

**Projet de loi**

**portant modification du Code d'instruction criminelle et 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'État**

(10 juillet 2015)

Par dépêche du 7 janvier 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact et une fiche financière.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 20 février 2015 et 6 juillet 2015.

**Considérations générales**

Il découle de l'exposé des motifs du projet de loi sous examen qu'il a « pour objet d'adapter le dispositif légal relatif à la rétention des données de télécommunications à des fins de poursuites aux exigences de l'arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne en date du 8 avril 2014, dit « Digital Rights » (affaires jointes C-293/12 et C-594/12) », par lequel cette cour a invalidé la directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 du Parlement européen et du Conseil 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.

Pour ce faire, le projet se propose de reformuler en tout ou en partie tant l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle que les articles 5, 5-1 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des télécommunications et portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle, et qui avait à l'époque opéré transposition en droit national de la directive annulée.

L'arrêt du 8 avril 2014 de la Cour de justice de l'Union européenne « *Digital Rights* » a, en résumé et pour l'essentiel, reconnu que si, certes, la directive visée au recours porté devant elle poursuivait un objectif d'intérêt général<sup>1</sup> et que la conservation des données de communication pouvait être

---

<sup>1</sup> point 44 de l'arrêt visé au texte ;

considérée comme apte à réaliser l'objectif poursuivi par ladite directive<sup>2</sup>, elle ne remplissait pas le caractère de proportionnalité imposant que l'atteinte à la vie privée que comporte, le cas échéant, une réglementation européenne pour être conforme aux principes établis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, soit limitée au strict nécessaire<sup>3</sup>. En outre la Cour de justice de l'Union européenne reproche à la même directive d'avoir négligé de prévoir un critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données retenues<sup>4</sup>. Enfin, la Cour critique la directive sur ses indications relatives à la durée de la rétention<sup>5</sup>, et sur ses dispositions relatives à la sécurité, la protection ainsi que l'effacement des données à la fin de leur période de sauvegarde<sup>6</sup>.

Si l'annulation de la directive 2006/24/CE n'entraîne pas *ipso jure* la caducité des législations nationales de transposition, les vices qui ont amené la Cour de justice de l'Union européenne à sa décision sont cependant partagés par ces législations pour autant qu'elles ont suivi la directive et l'exposent dès lors au reproche de la violation des mêmes droits fondamentaux que ceux visés à l'arrêt en question.

Il en a ainsi été récemment en Belgique, où, par un arrêt de la Cour constitutionnelle n° 84/2015 rendu le 11 juin 2015, la loi du 30 juillet 2013 portant modification des articles 2, 126 et 145 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et l'article 90*decies* du Code d'instruction criminelle, a été annulée dans son ensemble « *par identité de motifs avec ceux qui ont amené la Cour de justice de l'Union européenne à juger la directive « conservation des données » invalide pour avoir « excédé les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité » au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »<sup>7</sup>.

Le Conseil d'État approuve dès lors l'initiative du législateur de vouloir se conformer aux voies proposées par le juge de l'Union européenne, ce qui non seulement est dans l'intérêt de la protection des libertés individuelles, mais encore évite à des dossiers pénaux basés sur des données de communication conservées de se heurter à des écueils de procédure qui seraient de nature à entraîner des incertitudes juridiques majeures.

## **Examen des articles**

### Observation préliminaire

Contrairement à la démarche retenue dans le cadre de 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<sup>8</sup>, les auteurs du projet de loi entendent, dans l'article 1<sup>er</sup> du projet

---

<sup>2</sup> *ibid.*, point 49 ;

<sup>3</sup> *ibid.*, points 52 à 59 ;

<sup>4</sup> *ibid.*, points 60 à 62 ;

<sup>5</sup> *ibid.*, points 62 et 64 ;

<sup>6</sup> *ibid.*, points 65 à 68 ;

<sup>7</sup> point B.11.1 de la décision 84/2015 ;

<sup>8</sup> Mém. A. 122 du 29 juillet 2010, p. 2060 ;

de loi, modifier le Code d'instruction criminelle pour ensuite, dans son article 2, modifier la loi précitée du 30 mai 2005. Or, l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle ne fait que poser les conditions d'accès aux données que les fournisseurs et opérateurs sont obligés de retenir en vertu de la loi du 30 mai 2005. Le Conseil d'État propose dès lors d'invertir les articles du projet, l'article 1<sup>er</sup> devenant l'article 2 et l'article 2 devenant l'article 1<sup>er</sup>.

