

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 Conseil d'Etat

(22 juin 2010)

Par dépêche du 12 février 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Communications et des Médias.

Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre des salariés ainsi que celui du Parquet général ont été communiqués au Conseil d'Etat par dépêche du 26 avril 2010.

L'avis de la Commission nationale pour la protection des données et un avis complémentaire du Parquet général ont été communiqués au Conseil d'Etat par dépêche du 30 avril 2010.

Finalement, l'avis de la Chambre des métiers lui a été communiqué par dépêche du 21 mai 2010.

Considérations générales

La loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dont le projet sous avis tend à modifier les articles 5 et 9, fut une première fois modifiée par la loi du 27 juillet 2007 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. Cette modification a eu notamment pour objet de réduire le temps de conservation des données relatives au trafic des communications électroniques de 12 à 6 mois.

D'après son exposé des motifs, le projet de modification de la loi sous avis vise les articles 5 et 9 et a principalement pour objet de transposer en droit national « certains éléments » de la directive 2006/24/CE du Parlement

européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de 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 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

La modification proposée par le projet de loi sous revue apporte des précisions relatives à la rétention des données relatives au trafic et de données de localisation en matière de télécommunication en vue d'assurer leur disponibilité à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves. Elle s'inscrit dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et répond de ce fait au principe de proportionnalité qui régit toute exception à un droit fondamental. L'article 11(2) de la Constitution dispose que l'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi. L'article 8 (2) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ajoute qu'il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence 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.

Pour respecter strictement ce cadre, les auteurs du projet de loi ont retenu comme infractions remplissant le caractère de gravité visé celles qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, alors que la disposition actuelle de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle prévoit une peine égale ou supérieure à 6 mois. Les auteurs du projet ont également opté pour la durée minimale de conservation prévue par la directive à transposer, à savoir 6 mois, alors que la durée maximale prévue est de deux ans.

Toujours pour respecter les limites fixées par les normes supérieures, le Conseil d'Etat peut faire sienne la recommandation de la Commission nationale pour la protection des données qui exige une autorisation judiciaire préalable pour donner accès aux données du trafic. A cet effet, il est proposé de modifier également le paragraphe 2 des articles 5 et 9 pour en assurer la cohérence avec l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle aux termes duquel le repérage des communications n'est possible que s'il est ordonné par le juge d'instruction. Une jurisprudence en la matière confirme que « la compétence pour ordonner un tel repérage appartient en principe au juge d'instruction ... » (Arrêt 106/08 V du 26 février 2008 de la Cour d'appel).

Par ailleurs, comme il s'agit de transposer une directive européenne, le Conseil d'Etat déplore que les auteurs du projet de loi sous avis n'aient pas ajouté un tableau de concordance permettant de voir dans quels textes législatifs les « autres éléments » de la directive sont ou seront transposés. Ainsi par exemple, l'article 13, paragraphe 2 prévoit que « chaque Etat membre prend, en particulier, les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'accès intentionnel aux données conservées conformément à la présente

directive ou le transfert de ces données qui ne sont pas autorisés par le droit interne adopté en application de la présente directive soient passibles de sanctions, y compris de sanctions administratives ou pénales, qui sont efficaces, proportionnées et dissuasives ». Cette disposition n'est pas prévue dans le projet de loi sous revue.

Le Conseil d'Etat a bien pris note que les auteurs ont opté pour une deuxième voie de transposition partielle de la directive précitée par le biais du 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. Or, le Conseil d'Etat insiste à ce que ce règlement se limite à sa base légale, à savoir les catégories de données. Les autres dispositions de la directive, telles que les nouvelles notions à définir, la sécurité des données et l'établissement de statistiques seront ainsi à introduire dans la loi.

Parmi ces nouvelles notions se trouve celle relative aux données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur, ainsi que la notion d'appel téléphonique infructueux. L'article 3, paragraphe 2 de la directive précise le cadre de la fourniture des services de communication concernés, comme étant celui « des fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou d'un réseau public de communications » tandis que la loi précitée du 30 mai 2005 limite le champ d'application au cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux de communications publics.

