

Adresse postale :
Ministère de la Justice

Bd. de Waterloo, 115
Bureaux :
Rue de la Régence, 61

Tél. : 02 / 542.72.00
Fax : 02 / 542.72.12

**COMMISSION DE LA
PROTECTION DE LA VIE PRIVEE**

AVIS N° 09 / 97 du 20 mars 1997

N. Réf. : A / 97 / 004 / 13

OBJET : Projet de loi concernant l'identification et le repérage des numéros de postes de communication ou de télécommunication et portant modification des articles 90 ter, 90 quater, 90 sixies et 90 septies du Code d'instruction criminelle.

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 27 janvier 1997;

Vu le rapport de MM. POULLET et DE SCHUTTER,

Emet, le 20 mars 1997, l'avis suivant :

I. INTRODUCTION :

1. La Commission est saisie, par le Ministre de la Justice, d'un projet de loi modifiant certaines dispositions introduites dans le code d'Instruction criminelle, par 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 communication et de télécommunication privées (*M.B.*, 24 janvier 1995) et pour laquelle la Commission avait rendu un avis d'initiative, le 14 décembre 1993 (avis n° 23/93).

Le projet a essentiellement pour but, d'une part, de remédier aux lourdeurs de la loi et, d'autre part, de permettre une lutte plus efficace contre une criminalité en évolution et utilisant de nouveaux moyens de communication.

II. OBJET DU PROJET DE LOI :

2. Le projet distingue trois types de mesures susceptibles d'être ordonnées et prévoit, selon les termes de l'exposé des motifs (p. 2), "*des normes de contrôle dont la sévérité est proportionnelle à la gravité des atteintes éventuelles à la vie privée*".

En ce sens, le Ministre considère, premièrement, l'identification des numéros et/ou des titulaires de numéros, deuxièmement, le repérage de communication, troisièmement, l'interception de communications.

Afin que ces mesures soient efficaces, le projet de loi prévoit une obligation stricte des opérations de réseaux de télécommunications, voire de certains fournisseurs de services non réservés de collaborer à la recherche des données nécessaires.

III. COMMENTAIRES DU PROJET :

A. Remarques générales.

L'importance de l'écoute téléphonique, ou plus largement des mesures destinées à permettre à l'autorité publique la surveillance des télécommunications, est reconnue comme nécessaire pour une lutte efficace contre la criminalité.

On note que le projet de loi en discussion élargit singulièrement la panoplie des mesures possibles, en particulier eu égard aux progrès technologiques; par ailleurs, elle en assouplit les conditions d'exercice.

De manière générale, l'examen de cet élargissement doit tenir compte des contraintes déduites de l'article 8 2 de la Convention européenne et appliquées à de multiples reprises par la Cour de Justice européenne des droits de l'Homme (Cfr. notamment les affaires *Sunday Time*, *Klass*, *Malone* et *Kruslin*).

Suivant cette jurisprudence, il importe que la limitation de la liberté soit inspirée par une urgence sociale et soit proportionnée, et que l'étendue et le mode d'exercice du pouvoir octroyé aux autorités publiques soient définies avec suffisamment de précision.

L'article 22 de la Constitution, qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, ajoute que les exceptions à ce droit doivent être fixées par la loi.

4. Enfin, la Commission rappelle fermement l'application de la loi du 8 décembre 1992, à l'ensemble des traitements portant sur l'enregistrement ou la conservation des données recueillies lors des différentes mesures prévues par le projet.

Un traitement de données, permettant de faciliter l'identification d'une ou de plusieurs personnes physiques, peut, en effet, prendre place à plusieurs moments :

- soit lors de la phase d'identification des numéros non publiés;
- soit lors de la phase de repérage des télécommunications privées;
- soit enfin lors de la phase de conservation des télécommunications faisant l'objet d'une mesure d'interception.

Les développements technologiques multiplieront les possibilités de tels traitements. Ces traitements de données peuvent être tenus par les services de police ou de gendarmerie, par la police judiciaire, par le Procureur du Roi, le juge d'instruction, voire par les opérateurs de réseaux ou fournisseurs de services non réservés, soit dans le cadre d'enquêtes préalables, soit à l'occasion d'affaires pendantes, soit au-delà de la décision passée en force de chose jugée clôturant l'affaire pendante, afin d'être utilisés postérieurement.

L'application de la loi du 8 décembre 1992 aux traitements de données recueillies dans le cadre d'une instruction criminelle a pour effet :

- 1) de permettre à la personne concernée d'exercer via la Commission de protection de la vie privée un accès indirect aux données recueillies dans le cadre des mesures prévues par le projet;
- 2) de soumettre des traitements, en particulier aux prescrits de l'article 5 (principe de finalité et de proportionnalité) et de l'article 16 (principe de sécurité).

B. Examen des articles.

- L article 2

L article 2 consacre une nouvelle mesure : celle de l identification d un numéro non public du moyen de télécommunications d un titulaire connu ou celle de l identification du titulaire d un numéro non public. Cette mesure vise, non seulement les numéros téléphoniques secrets, c est-à-dire non publiés dans les annuaires, mais également les numéros d autres moyens de télécommunications dont la publicité n est pas en principe assurée, ainsi en particulier les appareils de mobilophonie, de sémaphonie ou de télécopie. La généralisation croissante de l utilisation de ces moyens de télécommunications élargit les possibilités d application de la mesure proposée.

La recherche de tels numéros ou de tels titulaires se conçoit, selon l exposé des Motifs, comme une mesure préalable aux autres mesures (le repérage ou l écoute) dans la recherche des crimes et des délits.

La loi prévoit l obligation des opérateurs publics ou privés des réseaux de télécommunications de collaborer à la fourniture des renseignements.

La mesure doit être requise suite à une décision motivée et écrite du Procureur du Roi. En cas d extrême urgence, la décision motivée peut être ordonnée par un officier de la gendarmerie, de la police communale, ou de la police judiciaire qui communique, dans les 24 heures au Procureur du Roi, la réquisition (sans doute serait-il bon d ajouter également la nécessité de communiquer la motivation) et la réception des informations (sans doute serait-il bon d ajouter la nécessité de communiquer également les informations reçues).

La Commission de la protection de la vie privée s oppose à cette extension, "en cas d extrême urgence" : comme le souligne l exposé des motifs, l identification n est qu une première étape qui "nécessairement" précède les autres mesures. L interception de communications et le repérage ne peuvent être ordonnés que par le Procureur. Ne peut-on, dès lors, imaginer que celui-ci procède, lui-même et dans tous les cas, à la requête auprès de l opérateur de réseau, quitte à réduire, ce qui ne peut être difficile, le délai de réponse de l opérateur ?

L article 5

6. L article 5 modifie l article 88 bis du Code d Instruction criminelle de manière assez fondamentale en ce qui concerne le repérage. Avant d aborder son analyse, la Commission tient à préciser que les mesures de repérage, dont il est question à l article 88 bis, concernent uniquement celles ordonnées par l autorité publique dans le cadre de la recherche de crimes et de délits.

Comme elle l a rappelé récemment à propos d une demande d avis relatif au droit d accès des personnes concernées lors d appels malveillants, le repérage du numéro d appel pourrait être requis par d autres autorités qui recevraient la compétence légale d intervenir à la demande de la victime de ces appels malveillants (cfr. à ce propos avis n° 07 / 97 du 27 février 1997).

Le repérage prévu par l article 5 du projet concerne, non seulement les communications téléphoniques, mais également l ensemble des télécommunications au sens de l article 68, 4° de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et vise, dès lors, les communications par mobilophonie, telex, télécopieur ou la transmission

électronique.

Une telle extension est justifiée par les progrès technologiques. Elle implique que la mesure concerne, non seulement le repérage du numéro, mais également la localisation de l'émetteur ou du destinataire qui ne sont plus liés à un poste fixe permanent.

La mesure doit être ordonnée et motivée par le juge d'instruction, voire en cas de flagrant délit pour les infractions énumérées dans l'article 90 ter, 2, 3 et 4. On notera l'extension de cette possibilité d'intervention du Procureur du Roi dans la mesure où, auparavant, une telle extension ne valait que pour les prises d'otages et l'extorsion, et où l'article 6 du projet commenté ajoute encore quelques infractions à la liste déjà longue de l'article 90 ter, 2, 3 et 4.

7. L'article 5 propose l'ajout d'un 2 à l'article 88 du Code d'instruction criminelle. De manière parallèle à ce qui est prévu pour l'identification (supra n° 5), le projet prévoit l'obligation des opérateurs de réseau de télécommunications de collaborer, sous peine de sanctions, à la fourniture de telles informations. Ceci signifie que l'opérateur maintienne, à de telles fins, de nombreuses données nominatives à propos du trafic généré à partir de chaque poste d'abonné et de la localisation des émetteurs et destinataires. De telles données sont légitimement traitées par l'opérateur à des fins de facturation et conservées à des fins de preuve en cas de contestation.

L'obligation de collaboration prévue par l'article 5 entraîne donc création d'un nouveau traitement dans la mesure où la finalité poursuivie s'écarte de celles traditionnelles préalablement mentionnées. Ce nouveau traitement se doit donc de respecter les prescrits de la loi. En particulier, il ne serait pas sage que la nécessité de répondre aux demandes éventuelles du juge d'instruction oblige les opérateurs à conserver de telles données au-delà d'un certain délai, créant alors d'autres risques pour la vie privée de leurs clients. On ajoutera que des mesures de sécurité particulières devront être prises pour l'utilisation (accès, communication, etc.) des données y figurant.

- *Les articles 8 et 9*

8. A propos de l'interception de communications, les articles 8 et 9 maintiennent le caractère exceptionnel d'une telle mesure qui ne peut être prise que dans le cadre d'une instruction. Ils proposent simplement que la transcription intégrale ne soit effectuée que pour les communications et télécommunications pertinentes (à apprécier par l'officier de police judiciaire commis)". Les autres communications et télécommunications font l'objet d'une mention de l'objet de la communication et des numéros appelés ou appelants, sauf demande de la partie défenderesse de l'enregistrement, demande dont le juge appréciera le bien fondé.

La Commission ne voit pas d'objection à cette simplification procédurale. Même si la lourdeur procédurale des transcriptions des communications téléphoniques représentait dans la pratique un moyen efficace de les restreindre au strict nécessaire. La Commission ne voit pas d'objection à cette simplification, pour autant que les transcriptions soient détruites, d'office, au-delà d'un certain délai, 3 ans, par exemple, et en tout cas, après que la décision judiciaire ait été prise définitivement. Les transcriptions devraient également être détruites à la demande de la ou des personnes impliquées les communications non transcrites. Elle ne voit pas non plus de raisons de s'opposer à l'ajout, par l'article 6 du projet, des infractions en matière d'hormones à la liste des infractions visées à l'article 90 ter, 2 du Code d'instruction criminelle. Une telle extension avait déjà été suggérée lors des travaux parlementaires relatifs à la loi du 30 juin 1994

(cfr. le Compte rendu analytique, Sénat de Belgique, 25 mai 1994, p. 788).

- L article 10

9. Par contre, elle s interroge sur les conséquences de l extension de la mesure, au-delà des écoutes téléphoniques, à toute forme de télécommunications au sens déjà décrit, y compris donc le courrier électronique. Comme on le sait, l utilisation légitime de logiciels de cryptage de tels messages permet d assurer la confidentialité de ces messages à l égard de tiers, mais rend difficile, voire impossible le décodage des messages ainsi cryptés et, dès lors, la protection de l autorité publique qui entend assurer l interception des communications. L article 10 entend, dès lors, modifier l art. 70 bis de la loi du 21 mars 1991 créant les entreprises publiques autonomes.

L article 70 bis projeté autorise le Roi à fixer, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, "les moyens techniques par lesquels Belgacom et les exploitants de services non réservés qui Il désigne doivent permettre, le cas échéant, conjointement, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance et l enregistrement des télécommunications privées".

Cet article entend imposer, non seulement aux opérateurs de réseaux de télécommunications, mais également à des fournisseurs de services non réservés à désigner, l obligation de faire en sorte qu'au point de vue technique leur infrastructure, appareils et services puissent faire l objet d écoutes. On songe bien évidemment aux sociétés de certification de messages électroniques, aux sociétés offrant des services de courrier électronique, aux banques et à toutes sociétés offrant des services télématiques interactifs multimédia ou non, qualifiables de communications privées.

10. Il va sans dire que la disposition légale vise à remédier aux difficultés de plus en plus grandes rencontrées par les autorités publiques à déchiffrer les messages qui digitalisés, voire cryptés, ne circulent plus en clair dans les réseaux ou à identifier les auteurs de messages qui se sont rendus anonymes ⁽¹⁾.

On sait que techniquement diverses solutions peuvent être trouvées. Un rapport récent du groupe juridique de Belinfosec ⁽²⁾ en analyse diverses, notamment celle du Key Escrow (système de dépôt préalable des clés auprès d un tiers de confiance qui, à la demande de l autorité juridictionnelle, pourra lever le secret), celle de la limitation des niveaux de chiffrement (en fonction de la sensibilité du message), celle enfin du contrôle "a posteriori" qui obligerait l auteur à dévoiler le moyen technique de cryptage, lorsque le juge d instruction le lui demande.

¹ On notera que la Recommandation R(95)4 du Conseil de l Europe sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications, eu égard notamment aux services téléphoniques, suggère que les exploitants de réseau, les fournisseurs de service et d équipements matériels et logiciels tirent parti "de la technologie de l information pour fabriquer et exploiter des réseaux, des équipements et des logiciels respectant la vie privée des utilisateurs" et propose que des dispositifs anonymes d accès au réseau et aux services de télécommunications soient mis à disposition.

² Les aspects juridiques de la sécurité informatique, Rapport coordonné par Mme M. Antoine, Belinfosec, janvier 1997. Il est à noter que des propositions parlementaires abordent la question de la cryptographie de manière plus complète, ainsi la proposition de Mmes Bribosia, Picard et Maximus abrogeant les articles 70 bis et 95 al. 1er de la loi du 21 mars 1991 et complétant le Code d Instruction criminelle, afin de donner un cadre au décryptage des messages, Doc. parl., 1995-1996, I 352/1 et la proposition de loi Hatry abrogeant les articles 70 bis et 95 al. 1er, 5° de la loi du 21 mars 1991, Doc. Parl., Sénat, 1995-1996, 1-343/1.

Les auteurs du rapport mettent en évidence le fait que l'imposition de certaines techniques (en particulier, celle du key escrow) constitue une mesure "excessive" et disproportionnée au regard des impératifs de sécurité et ne peut donc être considérée comme conforme à l'article 8, 2 de la Convention européenne.

Ils insistent, par ailleurs, sur l'existence de nombreux travaux internationaux en la matière (OCDE, etc.) et en particulier au sein de l'Union européenne.

Au regard de telles considérations et dans la mesure où l'article 22 de la Constitution rappelle la nécessité de mesures législatives pour toute dérogation au principe du respect de la vie privée, la Commission ne peut admettre que la matière soit réglée par une délégation à un arrêté royal, sans que ne soient fixées les limites strictes de cette intervention royale. La Commission rappelle, en particulier, que de telles mesures techniques ne peuvent avoir pour effet de légitimer les pratiques de repérage ou d'interception préventives, qu'elles ne peuvent conduire les autorités publiques à disposer d'informations disproportionnées par rapport à celles nécessaires dans le cadre de l'instruction, enfin qu'elles doivent respecter le caractère strictement d'exception de l'écoute.

IV. CONCLUSIONS :

11. La Commission ne s'oppose pas, en principe, à la création de nouvelles infractions et à la simplification procédurale, objets du projet de loi.

Elle estime, cependant, que l'ensemble des mesures doit rester des seuls ressorts des juges d'instruction, exceptionnellement du Procureur du Roi. Elle estime, en effet, que toute recherche "proactive" devrait être entièrement sous le contrôle des autorités "judiciaires" et que chaque mesure soit l'objet d'une autorisation formelle, écrite et préalable des autorités judiciaires.

La Commission reconnaît qu'au regard de l'évolution des technologies, la collaboration des opérateurs de réseaux de télécommunications et des fournisseurs de services, sera dorénavant requise pour rendre efficace 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 fournisseurs. Ces traitements nouveaux doivent être identifiés et soumis aux règles de proportionnalité, en particulier, la durée de conservation des données opérées dans le cadre de ces traitements doit être précisée, et les utilisateurs de ceux-ci, définis.

Enfin, la Commission estime, contrairement au libellé de l'art. 70 bis existant et en projet, que les moyens techniques qui permettront à Belgacom et aux exploitants de services non réservés de contribuer aux mesures, objet du projet de loi, doivent être déterminés par une loi tant le choix de ces moyens peut avoir un impact sur la protection de la vie privée. Si tel n'était pas le cas, la Commission souhaiterait que l'arrêté royal, délibéré en Conseil des Ministres, soit soumis à l'avis préalable de la Commission de la protection de la vie privée.

Le secrétaire,

Le président,

(sé) J. PAUL.

(sé) P. THOMAS.