

AVIS N° 12 / 1999 du 24 mars 1999

N. Réf. : 10 / A / 1999 / 003

OBJET : Projet d'arrêté royal portant exécution des dispositions de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées et de l'article 109ter E, §2 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, en ce qui concerne l'obligation pour les opérateurs de réseaux de télécommunication et les fournisseurs de services de télécommunication de prêter leur concours.

La Commission de la protection de la vie privée,

Vu l'article 22 de la Constitution,

Vu la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, en particulier l'article 29,

Vu la demande d'avis du Ministre de la Justice du 11 janvier 1999,

Vu le rapport de MM. De Schutter et Poulet,

Emet, le 24 mars 1999, l'avis suivant :

I. OBJET DU PROJET DE LOI :

La Commission est saisie par le Ministre de la Justice d'un projet d'arrêté royal portant exécution de certains articles de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées ainsi que de l'article 109ter E, §2 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

L'article 109ter E, §2, tel que modifié par la loi du 10 juin 1998¹, dispose que:

"Le Roi fixe, après avoir recueilli l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les moyens techniques par lesquels les opérateurs de réseaux de télécommunication et les fournisseurs de services de télécommunication doivent permettre, la cas échéant conjointement, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des télécommunications privées dans les conditions prévues par les articles 88bis et 90ter à 90decies du Code d'instruction criminelle.

Il détermine également la mesure de la contribution dans les frais d'investissement, d'exploitation et d'entretien de ces moyens, qui est à la charge des opérateurs de réseaux de télécommunication et des fournisseurs de services de télécommunication."

II. EXAMEN DU PROJET :

A. Remarques générales

La Commission s'est prononcée à plusieurs reprises, dans ses avis n° 23/93, 09/97, 17/97 et 34/97², sur la problématique des écoutes téléphoniques.

Elle a considéré dans ses avis 09/97 et 34/97 qu' *"au regard de l'évolution des technologies, la collaboration des opérateurs de réseaux de télécommunication et des fournisseurs de services sera dorénavant requise pour rendre efficaces les mesures ordonnées. Elle attire cependant l'attention du législateur sur le fait qu'une telle collaboration peut créer des risques nouveaux d'atteinte à la vie privée, dans la mesure où la réponse aux demandes de l'autorité publique peut requérir des traitements nouveaux dans le chef des opérateurs et des fournisseurs."*³

¹ Loi du 10 juin 1998 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M. B.*, 22.09.1998.

² Avis n° 23/93 du 14 décembre 1993 concernant un projet de loi relatif à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées;

Avis n° 09/97 du 20 mars 1997 concernant un projet de loi sur l'identification et le repérage des numéros de poste de communication ou de télécommunication et portant modification des articles 90ter, 90quater, 90sixies et 90 septies du Code d'instruction criminelle;

Avis n° 17/97 du 9 juillet 1997 relatif à l'application des articles 202 et 203 de la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses (concours technique des opérateurs à l'exécution de mesures judiciaires d'écoute et autres);

Avis n° 34/97 du 27 novembre 1997 concernant des amendements au projet de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées.

³ Avis n° 34/97, p. 2.

La Commission avait en outre estimé, dans le cadre des avis susmentionnés, que la détermination des moyens techniques devant permettre aux opérateurs de réseaux et aux exploitants de services de télécommunication de contribuer aux mesures, devait être prévue par une loi, ou par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et préalablement soumis à la Commission. Ce souhait a été transcrit dans le nouvel article 109ter E, §2 tel que modifié par la loi du 10 juin 1998, ce qui donne aujourd'hui à la Commission l'occasion de se prononcer sur le projet d'arrêté royal relatif à cette question.

La Commission regrette à cet égard l'absence de rapport au Roi précédant le texte en projet, qui eût permis d'éclairer et de justifier de façon plus précise ces dispositions qui ont un impact décisif en matière de vie privée.

B. Contenu du projet d'arrêté royal

L'article 1^{er} du projet d'arrêté royal prévoit la création, par chaque opérateur d'un réseau de télécommunication et chaque fournisseur d'un service de télécommunication, d'une "cellule de coordination justice", répondant aux demandes et réquisitions judiciaires résultant des articles 46bis, 88bis, 90ter et suivants du Code d'instruction criminelle. L'article précise les modalités de composition et de fonctionnement de cette cellule.

L'article 2 détaille le rôle du service de la politique criminelle en ce qui concerne la préparation du rapport du Ministre de la Justice au Parlement sur l'application des articles 90ter à 90nonies du Code d'instruction criminelle, et en particulier le chapitre de ce rapport portant sur l'évaluation de la collaboration entre, d'une part, les magistrats et les services de police et, d'autre part, les opérateurs et fournisseurs de services de télécommunication. Le service de la politique criminelle est également chargé de conseiller le Ministre de la Justice en cas de problème de collaboration, et d'organiser une "Plate-forme nationale de concertation en matière de télécommunications" au sein de laquelle la Commission serait représentée.

Les articles 3 et 4 détaillent les obligations de collaboration qui s'imposent aux cellules de coordination en cas de réquisition portant sur l'identification d'un numéro ou de son titulaire, ou du repérage ou de la localisation des télécommunications (respectivement articles 46bis, §1^{er} et 88bis, §1^{er} du Code d'instruction criminelle). Ces deux articles envisagent la mise en place, par le biais d'un protocole conclu entre le Ministre de la Justice et les opérateurs et fournisseurs de services, d'un accès direct et automatisé des autorités judiciaires aux banques de données de ces opérateurs et fournisseurs de services.

L'article 5 concerne les obligations des cellules de coordination en cas de réquisition visant l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement de communications ou télécommunications privées pendant leur transmission (article 90quater du Code d'instruction criminelle).

L'article 6 précise les exigences techniques et fonctionnelles que doivent respecter les opérateurs et fournisseurs de services afin de rendre possibles le repérage, la localisation, l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement des télécommunications privées.

C. Examen des dispositions de l'arrêté royal au regard de la loi du 8 décembre 1992

a. Champ d'application (article 1^{er})

La Commission souligne le caractère particulièrement large du champ d'application de l'arrêté royal ici examiné. La notion de "fournisseur de services de télécommunication" telle qu'elle figure dans le texte s'applique ainsi à tout fournisseur d'accès, service d'information, certificateur ou autre entité proposant un service dans le secteur des télécommunications.

Si la Commission approuve les mesures de confidentialité et de sécurité prévues à l'article 1^{er} du projet d'arrêté royal, elle souligne la nécessité de respecter un équilibre entre ces principes et le caractère praticable des mesures envisagées. Elle attire en particulier l'attention sur les difficultés matérielles que les petits fournisseurs de services de télécommunication pourraient rencontrer face à certaines obligations mises à leur charge (on pense par exemple à l'obligation de mettre en place une "cellule de coordination justice", disponible 24h sur 24 (art. 1^{er}, §4, al. 2).

La Commission se demande si une adaptation des obligations liées au fonctionnement des "cellules coordination justice" ne pourrait pas être effectuée par un organisme officiel, tel que l'IBPT. Celui-ci pourrait établir une liste reprenant, au regard des caractéristiques des fournisseurs de services concernés, l'étendue des mesures auxquelles ces fournisseurs devraient se conformer.

b. Qualité des personnes habilitées à obtenir certaines informations (article 3, §1^{er}, al. 2)

Le projet d'arrêté royal fait référence au libellé de l'article 46bis, §1^{er} du Code d'instruction criminelle, tel que modifié par la loi du 10 juin 1998, et prévoit la communication des données demandées au magistrat ou à l'officier de police judiciaire par les cellules de coordination justice.

La Commission rappelle qu'elle s'était fermement opposée, dans ses avis n° 09/97 et n° 34/97, à l'extension aux officiers de police judiciaire, en cas d'extrême urgence, de l'habilitation à requérir l'identification d'un numéro ou de son titulaire, telle qu'elle était prévue dans le projet de loi modifiant l'article 46bis, §1^{er}.

La Commission constate toutefois que l'article 46bis, §1^{er}, tel qu'il a été adopté, rencontre en partie les objections qu'elle avait alors émises, puisque l'accord oral préalable du procureur du Roi est requis dans le cadre de toute requête de données par un officier de police judiciaire.

Néanmoins, au regard du champ d'application particulièrement large des mesures autorisées, la Commission est d'avis que des garanties complémentaires devraient être spécifiées dans le projet d'arrêté royal.

La Commission souhaite ainsi que, dans le cadre d'une requête d'extrême urgence sur base de l'article 46bis, §1^{er}, la décision motivée et écrite transmise à l'opérateur ou au fournisseur de service de télécommunication fasse explicitement état de l'accord oral préalable du procureur du Roi. Elle considère en outre que la réponse fournie par l'opérateur ou le fournisseur de service de télécommunication devrait en tout état de cause être adressée non pas à l'officier de police judiciaire, mais directement au magistrat compétent.

c. Champ d'application de l'obligation de communication des données (article 3, §1^{er}, al. 2)

Les réserves émises par la Commission dans son avis n° 34/97 concernant le libellé de l'article 46bis nouveau du Code d'instruction criminelle avaient également trait aux circonstances dans lesquelles les informations pouvaient être requises: il suffit en effet que la demande soit formulée dans le cadre d'une recherche de crimes et délits. La Commission avait souhaité que soient précisées de façon plus stricte les conditions auxquelles la requête devait être soumise (enquête judiciaire, nécessité, soupçon d'une infraction), et que la demande de communication des données soit motivée en ce sens.

L'absence de respect du principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 46bis du Code d'instruction criminelle conduit la Commission à constater que la communication de données par les "cellules de coordination justice" prévue à l'article 3 du projet d'arrêté royal, sur la base d'une réquisition visée à l'article 46bis, n'est pas entourée de garanties suffisamment strictes et que le principe de proportionnalité est également enfreint dans cette hypothèse.

d. Traitement des données de télécommunication par les opérateurs et les fournisseurs de services de télécommunication (articles 3 et 4)

- La Commission souligne que les données d'identification (article 3), tout comme les données d'appel liées au repérage des télécommunications, qui permettent l'identification du titulaire du numéro de l'appelant ou de l'appelé (article 4), constituent des données à caractère personnel.

Les demandes de l'autorité publique peuvent avoir pour conséquence des traitements nouveaux dans le chef des opérateurs et des fournisseurs relativement à ces données (on pense par exemple aux services de mobilophonie sans abonnement, qui pourraient se trouver soumis à la condition de l'enregistrement de l'identité des clients).

La Commission estime nécessaire que les traitements nouveaux engendrés par les obligations mises à charge des opérateurs soient identifiés et respectent le principe de proportionnalité.

Par ailleurs, la Commission rappelle que selon l'article 2, §2, 2° de la Recommandation n° R (95) 4 du Conseil de l'Europe⁴, "des dispositifs anonymes d'accès au réseau et aux services de télécommunication devraient être mis à disposition" des utilisateurs.

- La Commission précise encore que la durée de conservation des données traitées dans le cadre de ces traitements doit être précisée, et les utilisateurs de ceux-ci, définis.

Elle s'est déjà prononcée sur la nécessité de prévoir des délais de conservation des données qui n'excèdent pas une durée raisonnable (avis n° 09/97 et n° 34/97). A cet égard, elle constate qu'il n'existe encore aucune base légale précisant la durée de conservation des données⁵.

⁴ Recommandation du 7 février 1995 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunication, eu égard notamment aux services téléphoniques.

⁵ Conformément à l'article 6, §§1 et 2, de la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (J.O. L024 du 30.01.98), les données relatives au trafic des abonnés et utilisateurs ne peuvent être traitées et conservées que jusqu'à la fin de la période au cours de laquelle la facture peut être légalement contestée ou des poursuites engagées pour en obtenir le paiement. Le délai de contestation - et de conservation - des données appliqué par le principal opérateur fixe de télécommunication en Belgique est de six mois, ce qui peut être considéré comme un délai raisonnable.

e. Accès direct et automatisé aux banques de données des opérateurs et des fournisseurs de services de télécommunication (articles 3,§3 et 4,§5)

Sous réserve des modalités concrètes d'établissement de protocoles, soumis à l'avis préalable de la Commission, il importe de souligner les risques liés à la mise en place d'un accès direct par les autorités judiciaires aux banques de données des opérateurs et des fournisseurs de services. Cette possibilité apparaît d'autant plus inquiétante que les conditions d'accès prévues par l'article 46bis du Code d'instruction criminelle ne sont pas suffisamment strictes. L'absence de garanties adéquates concerne plus précisément les circonstances des recherches et les personnes habilitées à les effectuer (voyez *supra*, points a. et b.).

En outre, le fait de mettre directement à la disposition des services autorisés l'ensemble des données à caractère personnel détenues dans leurs banques de données par les opérateurs et les fournisseurs de services de télécommunication constitue un incitant pour les autorités judiciaires à interroger les banques de données sans que la nécessité de la collecte (enquête judiciaire, soupçon d'infraction) ne soit forcément établie.

La Commission tient dans ce contexte à rappeler que ces différentes mesures contribuant à faciliter la tâche des autorités compétentes "*ne peuvent avoir pour effet de légitimer les pratiques de repérage ou d'interception préventives, [...] ne peuvent conduire les autorités publiques à disposer d'informations disproportionnées par rapport à celles nécessaires dans le cadre de l'instruction, et [...] doivent respecter le caractère strictement d'exception de l'écoute.*"⁶

f. Exigences techniques et fonctionnelles à respecter par les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de services (article 6)

La Commission peut souscrire au libellé de l'article 6, §2, alinéa 4 dans la mesure où celui-ci limite la fourniture en langage clair des informations interceptées aux hypothèses où le cryptage, le codage ou la compression des données ont été introduits par l'opérateur de réseau ou le fournisseur de services. La Commission avait en effet souligné dans son avis n° 17/97 la difficulté pour les opérateurs de respecter une obligation de décryptage des télécommunications lorsque l'initiative du cryptage émane de l'utilisateur et n'est pas proposé par l'opérateur, c'est-à-dire lorsque l'utilisateur fournit le signal chiffré à son opérateur.

La Commission s'interroge toutefois sur la compatibilité de l'article 6, §1^{er} avec la disposition susmentionnée, dans la mesure où le §1^{er} précise que chaque opérateur ou fournisseur de services de télécommunication doit être en mesure de prendre connaissance des télécommunications privées. Cette obligation générale de prise de connaissance des télécommunications est en effet difficilement conciliable avec l'obligation prévue par le §2 de fournir les informations en clair seulement lorsque le cryptage est opéré par l'opérateur ou le fournisseur de services.

L'obligation de prendre connaissance des télécommunications privées imposée aux opérateurs en vertu du §1^{er} devrait dès lors être assortie d'une réserve limitant cette obligation aux hypothèses décrites dans le §2.

Le §3 prévoit que d'éventuelles spécifications techniques complémentaires peuvent être adoptées par voie de protocole entre le Ministre de la Justice et les opérateurs de réseaux de télécommunication et fournisseurs de services de télécommunication. La Commission rappelle la conclusion de son avis 09/97 dans laquelle elle estimait que les moyens techniques permettant aux opérateurs et aux fournisseurs de services de collaborer aux mesures devaient être

⁶ Avis n° 09/97.

déterminées par une loi ou encore par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres préalablement soumis à l'avis de la Commission. Cette position se justifie notamment par l'impact de ces dispositions sur la protection de la vie privée, la nature des spécifications techniques (par exemple, détail de l'obligation de localisation des utilisateurs de téléphones mobiles) ayant une influence directe sur le niveau de protection des personnes.

Il est ainsi inacceptable que des mesures additionnelles à celles qui sont prévues par l'arrêté royal commenté dans le présent avis soient adoptées sans aucun contrôle démocratique et sans que soit prévue la consultation préalable de la Commission⁷.

III. CONCLUSION GÉNÉRALE :

Les modalités concrètes selon lesquelles les opérateurs de réseaux de télécommunication et les fournisseurs de services de télécommunication doivent prêter leurs concours aux autorités habilitées ne peuvent, au regard du libellé actuel du projet d'arrêté royal, être approuvées par la Commission.

La Commission souligne en particulier le caractère insuffisamment restrictif des dispositions portant sur les conditions auxquelles les informations peuvent être requises auprès des opérateurs et des fournisseurs de services de télécommunication. Elle mentionne encore les risques liés à l'établissement d'un accès direct des personnes habilitées aux banques de données des opérateurs.

La Commission comprend difficilement la différence de niveau de protection des données entre, d'une part, l'interception de données de télécommunication (identification d'un numéro, de son titulaire), et, d'autre part, la phase d'écoute des télécommunications. Ces mesures apparaissent, en effet, à la lumière de l'exposé des motifs de la loi du 10 juin 1998, indissociables et participant d'une même recherche d'information. La Commission aurait dès lors souhaité qu'un niveau de protection élevé soit requis à tous les stades de l'interception des données de télécommunication.

La Commission s'oppose en outre fermement à ce que des mesures techniques additionnelles soient adoptées par voie de protocole. Elle considère que certaines précisions quant aux obligations techniques des opérateurs et des fournisseurs de services devraient être ajoutées, par exemple en ce qui concerne les obligations de ces derniers en matière de décryptage des communications et de durée de conservation des données, mais ces précisions ont leur place dans un texte apportant des garanties suffisantes en matière de contrôle démocratique.

Par ces motifs, la Commission rend un avis défavorable.

⁷ L'article 8, §2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoit qu' "il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice [du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi [...]".