

Projet de loi

portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Avis du Conseil d'Etat

(17 mai 2011)

Par dépêche du 28 décembre 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.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles, l'avis de la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) ainsi qu'un texte coordonné de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Par courrier du 9 mars 2011, le dossier fut complété par un tableau de concordance entre les dispositions de la directive 2009/136/CE et la transposition dans la législation nationale.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics fut transmis au Conseil d'Etat le 14 avril 2011, ceux de la Chambre de commerce et de la Chambre des salariés le 15 avril 2011 et celui de la Chambre des métiers le 6 mai 2011.

Considérations générales

Ce projet de loi a comme objet la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2009/136/CE qui fait partie du nouveau « paquet télécom », par lequel le droit communautaire a été adapté à l'évolution technologique rapide du secteur. Cette directive modifie la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et 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. Les modifications essentielles ont pour finalité d'instaurer un niveau de protection élevé de la vie privée et des données à caractère personnel qui équivalent pour chaque consommateur et utilisateur quelle que soit la technologie utilisée pour fournir un service donné. Est aussi introduite une nouvelle procédure de notification, à savoir l'obligation des fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public d'avertir la CNPD en cas de survenance d'une violation de la sécurité et de la confidentialité de données à caractère personnel. Par ailleurs, les fournisseurs seront obligés

d'informer de surcroît leurs abonnés dès lors que l'incident constaté est susceptible de les affecter défavorablement au niveau de la protection de leur vie privée et des données les concernant. Selon l'avis de la CNPD, ces dispositions « promettent en effet d'induire une vigilance accrue de la part des responsables des traitements de données, de promouvoir l'amélioration continue des procédures internes et de favoriser l'investissement dans les ressources techniques visant à assurer la sécurité des données à caractère personnel ».

Enfin, le présent projet de loi a encore comme but de procéder à une modification ponctuelle des dispositions concernant le mandat et le statut des membres de la CNPD. Le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen des articles.

Examen des articles

Intitulé

La transposition de la directive 2009/136/CE dans la législation nationale s'opère par la modification de la loi modifiée du 30 mai 2005.

L'article 8 du projet de loi sous examen modifie certaines dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Ainsi, afin d'assurer que l'intitulé du projet de loi soit en conformité avec son contenu, le Conseil d'Etat propose de modifier celui-ci comme suit:

« *Projet de loi portant modification*

- 1) *de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques; et*
- 2) *de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».*

En outre, le Conseil d'Etat remarque qu'il n'y a pas lieu de faire suivre les articles à modifier par des intitulés abrégés tels que par exemple à l'article 1^{er} (Champ d'application), à l'article 2 (Définitions), à l'article 3 (Sécurité) etc.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat propose d'y inclure la référence abrégée à la loi modifiée en employant la formulation suivante:

« **Art. 1^{er}.** L'article 1^{er} de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, ci-après « la loi modifiée du 30 mai 2005 », est complété à la fin par l'ajout: ... »

Article 2

Sans observation.

Article 3

L'article 3 transpose fidèlement l'article 4, (b) et (c), de la directive 2009/136/CE et porte sur les exigences en matière de sécurité du traitement des données personnelles par les fournisseurs de services et de réseaux de communications électroniques. Il s'agit en particulier des obligations pour les fournisseurs de services de communications électroniques, en cas de violation de données à caractère personnel, par rapport à la CNPD et à l'abonné ou le particulier concerné par cette violation. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler sur ces obligations destinées à assurer une meilleure protection des données personnelles des consommateurs de services de communications électroniques. Il constate par contre qu'à l'endroit de l'alinéa 7 du paragraphe 3 inséré à l'article 3 de la loi du 30 mai 2005, la CNPD se voit octroyer le droit de prononcer un avertissement en cas de premier manquement aux obligations par le fournisseur et une amende d'ordre en cas de manquement réitéré.

Le paragraphe 5 qui reprend les dispositions de la loi du 30 mai 2005 en l'appliquant aux paragraphes 1^{er}, 2 et 4 du nouveau dispositif reprend les dispositifs pénaux pouvant aller d'un emprisonnement de 8 jours à un an et d'une amende de 251 à 125.000€ ou d'une de ces peines seulement.

