



15 avril 2010

AVIS I/11/2010

relatif au projet de loi portant modification

- des articles 5 et 9 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

relatif au 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

..... AVIS

Par lettre en date du 1^{er} mars 2010, Monsieur François Biltgen, ministre des Communications et Médias, a soumis le projet de loi et le projet de règlement grand-ducal sous rubrique à l'avis de la Chambre des salariés (CSL).

1. Objet des projets de loi et de règlement grand-ducal

1. Notre chambre se doit de constater que le législateur situe les présents projets de loi et de règlement grand-ducal – lesquels transposent en droit national des dispositions de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 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 de communications, directive qui modifie la directive 2002/58/CE – dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée.

2. Le but du projet de loi est de déterminer les infractions graves pour lesquelles un fournisseur de services de communications électroniques est obligé de conserver pendant un délai de six mois les données à caractère personnel relatives au trafic (article 5 de la loi du 30 mai 2005) et à la localisation (article 9 de ladite loi).

3. Ensuite le législateur a élaboré un projet de règlement grand-ducal afin de déterminer la nature des données susceptibles de faire l'objet d'une telle conservation, conformément à l'article 5 de la directive 2006/24/CE précitée.

4. Finalement dans le cadre de la détermination des infractions considérées comme graves – à savoir celles dont le maximum de la peine est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement – le législateur a augmenté le maximum de la peine prévu à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle de 6 mois afin de l'aligner sur le seuil de la peine d'un an proposé par le projet sous examen en matière de rétention des données alors qu'il échet d'assurer que le même seuil de peine s'applique en matière de rétention des données et du repérage qui sont deux matières intrinsèquement liées.

5. Etant donné que la lutte contre le terrorisme se situe à la base des présents projets de loi et de règlement grand-ducal, la CSL se permet d'abord d'analyser de près la définition même du terrorisme avant de juger des actions que le législateur prend dans le cadre des présents projets de loi et de règlement grand-ducal.

2. La lutte contre le terrorisme, un faux-fuyant pour justifier les entraves aux libertés individuelles !

6. A l'instar de la directive 2006/24/CE, le gouvernement situe les présents projets de loi et de règlement grand-ducal - qui ne font que transposer cette dernière - dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée¹.

7. Attardons-nous quelques instants sur la définition même du terrorisme telle qu'introduite par la loi du 12 août 2003 portant 1) répression du terrorisme et de son financement et 2)

¹ La criminalité organisée est un terme générique qui fait référence à une organisation criminelle structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée des crimes et délits punissables d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux. C'est une infraction qui dépasse le cadre du seul terrorisme.

approbation de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, ouverte à la signature à New York en date du 10 janvier 2000.

L'article 135-1 du Code Pénal (CP), introduit par la loi du 12 août 2003 précitée, dispose ce qui suit :

« Constitue un acte de terrorisme tout crime et délit punissable d'un emprisonnement d'un maximum d'au moins trois ans ou d'une peine plus grave qui, par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays, une organisation ou un organisme international et a été commis intentionnellement dans le but de :

- *gravement intimider une population,*
- *contraindre indûment des pouvoirs publics, une organisation ou un organisme international à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou*
- *gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays, d'une organisation ou d'un organisme international. »*

8. Si l'on se réfère au commentaire du projet de loi 4954 ayant introduit l'article 135-1 du CP, notre chambre se doit de constater que la conséquence de l'infraction, à savoir qu'elle *peut* porter atteinte à un pays, une organisation ou un organisme international, a été érigée en élément constitutif de l'infraction terroriste.

9. Néanmoins constate-t-elle que l'infraction ne doit pas entraîner une telle atteinte, mais il suffit qu'elle le *peut*. Notre chambre estime qu'il s'agit d'un non-sens juridique dans la mesure où une conséquence *éventuelle* d'une infraction ne peut pas constituer elle-même un élément constitutif de celle-ci.

10. Selon notre chambre, cette définition est contraire au principe de proportionnalité selon lequel le texte n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ses objectifs. Elle fait quasiment de toute personne, physique ou morale, perpétrant une infraction, abstraction faite des contraventions, un potentiel auteur d'une infraction terroriste.

11. L'argument du gouvernement selon lequel cette façon de procéder évite qu'une infraction non prévue aux points a) à i) de l'article 1 de la décision-cadre du Conseil de 2000 ne puisse pas être punie au titre de l'infraction terroriste est un faux-fuyant peu convaincant, mais plutôt une mesure de pure commodité pour le gouvernement de réduire à quia des citoyens « déplaisants ». Gare aux militants politiques et syndicaux, aux contestataires et aux dissidents !

12. La CSL constate qu'au regard de l'article 135-1 du CP, le législateur s'est constitué un pêle-mêle d'ingrédients avec lequel il peut quasiment à sa guise ériger en infraction terroriste tout fait délictuel, quelque mince soit-il.

13. Illustrons-le à l'aide de quelques exemples :

- Qu'en est-il de l'auteur d'une infraction dont il est établi qu'il l'a commise pour gravement intimider la population sans pour autant que l'infraction porte atteinte au pays ? Est-il un terroriste ou simplement un délinquant de droit commun ?
- Qu'en est-il des grévistes qui forcent le portail de l'entreprise (détérioration de biens d'autrui) pour protester contre des licenciements collectifs par l'employeur lequel appelle les forces de l'ordre pour évacuer les premiers ? Les grévistes contraignent-ils *indûment* les forces de l'ordre à les faire évacuer du terrain de l'entreprise ?
- Qu'en est-il des activistes de Greenpeace qui empêchent un navire chargé de plutonium d'amarrer au port en contraignant les forces de l'ordre à intervenir ?

14. Les exemples précités montrent à suffisance de droit que les auteurs d'infractions « de droit commun » risquent d'être qualifiés de terroristes selon que l'intervention des pouvoirs publics a été ou non justifiée. C'est l'adverbe *indûment* qui prête à équivoque dans la mesure où le « Petit Robert » fournit trois synonymes à savoir *illégitimement, injustement, irrégulièrement*.

15. Dans les deux derniers exemples susénoncés, notre chambre se demande si l'intervention des forces de l'ordre pour faire évacuer le terrain a été illégitime, injuste ou irrégulière.

16. Selon notre chambre, la contrainte n'a pas été illégitime (le fait d'avoir forcé le portail de l'entreprise ou empêché un navire à amarrer) si elle avait pour but de sauvegarder d'autres intérêts comme le maintien d'emplois ou la sauvegarde de l'environnement. Il incombe donc de savoir si l'infraction perpétrée est proportionnelle par rapport à la sauvegarde d'autres intérêts.

17. Notre chambre estime que la rédaction de l'article 135-1 du code pénal ne garantit ni le principe de finalité ni le principe de proportionnalité.

18. Les deux autres mobiles subjectifs de l'auteur, à savoir, *gravement intimider une population* ou *gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays, d'une organisation ou d'un organisme international* sont tout aussi hasardeux.

19. Voilà pourquoi il n'étonne pas que notre chambre réfute le contenu de l'article 135-1 qui est à la base des présents projets de loi et de règlement grand-ducal relatifs à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

20. Ce n'est donc qu'à titre tout à fait subsidiaire que notre chambre procède à l'analyse des textes qui lui ont été soumis.

3. Les présents projets de loi et de règlement grand-ducal vont jusqu'à renverser la présomption d'innocence au profit de la présomption de culpabilité !

21. Rappelons tout d'abord que 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 a été transposée en droit luxembourgeois par la loi 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 communications électroniques et portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle.

22. Cette loi impose à chaque fournisseur de services ou opérateur de garantir la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau de communications public et de services de communications électroniques accessibles au public.

23. Sont visées les données relatives au trafic ainsi que les données de localisation.

24. Par données relatives au trafic, on vise toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation. Ces données décrivent les activités de communication sur les réseaux publics (p. ex., réseaux de téléphonie mobile et internet). Il s'agit généralement d'informations sur le routage, la durée, le volume ou l'heure d'une communication. Les fournisseurs de services ne procèdent à l'enregistrement et à l'utilisation de ces données qu'à des fins de facturation. Dans des conditions spécifiques les autorités de la force publique (typiquement la police) peuvent avoir accès aux données relatives au trafic pour détecter des cas de crime.

25. Par données de localisation sont visées toutes les données traitées dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public.

26. Néanmoins l'article 15 de la directive 2002/58/CE dispose que les Etats membres peuvent limiter la confidentialité de telles données électroniques à caractère personnel si cette limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale, c'est-à-dire la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques. A cette fin, les Etats membres peuvent, entre autres, adopter des mesures législatives prévoyant la conservation (stockage) de données pendant une durée limitée.

27. Ainsi la loi du 30 mai 2005 ayant transposé la directive 2002/58/CE précitée prévoit d'ores et déjà que tout fournisseur de services ou opérateur² est obligé de conserver pendant une période de 12 mois les données relatives au trafic et les données de localisation afin de les mettre à la disposition des autorités judiciaires à des fins de recherche, de constatation et de la poursuite d'infractions pénales.

28. Les présents projets de loi et de règlement grand-ducal transposant 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 précitée ont pour objet de préciser respectivement « les infractions graves » pour lesquelles un stockage de données électroniques est obligatoire ainsi que la détermination des données à retenir par les opérateurs et fournisseurs de services.

3.1. Le projet de loi est incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme !

29. Rappelons que la directive 2006/24/CE ne porte que sur les données générées ou traitées suite d'une communication ou d'un service de communication et non sur le contenu proprement dit des informations communiquées. Il s'agit de toutes les données figurant à l'article 5 de ladite directive transposé par un projet de règlement grand-ducal auquel notre chambre se permet de prendre position après le projet de loi modifiant les articles 5 et 9 de la loi du 30 mai 2005 ainsi que l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle.

² Est par exemple considéré comme fournisseur de services électroniques ou opérateur un fournisseur d'accès à Internet (FAI), qui est un organisme (généralement une entreprise) offrant une connexion au réseau informatique Internet. Le terme en anglais désignant un FAI est Internet Service Provider (ISP) ou Internet Access Provider (IAP). Beaucoup d'entreprises de télécommunications sont également des FAI.

30. Le but du présent projet de loi est de définir les « infractions graves » pour lesquelles un stockage de données électroniques est obligatoire afin de les mettre à la disposition des autorités judiciaires.

31. Une telle précision des infractions est indispensable afin de préserver l'équilibre entre la confidentialité de telles données – qui fait partie du droit au respect de la vie privée – et une limitation d'un tel droit pour autant que cette limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée au sein d'une société démocratique pour sauvegarder la défense et la sécurité publique.

32. Force est de constater que ni l'article 5 ni l'article 9 de la loi du 30 mai 2005 précitée n'ont précisé les infractions pénales pour lesquelles un stockage de données relatives au trafic et de données de localisation est obligatoire.

33. Imposer un tel stockage pour toutes les infractions pénales constitue sans doute une limitation disproportionnée du droit à la confidentialité des données électroniques et oblige le législateur luxembourgeois par conséquent de préciser les « infractions graves » pour lesquelles un stockage des données électroniques est obligatoire, conformément à l'article 1 de la directive 2006/24/CE précitée.

34. Si notre chambre note avec satisfaction que le délai de stockage des données électroniques a été réduit de 12 mois à 6 mois, elle ne peut partager la définition des « infractions graves » précisée aux nouveaux articles 5, paragraphe 1 (a) et 9, paragraphe 1 (a) de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

35. En obligeant tout fournisseur de services électroniques de conserver les données relative au trafic et les données de localisation pendant un délai de 6 mois pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite d'infractions pénales qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, le présent projet de loi contrevient à la fois au principe de finalité que contre le principe de proportionnalité.

- Au principe de finalité dans la mesure où un stockage des données électroniques s'impose au fournisseur de services électroniques ou à l'opérateur à des fins de recherche, de constatation et de poursuite d'infractions de droit commun qui ne sont nullement censées être en relation ou en rapport avec la lutte contre le terrorisme.
- Au principe de proportionnalité dans la mesure où le stockage de données est obligatoire pour quasi la majorité des infractions prévues par la loi, pour autant que le maximum de la peine est supérieur ou égal à un an d'emprisonnement.

36. Ainsi est présumé rentrer dans le collimateur de la lutte contre le terrorisme et par conséquent faire l'objet d'un stockage de données, le conducteur d'un véhicule dont le poids en charge excède de plus de 10% le poids total maximum autorisé alors que le maximum de la peine prévoit un emprisonnement de trois ans. Il en va de même de toute personne qui aura conduit un véhicule même en l'absence de signes manifestes d'ivresse ainsi que de tout piéton impliqué dans un accident, s'il a consommé des boissons alcooliques en quantité telle que le taux d'alcool est d'au moins 1,2 g par litre de sang ou d'au moins 0,55 mg par litre d'air expiré.

37. Ainsi de simples infractions de droit commun dont tout un chacun parmi nous peut *volens nolens* devenir auteur permettent aux autorités de police et judiciaires de requérir

auprès des fournisseurs de services les données électroniques ayant fait l'objet d'un stockage.

38. Si déjà la notion même du terrorisme laisse place à l'arbitraire et ne mérite dans la teneur actuelle nullement une consécration dans le Code pénal, à plus forte raison, doit être considérée comme arbitraire le stockage de données électroniques de personnes ayant perpétré des infractions qui, premièrement, n'ont ni la même nature ni le même degré de gravité que le terrorisme et, deuxièmement, n'ont aucun lien avec le terrorisme dont la définition elle-même est arbitraire.

39. Par ailleurs, la CSL estime que le fait pour un opérateur d'être obligé de stocker des données à caractère personnel en vue de prévenir des infractions de droit commun – à un moment où aucune condamnation par un tribunal n'a encore eu lieu – constitue en somme un renversement de la présomption d'innocence de chaque citoyen en une présomption de culpabilité. En d'autres mots, les autorités publiques prennent en otage le citoyen – sous le prétexte de la lutte contre le terrorisme – jusqu'à preuve par ce dernier de prouver son innocence.

40. Comme les deux chambres professionnelles salariales, prédécesseurs de la CSL, l'avaient déjà souligné dans leurs avis respectifs relatifs au projet de loi concernant la protection des données à caractère personnel à l'égard des personnes, notre société est en train d'emprunter la voie vers un totalitarisme en catimini sans que le citoyen arrive à s'en apercevoir.

41. Tant la loi du 30 mai 2005 que le présent projet de loi excèdent ce qui par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est désigné comme le caractère de prévisibilité dans la mesure où le citoyen est dans l'impossibilité de se défendre à une atteinte à sa vie privée résultant de l'obligation de stockage de ses données imposé aux opérateurs de services électroniques. Les textes en cause vont par conséquent au-delà de ce qui est *« strictement nécessaire dans une société démocratique »*.

42. Finalement, aucune garantie n'existe en ce qui concerne la sécurité du stockage et de la transmission de telles données. Il en va de même du contrôle. Certes le texte stipule qu'à l'expiration du délai, les données doivent être détruites ou rendues anonymes, mais qui est-ce qui garantit qu'il en sera ainsi ?

3.2. Le projet de règlement grand-ducal est incompatible avec l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution !

43. En ce qui concerne le projet de règlement grand-ducal qui 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, notre chambre estime qu'en vertu de l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution en vertu duquel « l'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi », ces dispositions devraient faire partie intégrante de la loi alors qu'elles ont un impact direct sur l'exercice du droit fondamental qu'est le droit au respect de la vie privée et de la correspondance.

44. La CSL est partant d'avis que les projets de loi et de règlement grand-ducal sont contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit au respect de la vie privée et de la correspondance ainsi qu'à l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution.

45. Cette vision des choses semble d'ailleurs être confirmée tout récemment par la Cour constitutionnelle allemande qui, dans son jugement du 2 mars 2010, a invalidé la rétention

systématique des données électroniques dans le contexte de la lutte contre le terrorisme pour les mêmes motifs que développés ci-dessus.

46. Ainsi la Cour constitutionnelle a notamment retenu au sujet du stockage des données relatives au trafic et de localisation et notamment en ce qui concerne les données de télécommunication couvertes par la directive 2006/24/CE et le présent projet de règlement grand-ducal ce qui suit :

„Allerdings handelt es sich bei einer solchen Speicherung um einen besonders schweren Eingriff mit einer Streubreite, wie sie die Rechtsordnung bisher nicht kennt. Auch wenn sich die Speicherung nicht auf die Kommunikationsinhalte erstreckt, lassen sich aus diesen Daten bis in die Intimsphäre hineinreichende inhaltliche Rückschlüsse ziehen. Adressaten, Daten, Uhrzeit und Ort von Telefongesprächen erlauben, wenn sie über einen längeren Zeitraum beobachtet werden, in ihrer Kombination detaillierte Aussagen zu gesellschaftlichen oder politischen Zugehörigkeiten sowie persönlichen Vorlieben, Neigungen und Schwächen. Je nach Nutzung der Telekommunikation kann eine solche Speicherung die Erstellung aussagekräftiger Persönlichkeits- und Bewegungsprofile praktisch jeden Bürgers ermöglichen. Auch steigt das Risiko von Bürgern, weiteren Ermittlungen ausgesetzt zu werden, ohne selbst hierzu Anlass gegeben zu haben. Darüber hinaus verschärfen die Missbrauchsmöglichkeiten, die mit einer solchen Datensammlung verbunden sind, deren belastende Wirkung. Zumal die Speicherung und Datenverwendung nicht bemerkt werden, ist die anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten geeignet, ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins hervorzurufen, das eine unbefangene Wahrnehmung der Grundrechte in vielen Bereichen beeinträchtigen kann.“

47. Par ces motifs, la Cour a décidé entre autre que la directive 2006/24/CE est notamment en contradiction avec l'article 1 de la Loi fondamentale³ [Constitution allemande] et, a fortiori, avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel garantit le droit au respect de la vie privée et de la correspondance.

* * *

48. En raison des développements ci-dessus, notre chambre a le regret de vous communiquer qu'elle marque son profond désaccord avec les projets de loi et règlement grand-ducal cités sous rubrique.

Luxembourg, le 15 avril 2010

Pour la Chambre des salariés,

La direction



René PIZZAFERRI



Norbert TREMUTH

Le président



Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.

³ Artikel 1 GG : « (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. »