

Avis du Contrôleur européen de la protection des données

concernant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012

LE CONTRÔLEUR EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 16,

vu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment ses articles 7 et 8,

vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹,

vu 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 électroniques²,

vu le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données³, et notamment son article 28, paragraphe 2,

A ADOPTÉ L'AVIS SUIVANT:

1. INTRODUCTION

1.1. Consultation du CEPD

1. Le 11 septembre 2013, la Commission a adopté une proposition de règlement établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012 (ci-après la «proposition»)⁴. Une demande de consultation a été envoyée par la Commission conformément à l'article 28,

¹ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

² JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.

³ JO L 8 du 12.1.2001, p. 1.

⁴ COM (2013) 627 final.

paragraphe 2, du règlement (CE) n° 45/2001, et reçue par le CEPD le 23 septembre 2013.

2. Le CEPD a eu la possibilité de faire part de ses conseils avant que la proposition ne soit adoptée, ce dont il se félicite. Le présent avis vient compléter les commentaires formulés dans le cadre de cette consultation informelle.

1.2. Contexte et objectifs de la proposition

3. La proposition est adoptée dans le contexte d'Une stratégie numérique pour l'Europe⁵, son objectif principal visant à stimuler la croissance économique et les progrès sociaux issus de l'économie numérique européenne. La proposition a donc pour objet la réalisation d'un marché unique européen des communications électroniques par l'harmonisation des divers aspects juridiques et techniques rattachés à la fourniture de services de communications électroniques au public.
4. En premier lieu, la proposition facilite la fourniture de services de communications électroniques transfrontaliers en permettant aux prestataires de fournir des services à travers toute l'Union sur la base d'une seule et unique autorisation couvrant toute l'UE et donc en ayant à surmonter le minimum de fardeaux administratifs. Elle harmonise également les conditions d'assignation des radiofréquences pour les services de Wifi, ainsi que les caractéristiques des produits offrant un accès virtuel aux réseaux fixes.
5. Ensuite, la proposition harmonise les droits des utilisateurs finaux, entre autres ceux relatifs à l'internet ouvert. Elle harmonise également la publication, par les prestataires, des informations relatives aux services de communications électroniques qu'ils offrent et l'inclusion de ces informations dans les contrats, ainsi que les modalités régissant le changement d'un opérateur à un autre et les frais facturés au titre des services d'itinérance.
6. Le présent avis porte essentiellement sur les aspects de la proposition dont l'impact sur les droits relatifs au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel tels qu'énoncés aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que sur la confidentialité des communications, est susceptible d'être le plus significatif.

2. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

7. Au cours de la dernière décennie, l'internet a investi tous les domaines de la vie quotidienne, y compris les communications personnelles, l'éducation et le travail; dans le même temps, les types de contenus, d'applications et de services proposés aux utilisateurs finaux ont eux aussi connu une forte augmentation. Dans ce contexte, le droit des utilisateurs finaux à bénéficier d'un internet ouvert, dans le cadre duquel l'accès aux informations et leur distribution sont libres, devrait rester la règle.
8. À cet égard, le CEPD se félicite de l'inclusion dans la proposition du principe de libre accès aux contenus, applications et services, et de libre distribution de ceux-ci, par les

⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Une stratégie numérique pour l'Europe», COM (2010) 245 final/2 du 26.8.2010.

utilisateurs finaux, à savoir la «neutralité de l'internet». Toutefois, le CEPD note avec inquiétude que la proposition prévoit un certain nombre de motifs justifiant des mesures de gestion du trafic qui analysent et traitent de manière discriminatoire les divers types de contenu. De telles mesures limitent considérablement la neutralité de l'internet et portent atteinte aux droits relatifs au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel dont jouissent les utilisateurs finaux et tels qu'énoncés dans la Charte et dans la directive 95/46/CE, ainsi qu'à la confidentialité des communications aux termes de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE.