Le Conseil d'Etat constate ainsi que le projet de loi entend attribuer à la CNPD la compétence de décider des amendes d'ordre qui risqueront de relever de la matière pénale au sens de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ceci sans instituer de recours en réformation contre ces décisions de la CNPD. Le Conseil d'Etat, de manière identique que dans ses avis précédents (voir avis du Conseil d'Etat du 8 mars 2011, doc. parl. n° 6164³), rend attentif à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui admet de manière constante que les sanctions administratives qui sont assimilables à des sanctions pénales peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du tribunal visé par l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention, à condition toutefois que le justiciable dispose contre cette décision d'un recours de pleine juridiction.

Le Conseil d'Etat exige ainsi sous peine d'opposition formelle à ce que soit institué un recours en réformation devant le tribunal administratif contre les décisions de la CNPD prononçant des amendes d'ordre. Il propose dès lors d'ajouter dans le texte la disposition suivante:

« Un recours en réformation est ouvert devant le tribunal administratif contre les décisions prises par la Commission nationale pour la protection des données dans le cadre du présent article. »

Article 5

L'article 5 du projet de loi entend pallier un vide juridique résultant de la suppression de l'ancien article 9(1) de la loi de 2005 par la loi du 24 juillet 2010 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 en réintroduisant une base juridique à l'obligation pour tout

fournisseur ou opérateur de téléphonie de transmettre pour chaque appel à destination du numéro d'appel d'urgence unique européen 112 et d'un des numéros d'urgence déterminé par l'Institut luxembourgeois de régulation les données de l'appelant et de localisation disponibles. Si le Conseil d'Etat se déclare entièrement d'accord avec la nécessité de réintroduire une base juridique à l'obligation de transmission de données au service d'urgence, il rejoint néanmoins l'avis de la Chambre de commerce qui s'étonne de l'étendue des données relatives à l'identification que les opérateurs sont tenus à transmettre. Il s'agit en effet du « numéro de téléphone, l'adresse électronique, nom, prénom(s), domicile ou lieu de résidence habituel, dénomination ou raison sociale, adresse de facturation ou lieu d'établissement de l'abonné et de l'utilisateur pour autant que ce dernier soit identifié ou identifiable ». Face à l'ampleur des données à transmettre, le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité et la proportionnalité d'une telle exigence, tout en estimant que le nom et l'adresse pourraient répondre pleinement au but visé. En attendant des raisons valables sur la pertinence de l'ensemble des informations requises par le texte sous examen, le Conseil réserve sa décision quant à la dispense du second vote constitutionnel du projet de loi faisant l'objet du présent avis.

Articles 6 et 7

Sans observation.

Article 8 (8 à 10 selon le Conseil d'Etat)

Cet article modifie certaines dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel relative à la composition de la CNPD et en particulier au mandat des membres de cette commission.

D'un point de vue de la technique législative, il y a lieu de prévoir un article distinct pour chaque modification à apporter à cette loi.

Quant au fond, ces dispositions prévoient la possibilité pour les membres de la CNPD, dans l'hypothèse où leur mandat n'est pas renouvelé ou lorsqu'il est révoqué, à l'instar de ce qui est prévu auprès de la CSSF, de la Banque centrale du Luxembourg ou de la Cour des comptes, de devenir conseillers de la CNPD pour une durée illimitée avec maintien de leur rémunération. Le commentaire des articles justifie cette disposition par un désir d'ajuster le fonctionnement de la CNPD à celui des autres établissements publics ci-avant mentionnés.

Le Conseil d'Etat se doit de rappeler dans ce contexte que les dispositions sous examen ont déjà fait l'objet d'une modification substantielle opérée par la loi modificative du 27 juillet 2007. Dans ces circonstances, il ne voit aucune raison justifiant une nouvelle modification de ces mêmes dispositions et propose d'en faire abstraction.

Le Conseil d'Etat constate par ailleurs que les lois spéciales qui organisent les établissements publics instituent une multitude de régimes pour répondre aux situations qui se présentent en cas de cessation du mandat des membres des organes directeurs des différents établissements publics

pour une autre raison que l'atteinte de la limite d'âge, notamment par rapport au régime applicable aux titulaires des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat.

Le traitement non identique de situations pourtant similaires risque de poser de sérieux problèmes au regard du principe de l'égalité devant la loi. Pour cette raison, le Conseil d'Etat estime qu'il est indispensable d'harmoniser dans un premier temps les différentes législations en instituant un régime unique sur lequel le régime applicable aux membres la CNPD pourra s'aligner dans un deuxième temps.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mai 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder