

**Objet : Projet 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 ;

**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 (3593BAR)**

*Saisine : Ministère d'Etat, Ministre des Communications et des Médias (12 février 2010)*

<b>AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE</b>
---------------------------------------

Le projet de loi et le projet de règlement grand-ducal sous avis ont pour objet de transposer en droit luxembourgeois *certaines éléments* de la directive 2006/24/CE sur la conservation des 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 («la directive 2006»).

Le projet de loi sous avis a pour objet de modifier les 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 («la loi de 2005»). Au vu des liens intrinsèques entre les articles 5 et 9 de la loi de 2005 et l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, l'article 67-1 fait également objet d'une modification par le projet de loi.

Le projet de règlement sous avis vise à exécuter l'obligation de conservation de données dont le principe est inscrit aux articles 5 et 9 de la loi de 2005 en déterminant les catégories de données à conserver.

## **OBSERVATIONS GENERALES**

### **1) Le projet de loi :**

Le projet de loi sous revue transpose certains éléments de la directive 2006 qui se situe dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. Cette directive vise notamment à garantir dans tous les Etats membres la conservation pendant un certain délai des données traitées par les fournisseurs de communications électroniques dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou d'un réseau public de communication.

Le principe même de la conservation des données a déjà été intégré dans le droit luxembourgeois par le biais de la loi de 2005 qui transposait la directive 2002/58/CE.

Le projet de loi introduit une définition des « infractions graves » qui ouvrent l'accès à l'utilisation des données par les autorités judiciaires. Sous la loi actuellement en vigueur, il n'y a pas de limitation à des infractions graves, mais les articles 5 et 9 actuels permettent d'avoir recours aux données stockées pour *TOUTES* les infractions pénales.

La Chambre de Commerce accueille cette limitation, qui s'est faite dans l'optique de transposer « toute la directive et rien que la directive », mais elle émet des réflexions sur la définition de l'infraction grave retenue dans le texte.

## **2) Le projet de règlement grand-ducal :**

Le projet de règlement grand-ducal sous revue détermine 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. Jusqu'à maintenant les fournisseurs n'avaient pas de listing précis de données qu'ils devaient garder pour les besoins des autorités judiciaires, et ils fournissaient les données qui étaient disponibles.

Le projet de règlement sous avis propose de transposer certains aspects de la directive, dont notamment les catégories de données qui devront désormais être conservées.

La Chambre de Commerce met en avant les problèmes pratiques liés à la conservation des données énumérées dans le projet de règlement grand-ducal. La plupart des données demandées ne sont actuellement pas disponibles pour les fournisseurs, mais ne pourront être disponibles qu'après achat d'un nouveau système d'exploitation de données. En effet, la disponibilité des données de localisation et de trafic aux autorités judiciaires va au-delà de la conservation de données que les opérateurs effectuent pour leurs propres besoins opérationnels, techniques et administratifs.

Les entreprises, qu'elles soient de petite ou de grande taille, seront donc confrontées à un investissement de grande envergure afin de pouvoir donner suite à cette obligation de conservation alourdie.

Par ailleurs, le projet de règlement prévoit certaines dispositions qui trouveraient mieux leur place dans la loi que dans le règlement.

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### 1) Le projet de loi :

#### Concernant l'article 1<sup>er</sup> :

L'article premier propose de modifier les articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 sur la protection de la vie privée dans les secteurs des communications électroniques.

La modification projetée est la même pour les deux articles, et pourra donc être commentée en une seule fois.

La Chambre de Commerce rend attentif au fait qu'il n'existe pas de définition claire d'un « appel infructueux ». Dans ce contexte il est important de limiter la conservation aux données qui sont actuellement exploitées, donc disponibles techniquement pour les opérateurs.

En ce qui concerne la possibilité pour les fournisseurs de services ou les opérateurs de déléguer l'exécution des obligations de conservation à une ou plusieurs entités tierces, publiques ou privées, qui agissent au nom et pour le compte des fournisseurs de services ou opérateurs, la Chambre de Commerce est d'avis que cette possibilité n'apporte pas de plus-value à ses ressortissants. En effet, les sociétés auxquelles on peut faire recours pour cette sorte de prestation sont rares. Par ailleurs, il se posera de nouveau le problème de la confidentialité des données lors du transfert à cette tierce entité. Qui plus est, la Chambre de Commerce se demande quelle est l'interaction entre cette nouvelle disposition et l'article 41 de la loi modifiée du 2 août 2002 sur la protection de personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Cet article prévoit l'intervention de l'Institut luxembourgeois de régulation (« ILR »). Selon l'article 41(2), les opérateurs et les fournisseurs de communications électroniques mettent d'office et gratuitement les données concernant l'identité des abonnés et utilisateurs à la disposition de l'ILR, qui peut les transférer aux autorités compétentes selon l'article 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle ou aux autorités agissant dans le cadre d'un crime flagrant ou dans le cadre de l'article 40 du Code d'instruction criminelle, sur requête de celles-ci. Par ailleurs, les services de secours d'urgence et la centrale du service d'incendie et de sauvegarde de la Ville de Luxembourg y ont également accès sur requête auprès de l'ILR. Même si un projet a été commencé actuellement un tel service n'est pas en place ou opérationnel auprès de l'ILR. Il semble d'ailleurs que le projet en question a été tout simplement arrêté. La Chambre de Commerce se pose donc la question, pour quelles raisons le législateur prévoit encore un autre service, tout en sachant que ce service risquera de ne pas fonctionner. Finalement, les frais supplémentaires que les opérateurs devraient engager chaque année ne risquent pas de rendre le service plus intéressant.

Au sujet de la définition de l'infraction grave telle qu'elle ressort du projet de loi, à savoir toute infraction pénale qui emporte une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, la Chambre de Commerce est d'avis que cette définition est large, et englobe grand nombre d'infractions et les demandes peuvent être nombreuses. Cependant, les opérateurs doivent conserver toutes les données, étant donné qu'ils ne peuvent pas savoir si une donnée sera nécessaire à la recherche, la constatation et la poursuite d'une infraction.

## 2) Le projet de règlement grand-ducal :

### Concernant l'article 1er

L'article 1<sup>er</sup> du projet de règlement grand-ducal détermine le champ d'application qui concerne les données relatives au trafic et à la localisation autres que les données de trafic concernant tant les personnes morales que physiques, ainsi *qu'aux données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur.*

La loi de 2005 ne mentionne pas les données connexes dans son champ d'application.

Le champ d'application contenu dans le projet de règlement grand-ducal est plus vaste que celui prévu dans la loi de 2005, dont le règlement dépend. Etant donné que le règlement grand-ducal est l'application pratique de la loi, il ne peut pas prévoir un champ d'application plus large que la loi.

La Chambre de Commerce est d'avis que l'élargissement du champ d'application doit être effectué dans le cadre du projet de loi modifiant la loi de 2005, et non dans le cadre du projet de règlement grand-ducal. Soit le législateur élargit le champ d'application de l'article 1 de la loi de 2005, soit il intègre le terme de « données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur » dans la définition de « données relatives au trafic » à l'article 2-Définitions de la loi de 2005.

### Concernant l'article 3

La directive dit clairement que les obligations incombant aux fournisseurs de services de communications électroniques ou opérateurs doivent être proportionnées et la directive prescrit également de ne conserver que les données qui sont générées ou traitées par ces fournisseurs ou opérateurs. Dans le cas où ces données ne sont pas générées ou traitées par ces fournisseurs ou opérateurs, il n'y a pas d'obligation de les conserver. La directive n'a en effet pas l'objectif de harmoniser la technologie utilisée pour la conservation des données.

L'article 3 reprend textuellement la disposition de la directive relative aux données à conserver. La Chambre de Commerce met en avant que le législateur doit faire en sorte que les opérateurs ou fournisseurs ne doivent fournir que les données qu'ils *peuvent* fournir, donc qui sont disponibles pour l'opérateur ou le fournisseur lui-même. Par exemple, un fournisseur ou opérateur ne peut pas fournir toutes les données qui résultent d'une communication internationale allant du réseau luxembourgeois sur un réseau étranger.

En l'espèce, jusqu'à maintenant, les fournisseurs ou opérateurs conservaient toutes les données auxquelles ils avaient eux-mêmes accès et qui étaient disponibles pour eux. Avec cette nouvelle définition des données à conserver, qui est certes nécessaire afin de ne pas maintenir le flou juridique qui règne actuellement, ils auront l'obligation de conserver des données dont ils ne disposent pas actuellement. Les systèmes d'exploitation permettant de générer les données supplémentaires demandées pour la conservation sont chers et surdimensionnés par rapport au marché luxembourgeois de télécommunication, et correspondent à un grand investissement pour les entreprises. Cela posera notamment un problème pour les petits fournisseurs ou opérateurs et ceux ne possédant que de faibles parts de marché. Effectivement ces derniers devront faire directement un grand investissement, sans en tirer un bénéfice financier concret. Une distorsion concurrentielle pourra se créer par ce biais, étant donné que les entreprises avec des parts de marchés pouvant être qualifiés de dominants ont plus de moyens et peuvent plus facilement supporter un grand investissement, alors que les autres fournisseurs auront plus de mal à libérer un grand montant d'argent, sans pouvoir en attendre une contrepartie financière.

La Chambre de Commerce relève que dans d'autres pays comme la France et la Belgique les opérateurs ou fournisseurs reçoivent une contrepartie financière.

Les modèles de rémunération diffèrent cependant dans les différents pays. Certains pays distinguent entre un financement direct des investissements et une rémunération par demande, tandis que d'autres incluent le financement des investissements directement dans la rémunération par demande.

Considérant la taille du Luxembourg et en conséquence le nombre de demandes potentielles très réduites, il semble plus qu'opportun d'introduire un modèle de compensation financière qui distingue entre les investissements et les demandes.

Il reste à noter qu'avec l'introduction de services comme VoIP, les opérateurs luxembourgeois se verront confrontés de plus en plus avec une concurrence internationale. Cette dernière ne sera peut-être pas soumise aux mêmes règles ou pourra bénéficier dans tous les cas d'une économie d'échelle non réalisable au Luxembourg.

Effectivement, il est techniquement impossible d'éviter qu'un consommateur luxembourgeois souscrive à un service de téléphonie auprès d'un opérateur international n'étant même pas déclaré comme opérateur au Luxembourg. Avec le plan « ultra-haut débit » du gouvernement, qui assurera les bandes passantes nécessaires pour ces services à très court terme, il semble crucial à ce moment de ne pas imposer des obligations pouvant avoir un effet négatif sur la compétitivité des opérateurs luxembourgeois au niveau européen, voir mondial.

Il reste à noter que les communications faites via des opérateurs non implantés au Luxembourg ne seront nullement disponibles pour les autorités luxembourgeoises. Le but principal du projet de loi, la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée, ne sera donc nullement assurée dans un tel cas de figure.

### **Concernant l'article 7**

La Chambre de Commerce tient encore une fois à souligner le raisonnement développé au sujet de l'article 3, et donne à réfléchir que la date d'entrée en vigueur joue un grand rôle pour ses ressortissants. En effet, vu l'investissement à faire afin de pouvoir disposer des données nécessaires à conserver, et vu qu'un tel changement de système ne peut pas avoir lieu du jour au lendemain, le règlement doit prévoir un délai de transition, pendant lequel tout fonctionne comme avant, à savoir les données *disponibles* sont fournies aux autorités. Une mise en application de ce règlement ne peut se faire, sous sa version actuelle, que dans un délai de six mois au plus tôt.

\* \* \*

La Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, n'est en mesure d'approuver les projets de loi et projet de règlement grand-ducal sous avis que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

BAR/PPA