### Article 1<sup>er</sup> (2 selon le Conseil d'État)

Le commentaire des articles renseigne sur l'intention des auteurs du projet de loi, qui est de « tenir compte (...) des exigences formulées par l'arrêt « *Digital Rights* » en remplaçant à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle la mention d'un seuil de peine déterminant les infractions pour lesquelles les autorités judiciaires<sup>9</sup> peuvent accéder les données de communication retenues par les fournisseurs et opérateurs, par une liste d'infractions considérées comme infractions graves. La liste en question fait l'objet du nouveau paragraphe 4 dudit article 67-1 du Code d'instruction criminelle.

Cette modification tend dès lors à rencontrer le reproche du juge de l'Union européenne adressé à la directive annulée, consistant en ce que « *la directive 2006/24 ne prévoit aucun critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données et de leur utilisation ultérieure à des fins de prévention, de détection ou de poursuites pénales concernant des infractions pouvant (...) être considérées comme suffisamment graves pour justifier* »<sup>10</sup> une ingérence dans les droits fondamentaux.

La Cour de justice de l'Union européenne retient à ce propos à l'encontre de la directive, outre le défaut d'indications quant aux règles procédurales d'accès, deux points de critique distincts : le défaut de précision suffisante quant aux infractions pouvant justifier un accès aux données retenues, d'une part, et le défaut de limitations quant au nombre de personnes pouvant effectuer un accès auxdites données, d'autre part.

Le Conseil d'État note que les auteurs du projet n'entendent pas revenir sur le principe que, dans le cadre de poursuites pénales, seul le juge d'instruction, régulièrement saisi par le ministère public, peut accéder aux données retenues par les fournisseurs et opérateurs. Cette solution, retenue dès l'insertion de l'article 67-1 au Code d'instruction criminelle par la loi du 21 novembre 2002<sup>11</sup>, est de nature à répondre – pour ce qui est de la transposition en droit national de la directive annulée – aux critiques formulées au regard des limitations des accès aux données retenues étant donné que l'ordonnance rendue par le juge d'instruction est susceptible de recours juridictionnels au vœu de l'article 67-1, paragraphe 3, du Code d'instruction criminelle.

La loi nationale prévoit ainsi des règles procédurales précises déterminant tant les accès que les recours contre ceux-ci. De même, le cercle

---

<sup>9</sup> Le commentaire des articles parle d'ailleurs, à tort, d'autorités répressives, alors que seul le juge d'instruction, autorité judiciaire, peut avoir recours à cet instrument ;

<sup>10</sup> Arrêt « *Digital Rights* », point 60 ;

<sup>11</sup> Loi du 21 novembre 2002, Mém. A 2002, no. 132, p. 3052 ;

des personnes pouvant recourir à cette mesure est déterminé par les dispositions sur l'organisation judiciaire, et est dès lors non seulement restreint, mais encore fermé.

Les auteurs du projet de loi proposent, pour répondre au reproche formulé relativement aux infractions pouvant justifier un accès, de recourir à une liste d'infractions considérées comme graves.

Le Conseil d'État rappelle que, dans le cadre du projet de loi n° 6113, qui devait devenir la loi précitée du 24 juillet 2010, la question de l'insertion d'une liste au lieu d'un seuil de peine avait déjà fait l'objet de débats. Ainsi, on peut lire dans le rapport de la Commission parlementaire de l'enseignement supérieur, de la recherche, des media et des communications<sup>12</sup> que « *quant à une liste des peines, telle que favorisée par exemple par la Commission nationale pour la protection des données et la Commission consultative des droits de l'homme dans leurs avis respectifs, les auteurs du projet de loi estiment que la détermination des infractions à retenir aurait été d'une complexité et d'une envergure énorme. Retenir uniquement les infractions d'actes de terrorisme et de criminalité organisée serait un manquement grave dans le cadre de la lutte contre cette sorte d'infractions, puisque les infractions primaires ne seraient plus prises en considération. Selon les auteurs du projet de loi, le seuil de peine d'un an représente un compromis entre, d'une part, la recherche de l'efficacité du système, militant plutôt pour un seuil de peine relativement bas, et, d'autre part, la protection de la vie privée et des droits fondamentaux des citoyens, qui exigerait un seuil de peine plus élevé.* ».

Le Conseil d'État avait à l'époque exprimé sa préférence pour un seuil de peine<sup>13</sup>, sans entrer plus amplement dans le débat entre les défenseurs d'un système de liste et les auteurs du projet de loi en question.

La directive 2006/24/CE, en son article 4, avait laissé le choix aux États-membres de déterminer selon leur droit national notamment « *les conditions à remplir pour avoir accès aux données conservées dans le respect des exigences de nécessité et de proportionnalité* ». Elle a été censurée sur ce point entre autres pour ne pas disposer « *expressément que [l']accès et l'utilisation [...] doivent être strictement restreints à des fins de prévention et de détection d'infractions graves précisément délimitées ou de poursuites pénales afférentes à celles-ci* »<sup>14</sup>.

Le Conseil d'État n'en déduit pas la nécessité absolue pour le législateur national de devoir revenir sur sa décision initiale de procéder à une limitation par le recours à un seuil de peine. Tout au plus, mais il s'agit là d'un choix politique qui ne compète pas au Conseil d'État, pourrait-on vérifier si le seuil actuel d'un an<sup>15</sup> doit être maintenu, ou bien s'il doit être porté à un niveau plus élevé, ainsi que cela avait été notamment discuté dans le cadre de la loi précitée du 24 juillet 2010.

---

<sup>12</sup> Doc. parl. 6113 - 10, précité, p. 6 ;

<sup>13</sup> Doc. parl. 4889 - 1 / 4886 - 1, p. 4, et 6113 - 3, p. 2 ;

<sup>14</sup> Point 61 de la décision « *Digital Rights* » ;

<sup>15</sup> À noter que le seuil avait initialement été fixé à six mois (loi du 21 novembre 2002) ;

Si toutefois le recours à une liste devait être maintenu, le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de créer une nouvelle liste, qui viendrait s'ajouter à celles figurant déjà actuellement aux différents codes, à l'exemple de l'article 506-1 du Code pénal et des articles 66-2 et 66-3 du Code d'instruction criminelle, au risque de créer des confusions au niveau des praticiens du droit appelés, d'un côté de la barre ou de l'autre, à appliquer ces textes. Ne serait-il pas plus judicieux de recourir à une liste déjà existante, et notamment à celle figurant à l'article 506-1 du Code pénal, qui a le mérite, non seulement, de correspondre aux directives européennes édictées en matière de blanchiment de fonds provenant d'infractions criminelles, qui retiennent également le critère de crime grave, mais encore, d'être bien connue des praticiens du droit.

À tout le moins, si les auteurs du projet entendent maintenir la liste actuellement proposée, le Conseil d'État estime qu'il serait indiqué, afin d'éviter que la liste ne se révèle incomplète pour ce qui des infractions qualifiées de crime, d'en retirer tous les crimes spécifiquement mentionnés et de remplacer ces mentions individuelles par la mention générique de « *toutes les infractions qualifiées de crime par la loi* » pour ne maintenir pour le surplus dans la liste que les infractions qualifiées de délit que les auteurs jugeront opportun d'y insérer. Le Conseil d'État relève à cet égard que la liste ne contient notamment pas l'infraction de blanchiment de fonds provenant du trafic de stupéfiants, étant donné que le point 5) du nouveau paragraphe (4) ne vise que le « trafic de stupéfiants (...) », sans parler des produits de ce trafic. Or, l'article 506-1 du Code pénal ne vise pas ces produits, de telle sorte que l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle risque de ne pas s'appliquer à cette infraction en vertu du principe de l'interprétation stricte des lois pénales.