9. Le CEPD souligne que le respect des droits à la confidentialité des communications, au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel est un élément clé du processus de renforcement de la confiance des consommateurs dans le marché européen des communications électroniques, et donc du succès de ce dernier. Les utilisateurs finaux doivent être certains que ces droits sont respectés chaque fois qu'ils utilisent les services et réseaux de communications électroniques, et que toute atteinte à ces droits est proportionnée et nécessaire pour atteindre un objectif légitime clairement spécifié. Le CEPD attire l'attention sur le fait que les motifs justifiant la mise en place d'une gestion du trafic tels que le fait de «mettre en œuvre une disposition législative» et de «prévenir ou lutter contre les infractions graves», lesquels sont prévus à l'article 23, paragraphe 5, point a), de la proposition, semblent trop généraux et sont fort susceptibles d'engendrer une surveillance préventive et de grande envergure du contenu des communications. Or, une surveillance de ce type non seulement serait contraire au droit à la confidentialité des communications, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, mais pourrait également ébranler considérablement la confiance des consommateurs dans les services de communications électroniques à travers l'Union.
10. Bien que toute mesure permise en vertu de la proposition qui porte atteinte aux droits relatifs au respect de la vie privée et à la protection des données des utilisateurs finaux soit soumise à des obligations rigoureuses en termes de proportionnalité et de nécessité, le CEPD rappelle que la transparence, comme cela sera examiné plus avant dans le présent avis, est une autre obligation essentielle pesant sur ces mesures. En ce qui concerne la gestion du trafic, des informations précontractuelles et contractuelles claires et adaptées, par exemple, amélioreraient le choix dont disposent les consommateurs, permettant ainsi aux utilisateurs finaux d'opter pour les services des prestataires qui mettent en œuvre des techniques d'inspection des communications plus respectueuses de la vie privée dans le contexte de la gestion du trafic.
11. Le contrôle, par les fournisseurs de communications électroniques, du respect des obligations de transparence, de proportionnalité et de nécessité dans le cadre de la mise en place de mesures portant atteinte à la vie privée, telles que la gestion du trafic, est essentiel pour assurer l'efficacité de ces garde-fous dans la pratique. À cet égard, le rôle des autorités réglementaires nationales en termes de contrôle du respect, de la part des prestataires, de la neutralité de l'internet et en termes d'évaluation de la qualité des informations précontractuelles devrait être renforcé par le rôle des autorités nationales chargées de la protection des données, lesquelles peuvent apporter leurs compétences spécifiques dans le cadre de cette surveillance et ainsi contribuer à son efficacité globale.

3. COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES

3.1. Applicabilité du cadre de l'UE en matière de protection des données

12. La proposition régleme la fourniture de services de communications électroniques au sein de l'UE. Ces services sont soumis à l'obligation de confidentialité des communications, tout en nécessitant en outre le traitement des adresses IP et du contenu des communications, lesquels sont tous deux liés aux utilisateurs finaux et constituent donc communément des données à caractère personnel.⁶ Les directives 2002/58/CE et 95/46/CE s'appliquent donc au traitement des données envisagé dans le cadre de la proposition. Le CEPD recommande que ce point soit clarifié dans une disposition de fond de la proposition, sans pour autant que cela soit perçu comme une dérogation aux instruments adoptés par l'UE en matière de protection des données.

13. À ce propos, le CEPD remarque également que le considérant 46 de la proposition dispose que ce dernier définit les *limites applicables aux éventuelles restrictions qui pourraient être imposées au niveau du droit des utilisateurs finaux à bénéficier de la neutralité de l'internet* par les fournisseurs de communications électroniques au public, mais est «sans préjudice d'autres dispositions législatives de l'Union telles que les règles en matière de droit d'auteur et la directive 2000/31/CE». Le CEPD recommande de compléter ce texte par une référence spécifique aux directives 95/46/CE et 2002/58/CE, lesquelles définissent les limites imposées au niveau des mesures de gestion du trafic du point de vue de la protection des données et du respect de la vie privée.

3.2. Neutralité de l'internet et mesures de gestion du trafic

14. L'article 23, paragraphe 1, de la proposition confère aux utilisateurs finaux le droit d'accéder librement aux contenus, services et applications de leur choix, ou de les diffuser librement, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet, établissant ainsi le principe de neutralité de l'internet. La neutralité de l'internet repose sur l'impartialité des fournisseurs d'accès à internet vis-à-vis des divers types d'informations auxquels les utilisateurs finaux accèdent et que ces derniers transmettent, et donc sur la non-discrimination quant à la qualité des services d'accès à internet en fonction du contenu, de la source ou de la destination de ces informations.⁷

15. La neutralité de l'internet ne se limite pas à encourager la liberté de diffusion et de réception des informations ainsi que d'accès à la culture; si ce principe est respecté, les risques de surveillance de l'activité des utilisateurs finaux sur l'internet, en fonction des informations auxquelles ils accèdent ou qu'ils transmettent, se trouvent minimisés. À cet égard, le CEPD se félicite de l'inclusion de la neutralité de l'internet à l'article 23, paragraphe 1, de la proposition à titre de principe général applicable à l'utilisation de l'internet au sein de l'Union.

16. Le CEPD souligne néanmoins que la proposition ne devrait pas être telle que les utilisateurs finaux ignorent les mesures susceptibles de les empêcher de profiter

⁶ Voir, concernant les adresses IP, l'affaire C-70/10 *Scarlet/SABAM* [2011] Rec. p. I-11959, point 51 et, concernant le contenu des communications, par analogie, l'affaire C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rec. p. I-00000, point 49.

⁷ Avis du CEPD sur la neutralité de l'internet, la gestion du trafic et la protection de la vie privée et des données personnelles, 7 octobre 2011, p. 2.

pleinement de l'internet ouvert.⁸ Cela est d'autant plus important que, à titre de dérogation à l'article 23, paragraphe 1, l'article 23, paragraphe 5, de la proposition prévoit des «mesures de gestion raisonnable du trafic» aux termes desquelles les FAI pourraient traiter de manière discriminatoire, dégrader, ralentir ou bloquer le trafic, sans pour autant fournir d'informations concernant les techniques d'inspection des communications qui sous-tendent ces mesures.

17. Le CEPD fait remarquer que les mesures de gestion du trafic reposant sur des techniques telles que le DPI (Deep Packet Inspection ou Inspection en profondeur des paquets) présupposent une analyse détaillée du contenu des informations transmises par l'internet, laquelle pourrait révéler des informations conséquentes et détaillées concernant les utilisateurs.⁹ Quand bien même les mesures de gestion du trafic reposeraient sur des techniques d'inspection des communications plus respectueuses de la vie privée, telles que celles qui analysent les en-têtes IP, elles révéleraient tout de même des informations quant aux sites web qu'ont consultés les utilisateurs finaux et permettraient donc de *déduire* le contenu de leurs communications.¹⁰ Dans la mesure où le contenu des communications peut comprendre des informations sur les opinions politiques de la personne concernée, sur ses convictions religieuses, ou encore sur sa santé ou sa vie sexuelle, l'analyse de ce contenu - que ce soit directement ou par le biais des en-têtes IP - pourrait entraîner le traitement de données sensibles au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE. Afin d'éviter toute incertitude dans l'esprit des utilisateurs finaux quant à l'impact des mesures de gestion du trafic sur la protection des données et sur le respect de la vie privée, l'article 23, paragraphe 5, doit fournir des informations claires concernant les techniques d'inspection des communications qui sont permises dans le contexte de celles-ci.
18. Par ailleurs, toute mesure de gestion du trafic adoptée sur la base de la proposition devrait être soumise à des obligations strictes en termes de proportionnalité et de nécessité. Le CEPD remarque que l'article 23, paragraphe 5, de la proposition répertorie les motifs pour lesquels des mesures de gestion du trafic peuvent être adoptées. Parmi ces motifs, figurent ceux qui consistent à «mettre en œuvre une disposition législative» et à «prévenir ou lutter contre les infractions graves» [article 23, paragraphe 5, point a)]. Le CEPD reste préoccupé par la mention de ces deux motifs comme fondements possibles de l'adoption de mesures de gestion du trafic.
19. S'agissant du motif de mise en œuvre d'une disposition législative, le CEPD remarque que l'article 23, paragraphe 3, de la proposition stipule explicitement que cette disposition s'applique «sans préjudice des règles de l'Union ou de la législation nationale relative à la légalité des informations, contenus, applications ou services transmis». Lu en combinaison avec la mise en œuvre d'une disposition législative comme motif de gestion du trafic, cela reviendrait, en essence, à autoriser le traitement discriminatoire, la dégradation, le ralentissement ou le blocage de *tout* contenu jugé illicite en vertu des règles de l'UE ou de la législation nationale. Étant donné à la fois la portée trop large des mesures de gestion du trafic susceptibles d'être adoptées à ce motif et le fait que ces mesures pourraient entraîner le traitement de données sensibles,

⁸ Bien que ce paragraphe traite du concept de transparence en rapport avec le texte de la proposition même, les exigences en matière de transparence concernant les informations précontractuelles et contractuelles fournies aux utilisateurs finaux seront abordées aux points 25 à 33 ci-dessous.

⁹ Pour un aperçu des techniques utilisées pour inspecter les informations transmises par l'internet, voir l'avis du CEPD sur la neutralité de l'internet, op.cit, p. 8 à 9.

¹⁰ Voir l'avis du CEPD sur la neutralité de l'internet, op.cit, p. 8.

le CEPD insiste sur le fait que de telles mesures affecteraient de façon disproportionnée les droits à la confidentialité des communications, au respect de la vie privée et à la protection des données dont jouissent les utilisateurs finaux, ce qui serait contraire aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE et à la directive 95/46/CE. Le CEPD estime donc qu'il est impératif que le motif de mise en œuvre d'une disposition législative soit exclu du texte de la proposition.

20. S'agissant du motif de prévention ou lutte contre les infractions graves, le CEPD souligne que l'article 23, paragraphe 5, point a), prévoit déjà des mesures de gestion du trafic aux fins de la mise en œuvre d'une décision de justice - permettant ainsi le recours à de telles mesures dans des cas particuliers et notamment lorsqu'une infraction grave est à la clé. L'objectif de prévention ou de lutte contre les infractions graves est bien plus vaste, susceptible de donner lieu à des mesures de gestion du trafic de grande envergure destinées à une analyse *préventive* et potentiellement systématique du contenu des communications. Or, cela est, comme l'a déclaré la Cour de justice dans l'affaire *Scarlet/SABAM*, contraire au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel¹¹, ainsi qu'au respect de la vie privée et à la confidentialité des communications. Pour cette raison, et au vu du fait que l'article 23, paragraphe 5, point a), permet déjà la gestion du trafic dans le contexte de procédures judiciaires particulières, le CEPD recommande vivement de supprimer de l'article 23, paragraphe 5, point a), de la proposition la mention de la prévention ou de la lutte contre les infractions graves.
21. L'article 23, paragraphe 5, point c), prévoit un motif supplémentaire de gestion du trafic, à savoir la prévention de la transmission de communications non sollicitées aux utilisateurs finaux dès lors qu'ils ont donné leur accord préalable. À ce sujet, le CEPD rappelle qu'un tel accord doit être non seulement informé, spécifique et indubitable, mais aussi donné librement.¹² En l'espèce, un accord donné librement signifie une situation dans laquelle, si les utilisateurs finaux ne sont pas d'accord pour qu'une gestion du trafic visant à prévenir la transmission de communications non sollicitées soit opérée, cela ne les empêche pas de bénéficier des services d'un prestataire de services de communications électroniques donné.¹³ Le CEPD recommande que les principes s'appliquant à l'accord des utilisateurs finaux soient réitérés dans un considérant de la proposition.
22. Le CEPD se félicite que l'article 23, paragraphe 5, dernier alinéa, stipule que les mesures de gestion raisonnable du trafic permises en vertu de la proposition «impliquent uniquement le *traitement de données qui est nécessaire et proportionné* à la réalisation des objectifs fixés dans [ladite disposition]». À cet égard, le CEPD fait remarquer que, dans certains cas, le traitement des en-têtes IP pourrait fournir des éléments suffisants pour traiter de manière discriminatoire, par exemple, certains types de contenu auxquels accèdent les utilisateurs finaux, tout en étant plus respectueux de la vie privée qu'en cas de recours à une inspection de tout le contenu des communications. Le CEPD recommande donc que l'article 23, paragraphe 5, stipule de façon explicite que, dès lors que cela est suffisant pour atteindre l'un des objectifs cités dans cette disposition, les mesures de gestion de trafic mettront en œuvre des

¹¹ Affaire C-70/10 *Scarlet SABAM*, op. cit., points 39, 51 et 53.

¹² Voir par exemple l'avis du CEPD sur la neutralité de l'internet, op. cit., p.13.

¹³ Voir l'avis du CEPD sur la neutralité de l'internet, op. cit., p. 13 à 14; voir l'avis du groupe de travail «article 29» 15/2011 sur la définition du consentement, 13 juillet 2011, WP18, p. 12 à 13.

techniques d'inspection des communications reposant uniquement sur l'analyse des en-têtes IP, et non pas celles de DPI.

23. Le CEPD remarque que l'article 24, paragraphe 1, de la proposition prévoit que les autorités réglementaires nationales surveillent et garantissent la capacité des utilisateurs finaux à bénéficier, entre autres, de la neutralité de l'internet, et veillent au respect des restrictions applicables aux mesures de gestion du trafic. Compte tenu de l'effet de telles mesures sur la confidentialité des communications, le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, le CEPD recommande que l'article 24, paragraphe 1, fasse en outre référence à la coopération entre les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales chargées de la *protection des données*.