Quant aux exigences relatives à la sécurité du stockage des données, plutôt que de prévoir une référence aux dispositions de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel au sein du règlement grand-ducal précité, le Conseil d'Etat insiste à ce qu'elles soient inscrites au sein du texte sous revue.

Conformément à l'article 15, paragraphe 3 de la directive 2006/24/CE précitée, le Luxembourg avait déclaré qu'il entendait recourir à l'article 15, paragraphe 3, de la directive précitée afin d'avoir la possibilité de différer jusqu'au 15 mars 2010 l'application de cette directive pour ce qui est la conservation de données de communication concernant l'accès à l'internet, la téléphonie par l'internet et le courrier électronique par l'internet.

Examen des articles

Article 1^{er}

Paragraphe 1^{er}

Les modifications par rapport au texte existant consistent à

1. limiter l'accès des autorités judiciaires aux données conservées pour les infractions qui emportent une peine égale ou supérieure à un an; comme ceci relève du Code d'instruction criminelle et comme les opérateurs devront de toute façon tout conserver, ne sachant *a priori* ni aux fins de recherche de quelles infractions serviront les données ni quelle donnée sera

utile à cette même fin, le Conseil d'Etat recommande de supprimer cet ajout, qui fait d'ailleurs l'objet de l'article 2;

2. préciser la durée de conservation des données de 6 mois qui débute avec la date de la communication;

3. étendre l'obligation de conservation aux appels infructueux; étant donné que ceci reflète les dispositions de l'article 3, paragraphe 2 de la directive, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec cette précision, même si, dans une approche juridique, elle est superflue car peu importe si un appel est fructueux ou infructueux, il constitue une donnée du trafic;

4. prévoir un mécanisme de délégation d'exécution des obligations légales des opérateurs vers des tiers. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée de cette disposition. Les auteurs du projet de loi prévoient-ils avec la sous-traitance un transfert de responsabilité? Ou s'agirait-il d'un simple rapport de droit privé? L'Institut luxembourgeois de régulation aurait-il éventuellement ce rôle de sous-traitant? Quels sont les risques liés à une centralisation auprès d'un seul sous-traitant, qui serait en plus une entité de droit public? Si le législateur veut prévoir un système de sous-traitance, n'y aurait-il pas lieu d'en prévoir un encadrement législatif spécifique? D'après le Conseil d'Etat, les opérateurs seront les seuls responsables de la conservation des données, même s'ils organisent un régime technique de sous-traitance régi par le droit privé. En l'absence de précisions suffisantes quant aux organismes concernés, pour des raisons d'insécurité juridique et dans le souci de la préservation de la protection en cascade des données, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette disposition qui ne répond pas aux prescriptions de l'article 32(3) de la Constitution qu'il demande de supprimer.

5. ajouter au règlement grand-ducal sur les catégories de données les formes et les modalités suivant lesquelles les données sont à mettre à disposition des autorités judiciaires. Comme la loi ne renvoie ni à un règlement sur cette question ni à un système d'accès direct comme prévu à d'autres banques de données, le Conseil d'Etat insiste à ce que la dernière phrase de l'article sous avis soit supprimée. En outre, il a une préférence pour les procédures généralement applicables en cette matière et prévues par le Code d'instruction criminelle.

Paragraphes 2 et 4

Sans observation.

Paragraphe 3

Le Conseil d'Etat renvoie aux observations se rapportant au paragraphe 1^{er}.

Article 2

Cet article a trait à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle dont le paragraphe 1^{er} précise:

« Lorsque le juge d'instruction saisi de faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est

égal ou supérieur à 6 mois d'emprisonnement, estime qu'il existe des circonstances qui rendent le repérage de télécommunications ou la localisation de l'origine ou de la destination de télécommunications nécessaire à la manifestation de la vérité, il peut faire procéder, en requérant au besoin le concours technique de l'opérateur de télécommunications et/ou du fournisseur d'un service de télécommunications:

1. au repérage des données d'appel de moyens de télécommunication à partir desquels ou vers lesquels des appels sont adressés ou ont été adressés;
2. à la localisation de l'origine ou de la destination de télécommunications. »

Le texte sous avis prévoit de relever le minimum des peines de 6 à 12 mois; comme il relève d'un choix politique, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 juin 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder