

Avis de la Commission nationale pour la protection des données relatif au projet de loi n°6763 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

Délibération n° 228/2015 du 19 juin 2015

Conformément à l'article 32 paragraphe (3) lettre (e) et (f) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après désignée « la loi du 2 août 2002 »), la Commission nationale pour la protection des données a notamment pour mission de présenter au gouvernement toutes suggestions susceptibles d'améliorer le cadre légal et d'aviser « *tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi* ».

Par lettre du 5 janvier 2015, Monsieur le Ministre de la Justice a invité la Commission nationale à se prononcer au sujet du projet de loi n°6763 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.

Dans son avis n° 214/2014 du 13 mai 2014¹, la Commission nationale avait analysé la législation luxembourgeoise existante au regard de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne rendu le 8 avril 2014 dans les affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Dans ledit avis, la CNPD avait attiré l'attention sur plusieurs points de la législation qui devraient faire l'objet de modifications suite à l'arrêt précité.

Ci-dessous seront passés en revue les sujets évoqués dans l'avis précité à la lumière des dispositions afférentes du projet de loi sous avis.

1) Défaut d'exceptions pour les personnes dont les communications sont soumises au secret professionnel

Dans le considérant (58) de son arrêt du 8 avril 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a relevé le fait que la directive 2006/24/CE « *ne prévoit aucune exception, de sorte qu'elle s'applique même à des personnes dont les communications sont soumises, selon les règles du droit national, au secret professionnel* ».

¹ Avis de la Commission nationale pour la protection des données quant à la conformité de la loi modifiée du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection des personnes à l'égard du traitement des données dans le secteur des communications électroniques et des articles 67-1, 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle avec les exigences posées par l'arrêt du 8 avril 2014 dans les affaires jointes C-293/12 et C-594/12 pour 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 communication

Le projet de loi sous avis n'introduit aucune exception pour ce qui est des communications soumises au secret professionnel, ni au niveau de la conservation elle-même (articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection des personnes à l'égard du traitement des données dans le secteur des communications électroniques), ni au niveau de l'accès aux données (article 67-1 du Code d'instruction criminelle).

Dans son avis n° 214/2014 du 13 mai 2014, la CNPD avait suggéré d'aligner le régime de l'accès aux données issues de la conservation à celui existant en matière d'écoutes téléphoniques pour ce qui est des aménagements en matière de communications couvertes par le secret professionnel, en estimant que « *cette voie [...] reviendrait à réduire de façon équivalente les conséquences pour la vie privée résultant de l'ingérence dans le secret de leurs communications électroniques des personnes visées par la CJUE au regard de la protection spéciale dont ils bénéficient dans les activités considérées.* » Par ailleurs, elle avait plaidé pour une exception en faveur des journalistes.

La CNPD réitère dès lors sa proposition et estime nécessaire d'introduire ces exceptions dans le projet de loi conformément à l'arrêt de la CJUE.

Si une telle exception est prévue au niveau de l'accès aux données, la disposition y afférente devrait être insérée, outre à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, également le cas échéant à l'article 24-1 alinéa 3 du Code d'instruction criminelle et à l'article 10 paragraphe (2) du *projet de loi n° 6675 1) portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat; 2) modifiant la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, la loi du 31 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 communications électroniques, le Code d'Instruction criminelle, la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité; 3) abrogeant la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat. Ledit projet de loi a été déposé à la Chambre des Députés comme projet de loi N°6675 en date du 2 avril 2014.*

2) Durée de conservation et obligation de destruction à l'expiration de la durée de conservation légale

Dans son avis n° 214/2014, la CNPD a rendu attentif au fait que l'arrêt de la CJUE mentionne l'exigence que la législation impose la destruction irrémédiable des données à caractère personnel à la fin de la période de conservation obligatoire.

La Commission nationale salue la nouvelle formulation de l'article 5 paragraphe 1^{er} lettre (b) et de l'article 9 paragraphe 1^{er} lettre (b), articles qui prescrivent désormais, sans équivoque possible, la destruction des données, une fois la fin de la durée de conservation de 6 mois atteinte.

Pour ce qui est de la durée de conservation elle-même, la démarche du législateur luxembourgeois était exemplaire dans la mesure où, en 2010, la durée de conservation a été réduite à la durée minimale prévue par la directive 2006/24/CE, à savoir 6 mois. Cependant ladite directive ayant été déclarée invalide, il se pose désormais la question de savoir si une

durée de conservation encore plus courte ne pourrait pas être envisagée, par exemple à l'instar des propositions actuelles du gouvernement allemand en la matière.

3) Obligation de conserver les données sur le territoire de l'Union européenne

Dans son avis n° 214/2014, en se référant à l'arrêt de la Cour, la CNPD avait plaidé pour l'obligation de conserver les données sur le territoire de l'Union européenne en raison de « *la nécessité de voir soumettre le traitement et la conservation de ces vastes quantités de données sensibles par une autorité de contrôle indépendante mettant en œuvre le droit européen de protection des libertés et droits fondamentaux* ».

La Commission nationale note avec satisfaction que l'article 5-1 de la loi modifiée du 30 mai 2005 impose désormais que les données soient conservées sur le territoire de l'Union européenne.

4) Mesures techniques et d'organisation destinées à assurer la confidentialité et la sécurité des données conservées

Dans ses avis n°85/2010 du 26 avril 2010² et n° 214/2014 du 13 mai 2014, la CNPD avait suggéré de prévoir des mesures spécifiques en matière de sécurité des données pour la conservation des données de télécommunications. Comme l'a relevé la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 8 avril 2014, le simple renvoi aux règles générales applicables en matière de sécurité des données « *ne garantit pas que soit appliqué par lesdits fournisseurs un niveau particulièrement élevé de protection et de sécurité par des mesures techniques et organisationnelles* » (considérant 67).

Le projet de loi sous avis prévoit la fixation des règles en question par voie de règlement grand-ducal.

Selon l'arrêt susmentionné, une directive européenne, en l'espèce la directive 2006/24/CE, qui prescrit la conservation des données de télécommunication sans mesures de sécurité adaptées, viole le droit communautaire, et plus précisément les articles 7, 8 et 52 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En toute logique, une loi nationale légiférant dans le champ d'application du droit de l'Union européenne³ qui prescrit le même type de rétention des données sans prévoir les mesures de sécurité adéquates devrait tout autant violer la Charte.

² Avis de la Commission nationale pour la protection des données concernant le projet de loi n°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 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

³ Plus précisément dans le champ d'application de l'article 15 paragraphe (1) de la *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*

Par ailleurs, l'article 11 paragraphe (3) de la Constitution dispose ce qui suit : « *L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi* ». Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, « *dans les matières réservées par la Constitution à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc* »⁴. L'article 5-1 paragraphe (2) projeté de la loi modifiée du 30 mai 2005 ne saurait guère satisfaire à cette exigence.

Dans ces circonstances, la CNPD estime que les dispositions essentielles en matière de sécurité doivent être comprises dans la loi.

Dans l'hypothèse où l'article 5-1 paragraphe (2) projeté était maintenu en ses termes actuels, la CNPD aurait préféré qu'un projet de règlement grand-ducal aurait été soumis pour avis ensemble avec le projet de loi.

5) Sanction des abus

La Commission nationale note avec satisfaction que les sanctions en matière d'abus prévues par les articles 5 paragraphe (6) et 9 paragraphe (6) ont été alourdies.

En revanche, la CNPD regrette que, contrairement à ce qu'elle avait suggéré dans ses avis n°85/2010 du 26 avril 2010 et n° 214/2014 du 13 mai 2014, le projet de loi ne prévoit pas la nullité de la preuve obtenue moyennant une violation de la législation sur la rétention des données de télécommunication et réitère sa recommandation d'« *inscrire en outre expressément dans le Code d'instruction criminelle la nullité de la preuve obtenue moyennant un accès illicite ou un abus des données en question* ».

6) Les infractions visées

Conformément aux recommandations de la CNPD exprimées dans ses avis n°85/2010 du 26 avril 2010 et n° 214/2014 du 13 mai 2014, le projet de loi prévoit une liste limitative d'infractions qui permettent un accès aux données par les autorités.

Selon le commentaire des articles, le catalogue des infractions s'inspire en principe de la liste des infractions prévues à l'annexe D de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Vu la difficulté de l'exercice de l'établissement d'une telle liste, il est compréhensible que l'on s'inspire d'une liste existante en droit européen. Il se pose cependant la question de savoir si l'amélioration de la lutte contre la criminalité grave, but recherché lors de la mise en place de la conservation des données par la directive 2006/24/CE (certes invalidée par la CJUE), et la coopération judiciaire en matière pénale traitée par la directive 2014/41/UE sont censées concerner les mêmes infractions.

Par ailleurs, selon le même commentaire d'articles, cette liste est amendée en la précisant par des renvois à des articles déterminés du Code pénal et de certaines lois spéciales afin de l'adapter aux spécificités du droit pénal luxembourgeois.

⁴ Arrêt 117 de la Cour constitutionnelle

La rétention des données de télécommunication avait été rendue obligatoire par la directive 2006/24/CE en réaction aux attentats terroristes et pour pouvoir prévenir et sanctionner de tels attentats à l'avenir⁵, mais son champ d'application avait été étendu à la criminalité grave de manière générale.

On peut se demander si, effectivement, toutes les infractions énumérées au projet sous avis relèvent de la criminalité grave et si certaines d'entre elles ne s'éloignent pas des actes initialement visées par l'esprit de la directive déclarée invalide. Les mesures de conservation de données prévues constituant une limitation à l'exercice de droits fondamentaux, leur champ d'application devrait être défini de manière aussi limitative que possible.

Enfin, la CNPD suggère d'insérer, à l'article 24-1 alinéa 3 du Code d'instruction criminelle, qui permet un recours aux données de télécommunication en dehors d'une instruction préparatoire, un renvoi vers la liste des infractions de l'article 67-1.

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 19 juin 2015.

La Commission nationale pour la protection des données

Tine A. Larsen
Présidente

Thierry Lallemand
Membre effectif

Georges Wantz
Membre effectif

⁵ Cf considérants 8 et 10 du préambule de la directive 2006/24/CE