Il y a en tout état de cause lieu, afin de respecter les critères de précision et de prévisibilité requis pour toute loi pénale, de remplacer les références à des infractions, voire à des groupes d'infractions, génériques par des références à des articles précis du Code pénal, ou à des lois spéciales, ainsi que cela est déjà pratiqué à l'article 506-1 du Code pénal. Cet exercice pourrait être mis à profit pour énumérer les infractions en question dans un ordre logique suivant, pour celles tirées du Code pénal, une suite numérique et, pour celles tirées des lois spéciales, une suite chronologique.

Le Conseil d'État tient cependant à attirer l'attention des auteurs du projet de loi sur ce que ledit projet ne répond pas à une des questions fondamentales soulevées par l'arrêt « *Digital Rights* », à savoir la protection des données de personnes soumises à un régime de protection spécial en raison de leur secret professionnel<sup>16</sup>, et qui a été discuté dans le cadre de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle belge. Dans leur requête introductive, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, les associations sans but lucratif « *Liga voor Mensenrechten* » et « *Ligue des Droits de l'Homme* » ont en effet reproché à la loi belge « *de traiter de manière identique les utilisateurs de services de télécommunications ou de communications électroniques soumis au secret professionnel, dont notamment les avocats, et les autres utilisateurs de ces services sans tenir compte du statut particulier de l'avocat, du caractère fondamental du secret*

---

<sup>16</sup> Arrêt « *Digital Rights* », point 58 ;

*professionnel auquel il est soumis et de la nécessaire relation de confiance qui doit l'unir à son client »<sup>17</sup>.*

L'article 67-1 du Code d'instruction criminelle actuel est muet sur ce point, et il ne semble pas que la problématique ait fait l'objet de décisions des tribunaux luxembourgeois à ce jour. Mais il n'en est pas moins vrai que le problème est réel et que le projet sous examen, qui, justement, entend adapter le droit luxembourgeois aux exigences formulées par la Cour de justice de l'Union européenne, devrait également en tenir compte.

Le Conseil d'État propose par conséquent d'insérer entre l'actuel paragraphe 3 de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle et le paragraphe 4 projeté, qui deviendrait alors le paragraphe 5, un paragraphe 4 s'inspirant du paragraphe 4 de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle, libellé comme suit :

« (4) Les mesures visées à l'alinéa (1) ne peuvent être ordonnées à l'égard d'une personne liée par le secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal, à moins qu'elle ne soit elle-même suspecte d'avoir commis l'infraction. »

Dans son avis, la CNPD suggère également l'inclusion à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle d'une disposition analogue à celle reprise ci-dessus, mais estime nécessaire de modifier encore dans le même sens l'article 24-1, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'État estime une telle modification superfétatoire, étant donné que, en effectuant un renvoi vers l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, l'article 24-1 du même code vise à l'évidence l'ensemble de cette disposition, donc y compris les limites que le Conseil d'État propose d'y ajouter.

## Article 2 (1<sup>er</sup> selon le Conseil d'État)

### *Point 1)*

Aux termes de l'exposé des motifs, la modification proposée à l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point a), de la loi précitée du 30 mai 2005 réglant la rétention des données relatives au trafic des télécommunications, tend à mettre la disposition y visée, qui indique la finalité pour laquelle les données sont retenues par les fournisseurs et opérateurs, en conformité avec la modification proposée à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle.

Si le Conseil d'État n'a pas d'observation particulière à formuler pour ce qui est de la modification proposée, il tient cependant à rappeler que dans son avis précité relatif au projet de loi n° 6113, il avait souligné que, « *comme les fournisseurs et opérateurs devront de toute façon tout conserver, ne sachant a priori ni aux fins de recherche de quelle infraction serviront les données ni quelle donnée sera utile à cette fin* »<sup>18</sup>, il y aurait lieu de supprimer cet ajout. Cet avis est maintenu à l'heure actuelle.

<sup>17</sup> Arrêt 84/2015, précité, point B.2.2. ;

<sup>18</sup> Doc. parl.n° 6113<sup>3</sup>, avis du Conseil d'État, p. 3 ;

### *Point 2)*

Selon les auteurs du projet, la modification proposée tend à adapter la loi précitée du 30 mai 2005 à l'exigence formulée par l'arrêt « *Digital Rights* » relativement à l'effacement des données retenues par les fournisseurs et opérateurs.

Le texte actuel de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point a), prévoit que « *Après la période de conservation prévue sub (a), le fournisseur de service ou l'opérateur est obligé d'effacer les données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs, ou de les rendre anonymes.* ».

La modification proposée introduit la précision que cet effacement doit être « irrémédiable » et être fait « sans délai ». La possibilité d'une sauvegarde des données sous une forme anonymisée disparaît de la loi. Le nouveau texte de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point a), reprend pour le surplus pour l'essentiel, les principes établis à l'actuel article 5-1, paragraphe 2, de la loi modifiée du 30 mai 2005, qui fait l'objet d'une reformulation partielle dans le projet sous examen.

Comme l'obligation d'effacement est sanctionnée pénalement par le paragraphe 6 du même article, la modification est de nature à créer une protection effective des utilisateurs et trouve dès lors l'approbation du Conseil d'État.

### *Point 3)*

Les auteurs du projet de loi proposent d'élever les peines d'emprisonnement prévues à l'article 5, paragraphe 6, de la loi du 30 mai 2005. Si le Conseil d'État peut suivre le raisonnement indiqué dans l'exposé des motifs, il tient cependant à faire remarquer que cette modification instaure un déséquilibre entre la disposition pénale inscrite à l'article 5, paragraphe 6, et celles inscrites à d'autres endroits de la même loi<sup>19</sup>, alors pourtant que les droits protégés par ces autres dispositions sont de valeur égale.

### *Point 4)*

C'est encore en conséquence de l'arrêt « *Digital Rights* » que le projet sous examen introduit la précision que les « *données concernées par les articles 5 et 9 sont conservées sur le territoire de l'Union européenne* », précision qui trouve l'assentiment du Conseil d'État.

Il y a cependant lieu de supprimer à la seconde phrase du paragraphe 2, le terme de « pleine » pour ne pas apporter une plus-value législative quelconque. Le texte se lira dès lors comme suit : « ...afin d'assurer l'intégrité et la confidentialité de ces données. ».

Le Conseil d'État déplore par ailleurs que le règlement grand-ducal visé à l'article 5-1, paragraphe 2, reformulé, n'ait pas été joint au projet de loi, ce qui, en cas de retard dans la mise en place des détails techniques

---

<sup>19</sup> Voir articles 3 (5), 4 (4), 7 (9), 10 (3) et 11 (6). L'article 9 (6) a été omis de cette liste étant donné qu'il figure parmi les dispositions visées au projet sous examen.

appelés à régir l'intégrité et la confidentialité des données retenues, risque d'entraîner l'inapplicabilité pratique des principes établis par la loi.

*Points 5), 6) et 7)*

Comme ces points ne font qu'apporter à l'article 9 (rétention des données de localisation autres que les données relatives au trafic) de la loi précitée du 30 mai 2005 des modifications identiques à celles proposées pour l'article 5 de ladite loi, le Conseil d'État peut se référer aux observations qu'il a faites à propos de ces dernières.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 10 juillet 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker