le juge d'instruction pourra, par recours à une ordonnance de perquisition et de saisie adoptée en application du droit commun (article 66 CIC), obtenir toutes les données conservées. Dans la logique de la loi sur la protection des données, la légitimité de la conservation des données est établie par les mots „Pour les besoins de la recherche ...“ figurant au début de l'article.

S'il y a lieu de limiter le droit d'accès des autorités judiciaires, il faudra le faire dans le cadre d'une disposition spécifique du Code d'instruction criminelle. Or, l'article 67-1 actuel couvre l'obtention de données de trafic; en effet, il est question, au deuxième alinéa, sub 1), du „repérage des données d'appel de moyens de communication à partir desquels ou vers lesquels des appels sont adressés ou ont été adressés“. L'insertion d'une limitation, en termes de peines, dans l'article 5 de la loi de 2005, outre qu'elle est formellement erronée, est dès lors parfaitement superflue.

Pour clarifier le lien entre l'article 5 de la loi de 2005 et l'article 67-1, il pourrait utilement être fait référence à cet article. Le texte pourrait se lire comme suit: „... mise à disposition des autorités judiciaires, agissant au titre de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, ...“. Les mots „dont les maximum ... un an d'emprisonnement“ peuvent utilement être omis.

Les auteurs du projet ne s'expliquent pas sur les raisons qui les ont amenés à restreindre le droit d'accès en portant le taux des peines de 6 mois à un an. Le cabinet d'instruction, contacté par le parquet

général, s'interroge sur cette limitation alors que l'accès aux données de trafic est d'une autre nature que l'interception de communications au titre de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle et que l'application des textes actuels n'a pas donné lieu à des pratiques attentatoires aux droits inhérents au respect de la sphère privée.

Si les juges d'instruction s'interrogent sur la limitation du champ d'application du droit d'accès, ils expriment des réserves sérieuses par rapport à la réduction de la durée de conservation de 12 mois à 6 mois. Ces réserves sont partagées par les parquets. Les nécessités de l'enquête plaident en faveur du maintien de la durée de conservation actuelle, même si les opérateurs entendent limiter les charges que la conservation leur impose. Il ne faut pas perdre de vue qu'une réduction de la durée de conservation peut avoir des implications négatives pour le Luxembourg au niveau de l'entraide pénale internationale.

La deuxième phrase que le projet se propose d'ajouter à l'article, est superflue dans une approche juridique. En effet, tant un appel „fructueux“ qu'un appel „infructueux“ constituent une donnée de trafic.

Le projet de loi se propose encore d'organiser un mécanisme de délégation d'exécution des obligations légales des opérateurs vers des tiers. Le soussigné s'interroge sur un texte légal qui habilite une entité de droit privée, assumant certaines obligations légales, à „déléguer l'exécution de ces obligations“ à des tiers agissant en leurs noms et pour leur compte. Quel sera le rapport juridique entre ce tiers et le „déléguant“; logiquement, il ne peut s'agir que d'un rapport de droit privé ou est-ce que le législateur, en autorisant cette délégation, entend accepter un transfert de responsabilité? D'après la loi, les opérateurs, pris individuellement, restent et doivent rester responsables de la conservation des données et de l'octroi de l'accès aux autorités judiciaires. Le soussigné suggère de faire abstraction de cette disposition. Si la loi envisage le transfert de responsabilités à un tiers, l'ILR ou une autre entité, il faudra le dire clairement. Si les opérateurs restent responsables, ils pourront toujours organiser un régime de „sous-traitance“ technique régie par le droit privé. Il n'est pas indiqué de prévoir expressément la possibilité d'un tel mécanisme dans la loi, même si les opérateurs sont demandeurs quant à ce type de disposition.

Le texte actuel, comme le texte sous projet, prévoit l'adoption d'un règlement grand-ducal pour fixer les catégories de données de trafic. A la lecture du projet de règlement grand-ducal on note que l'article 1er du règlement semble aller au-delà de sa source légale en ce que sont visées, à côté des données relatives au trafic, terme repris de la loi, les données „connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur“. Or, de deux choses l'une; ou bien le concept légal de données de trafic englobe les données dites connexes, auquel cas il n'est pas besoin de relever cette sous-catégorie à l'article 1er du règlement, ou bien le règlement porte sur des données qui ne sont pas expressément relevées dans le texte légal auquel cas il faudrait élargir ce dernier.

Le soussigné ne saisit pas la pertinence de la dernière phrase du nouvel article 5, paragraphe 1, lettre (a) qui dispose que le règlement „peut également déterminer les formes et modalités“ de mise à disposition. A noter, d'abord, que la loi ne renvoie pas à un règlement sur cette question. La loi ne semble pas envisager la problématique. Par ailleurs, le projet de règlement se limite à déterminer les catégories. Si les termes „formes et modalités“ de mise à disposition des données devaient englober un mécanisme d'accès direct par voie électronique, il faudrait le prévoir dans la loi, à l'instar des systèmes d'accès prévus à d'autres banques de données. Dans ces conditions, le soussigné propose de supprimer cette dernière phrase.

Article 5, paragraphe 2, de la loi du 30 mai 2005

Le parquet général n'a pas d'observation à formuler.

Article 9, paragraphe 1, lettre (a), nouveau de la loi du 30 mai 2005

Il est renvoyé aux observations se rapportant à l'article 5.

Article 9, paragraphe 2, de la loi du 30 mai 2005

Le parquet général n'a pas d'observation à formuler.

Article 67-1 du Code d'instruction criminelle

Il est renvoyé aux observations se rapportant à l'article 5 en ce qui concerne le relèvement des taux des peines.

PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL*Article 1er:*

Il est renvoyé aux commentaires relatifs au nouveau texte de l'article 5, paragraphe 1er, de la loi du 30 mai 2005.

Articles 2 et 3:

Le parquet général n'a pas d'observation par rapport à ces articles.

Article 4:

Cet article prévoit que le traitement des données est soumis au respect de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et que la Commission nationale est compétente pour opérer des contrôles.

Même si cette question ne concerne pas directement le parquet général, il convient de marquer des réserves par rapport à cette disposition. Elle est parfaitement superflue alors que le rappel du respect de la loi du 2 août 2002 est une évidence. Par ailleurs, la compétence de la Commission nationale trouve sa source dans la loi du 2 août 2002 et ne saurait être fondée sur un règlement grand-ducal qui se base sur une autre loi et qui a un objet très particulier, à savoir la détermination des catégories de données de trafic. La loi du 30 mai 2005 opère, à l'article 12, un renvoi général à la compétence de la Commission nationale pour ce qui est du contrôle de l'application de la loi et des règlements d'exécution.

Article 5:

Cet article est encore superflu alors qu'il ne fait que répéter la teneur de dispositions légales.

Article 6:

L'obligation de la Commission nationale de transmettre des informations à la Commission de l'Union européenne trouve son fondement dans le droit européen. S'il y a lieu de reprendre cette mission en droit national, il faut le faire dans le cadre d'une disposition plus générale à ajouter à la loi du 2 août 2002. L'article 6 n'a pas sa place dans un règlement grand-ducal déterminant les catégories de données de trafic.

