



Position de l'AFA Octobre 2005

Décret relatif à la conservation des données des communications électroniques et modifiant le code des postes et des communications électroniques

L'Association des Fournisseurs d'Accès et de Services Internet (AFA) s'inquiète de l'imminence de la signature du décret et de l'arrêté relatifs à la conservation des données de communications électroniques, pris en application de l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques.

Ce projet de décret vient préciser les dérogations apportées au principe d'effacement des données posé dans le code des Postes & CE :

- Obligation de conserver certaines données pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales pour une durée d'un an à compter de leur enregistrement (art. R 9-1-1 du projet de décret) ;
- Faculté de conserver certaines données pour une durée d'un an pour les finalités de facturation et de paiement (art. R 9-1-2 du projet de décret) ;
- Faculté de conserver certaines données pour les besoins des opérateurs pour assurer la sécurité de leurs réseaux pour une durée n'excédant pas trois mois (art. R. 9-1-2 IV du projet de décret).

Le projet d'arrêté, dans son annexe, distingue et liste les informations d'origine contractuelle et les données relatives aux communications.

1. Sur l'absence de concertation entre l'Etat et l'industrie

En préalable, l'AFA regrette que ces textes n'aient pas fait l'objet d'une concertation entre le gouvernement et tous les acteurs directement concernés par ces mesures. Il était dès lors inévitable que les documents que nous examinons aujourd'hui ignorent largement les contraintes et les coûts inhérents à la conservation et au traitement des données visées par le code des postes et des communications électroniques, tout particulièrement pour les fournisseurs d'accès Internet.

L'AFA tient à rappeler que le texte dans sa version actuelle est différent de celui pour lequel la Commission Consultative des Réseaux et Services de Communications Electroniques a rendu un avis en juin 2004. Depuis cette date, aucune information n'a été communiquée par le Gouvernement sur l'évolution des projets de textes alors

même qu'ils sont susceptibles d'avoir un impact lourd sur les opérateurs de communications électroniques.

2. Sur les données devant être conservées :

À toutes fins utiles, l'AFA souhaite rappeler :

- que s'agissant de la France, l'ensemble des membres de l'AFA a traité l'année dernière moins de 10 000 réquisitions judiciaires et qu'il ressort des différentes discussions avec les services d'enquêtes qu'ils sont satisfaits des données aujourd'hui conservées par les membres de l'AFA, qui leur permettent dans la très grande majorité des cas de mener à bien leurs investigations ;
- que plusieurs pays européens n'imposent de durée de conservation obligatoire aux opérateurs que lorsque ceux-ci les conservent déjà pour leurs propres besoins ;
- que des débats sont en cours au plan européen ; que le projet de directive de la Commission Européenne sur la conservation des données prévoit « *d'harmoniser les durées de conservation et de les fixer à un an pour les données relatives au trafic concernant la téléphonie fixe et mobile, et à **six mois** pour les données relatives aux communications utilisant le protocole IP* », et oblige « *les Etats membres à **dédommager les fournisseurs de communications électroniques des surcoûts supportés en raison de l'obligation de conservation*** ». (MEMO/05/328 – Union Européenne)

Les projets nationaux et communautaires en cours, divergents, exposent les opérateurs à une forte insécurité juridique et à des coûts de mise en œuvre supplémentaires en cas de d'adoption du décret suivie d'un revirement législatif dans les prochains mois. La transposition du projet de directive européenne pourrait obliger les opérateurs à réorganiser entièrement leur infrastructure en fonction d'une nouvelle liste de données associée à une nouvelle durée de conservation.

Au minimum, le décret, comme l'a recommandé la CCRSCE en juin 2004, devrait prévoir une période transitoire à compter de la publication de l'arrêté. Nous proposons une période de 12 mois pendant lesquels chaque opérateur pourrait ainsi évaluer les investissements nécessaires, au regard des données énumérées dans l'arrêté, dont certaines ne sont actuellement pas conservées ou pour une durée inférieure à un an.

Par ailleurs, une grande incertitude porte sur les données concernées. La rédaction du décret et de l'arrêté, souvent imprécise, ajoute à la confusion des opérateurs. L'article R 9-1 du décret offre une définition des données relatives au trafic très éloignée du Code des Postes et des Communications Electroniques :

« Art. R. 9-1. - Pour l'application des II et III de l'article L. 34-1 du présent code, les données relatives au trafic s'entendent des informations rendues disponibles par les procédés de communication électronique, susceptibles d'être enregistrées par l'opérateur à l'occasion des communications électroniques dont il assure la transmission et qui sont pertinentes au regard des finalités poursuivies par la loi. »

Cette rédaction va bien au-delà de l'article L.32, 18° du code précité qui entend par données relatives au trafic : « les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou en vue de sa facturation ». En visant les « données susceptibles d'être enregistrées », le décret crée une incertitude (et donc un risque de contentieux ultérieurs) sur des données qui ne seraient pas actuellement conservées par les opérateurs, notamment pour les opérateurs mutualisant leur serveurs.

La conservation obligatoire de données étrangères à l'exploitation d'un réseau de communications électroniques pose en outre un problème aux prestataires dont l'infrastructure repose sur des serveurs mutualisant les données de plusieurs pays. Pour ces sociétés, l'absence d'harmonisation des politiques européennes de conservation des données et la rigidité du système que la France s'apprête à entériner constituent de lourds défis techniques que les pouvoirs publics doivent examiner au regard du développement d'Internet en France.

3. Sur les modalités de prise en charge des coûts supportés par les opérateurs :

Ce projet substitue une tarification forfaitaire à l'acte¹ (quels que soient la demande ou l'opérateur auquel elle s'adresse), au mécanisme initialement prévu de convention bilatérale entre l'Etat et chaque opérateur. Ces nouvelles dispositions nous paraissent contraires à l'esprit et à la lettre du II de l'article L 34-1 du code des P&CE² et à la décision du Conseil constitutionnel n°2000-441 DC du 28 décembre 2000 qui a rappelé que l'Etat devait prendre en charge les dépenses réalisées à sa demande par les opérateurs privés pour la sauvegarde de l'ordre public :

« Considérant que, s'il est loisible au législateur, dans le respect des libertés constitutionnellement garanties, d'imposer aux opérateurs de réseaux de télécommunications de mettre en place et de faire fonctionner les dispositifs techniques permettant les interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique, le concours ainsi apporté à la sauvegarde de l'ordre public, dans l'intérêt général de la population, est étranger à l'exploitation des réseaux de télécommunications ; que les dépenses en résultant ne sauraient dès lors, en raison de leur nature, incomber directement aux opérateurs. » (28 décembre 2000 – DC n°2000-441)

Il faut en effet distinguer deux types de coûts :

¹ 3,81 euros pour les réquisitions portant sur des informations d'origine contractuelle et 20 euros pour les réquisitions portant sur des données relatives aux communications.

² « II. - Pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine, dans les limites fixées par le V, ces catégories de données et la durée de leur conservation, selon l'activité des opérateurs et la nature des communications ainsi que les modalités de compensation, le cas échéant, **des surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées à ce titre, à la demande de l'Etat, par les opérateurs.** »

- d'une part, les investissements qui seront nécessaires pour conserver les données aujourd'hui non conservées ou conservées sur une durée plus courte. Les investissements nécessaires viseront à mettre en oeuvre des développements techniques et logiciels ainsi que des investissements matériels pour (1) collecter les données aujourd'hui non conservées, (2) les stocker dans des conditions de sécurité et d'accessibilité adéquates, (3) les traiter dans des délais compatibles avec les enquêtes ;
- d'autre part, les coûts de traitement des réquisitions judiciaires et des demandes administratives (réception de la demande ou réquisition, extraction des informations, réponse et envoi de la réponse), lesquelles sont aujourd'hui dédommagées au titre des frais de justice en ce qui concerne les réquisitions judiciaires (article 92-9 du code de procédure pénale) mais ne le sont pas en ce qui concerne les demandes administratives (telles que les demandes de l'Autorité des Marchés Financiers, du Fisc et des douanes...) autorisées par la loi de finance rectificative pour 2001 (JO n°302 du 29 décembre 2001)

La tarification forfaitaire à l'acte n'est pas adaptée à la prise en charge des investissements qui, selon la Jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel, incombe à l'Etat. Même si un opérateur ne reçoit pas ou peu de réquisitions, il lui faudra mettre à niveau son infrastructure. Le prix des réquisitions ne saurait indemniser l'opérateur pour les moyens supplémentaires qu'il devra mettre en place, en particulier lorsqu'il reçoit peu de réquisitions.

Le projet ne couvre donc que la seconde catégorie de coûts. Or même sur ce plan, le décret s'affranchit totalement des frais réels relatifs au traitement des réquisitions judiciaires et des demandes administratives. En réduisant le forfait alloué pour les informations contractuelles de 12 € à 3,81 €, les rédacteurs du nouveau projet de décret envoient un signal inquiétant aux opérateurs et au personnel des opérateurs chargé d'aider les enquêteurs et les autorités administratives.

Si le législateur persistait néanmoins dans sa volonté de faire abstraction des frais réels supportés par les opérateurs pour traiter les demandes judiciaires et administratives, l'AFA attire son attention sur le fait que l'arrêté dans sa rédaction actuelle est imprécis sur les actes auxquels correspondent les tarifs mentionnés. Dans la pratique, les réquisitions et demandes regroupent souvent plusieurs demandes de données, ou portent sur des données collectées au cours d'une longue période. Or à chaque donnée recherchée correspond une charge qui doit être dédommagée. Ce point devrait au minimum être précisé dans l'article R. 9-1-1-IV du décret et dans l'article 1^{er} de l'arrêté :

« Art R. 9-1-1-IV - « IV. - Les surcoûts identifiables et spécifiques supportés par les opérateurs requis par les autorités judiciaires ou administratives pour la fourniture des données relevant des catégories mentionnées au présent article ~~sont compensés pour chacune des réquisitions portant sur une ou plusieurs de ces catégories de données.~~ donnent lieu à remboursement pour chacune des données demandées. »

« Art. A. 43-2 - [...]les réquisitions et demandes administratives [...] donnent lieu à remboursement aux opérateurs de communications électroniques, sur

facture ~~et justificatifs~~, en appliquant à ces réquisitions, pour chacune des prestations données demandées, le montant hors taxe des tarifs [...] »

Conclusion :

L'AFA constate que les données conservées aujourd'hui par les opérateurs pour leurs propres besoins et à des fins déontologiques, permettent aux autorités judiciaires et administratives de mener à bien leurs missions. Avant toute extension d'une conservation obligatoire au-delà des besoins propres des entreprises, il est nécessaire de mettre en balance les coûts et les bénéfices d'une telle mesure pour la société dans son ensemble.

L'AFA invite donc les pouvoirs publics à rouvrir les débats avec l'industrie des communications électroniques dans son ensemble sur les données à conserver et la prise en charge des coûts y afférents et à repousser l'adoption du décret jusqu'à la finalisation des travaux européens.

L'AFA souhaite enfin que puisse être poursuivi le dialogue fructueux initié avec le Ministère de l'Intérieur pour encourager une coopération encore plus efficace entre l'industrie et les pouvoirs publics (participation de l'industrie aux formations des OPJ spécialisés NTIC ; création de catalogues de prestations de services ; modélisation des réquisitions judiciaires pour éviter les demandes incomplètes ou non pertinentes des autorités ; création de points d'entrée unique chez les opérateurs pour le traitement des réquisitions).