3.3. Droits des utilisateurs finaux

a) *Factures détaillées*

24. Le CEPD rappelle que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE habilite les abonnés à recevoir des factures *non* détaillées. À cet égard, le CEPD remarque que l'article 27, paragraphe 4, de la proposition semble renverser cette situation en accordant aux utilisateurs finaux le droit d'opter pour la réception de factures *détaillées*. Si les factures non détaillées ne révèlent l'identité ni des destinataires des appels ni des abonnés appelants, en veillant ainsi à ce que les communications des utilisateurs finaux demeurent confidentielles, les factures détaillées, quant à elles, offrent aux utilisateurs finaux la possibilité d'accéder à leurs propres données à caractère personnel et, le cas échéant, de les rectifier, par exemple, en cas d'erreur sur la facture. Dans un souci de sécurité juridique, il est nécessaire de clarifier le lien exact entre l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE et l'article 27, paragraphe 4, de la proposition. Si la dernière disposition avait pour objet de modifier l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE, cela devrait être justifié et précisé dans les «dispositions organisationnelles et finales» de la proposition.

b) *Informations à fournir aux utilisateurs finaux*

– *Transparence et publication des informations*

25. L'article 25, paragraphe 1, de la proposition contraint les fournisseurs de communications électroniques au public à publier «des informations transparentes, comparables, adéquates et à jour», entre autres, sur leurs coordonnées, les services proposés et les paramètres pertinents relatifs à la qualité du service, les prix et les frais applicables, ainsi que les informations spécifiques concernant les services d'accès à l'internet. Le CEPD accueille favorablement cette obligation, ainsi que l'exigence supplémentaire prévue à l'article 25, paragraphe 1 et imposant aux fournisseurs de communications de publier ces informations, entre autres, sous une forme claire, complète et aisément accessible et de les mettre à jour régulièrement.

26. Le CEPD se félicite également du fait que l'article 25, paragraphe 1, point e), iv, oblige les fournisseurs de communications à publier des informations sur les procédures qu'ils mettent en place pour «mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation d'un réseau», ainsi que l'éventuelle incidence de ces procédures sur la protection des données à caractère personnel.

27. Le CEPD remarque toutefois que l'article 25, paragraphe 1, point e), ne présuppose pas la fourniture d'informations concernant les mesures de gestion du trafic adoptées à toute autre fin que celles citées à l'article 23, paragraphe 5, telle que, par exemple, la mise en œuvre d'une décision de justice. Compte tenu de l'impact considérable de telles mesures sur les droits au respect de la vie privée et à la protection des données, le CEPD recommande que l'article 25, paragraphe 1, point e), exige la fourniture d'informations claires et appropriées concernant les mesures de gestion du trafic adoptées à toutes les fins citées à l'article 23, paragraphe 5, de la proposition. Ces informations devront notamment indiquer la technique d'inspection des communications utilisée pour la gestion du trafic et expliquer son impact sur les droits au respect de la vie privée et à la protection des données des utilisateurs finaux.

28. Le CEPD remarque également que, en vertu de l'article 25, paragraphe 1, les fournisseurs de communications peuvent fournir à l'autorité réglementaire nationale concernée des informations destinées aux utilisateurs finaux préalablement à leur publication dès lors que celle-ci en fait la demande. Dans la mesure où ces informations concerneront également les mesures de gestion du trafic, le CEPD recommande d'inclure, à l'article 25, paragraphe 1, une obligation supplémentaire contraignant les fournisseurs de communications à fournir à l'autorité nationale concernée chargée de la protection des données, des informations sur les mesures de gestion du trafic dès lors que celle-ci en fait la demande. Cette disposition prévoira également la coopération entre les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales chargées de la protection des données concernant leur évaluation de la qualité des informations à fournir aux utilisateurs finaux.

– *Informations requises dans le cadre des contrats*

29. À l'instar de l'article 25, paragraphe 1, point e), iv), l'article 26, paragraphe 2, point d), exige que les fournisseurs de communications fournissent, dans leurs contrats avec les utilisateurs finaux, des informations sur les procédures qu'ils mettent en place pour «mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la congestion d'un réseau», et sur l'incidence de ces procédures sur la protection des données. Par ailleurs, l'article 26, paragraphe 1, point j), oblige les fournisseurs à informer les utilisateurs finaux du type de mesure susceptible d'être prise en réponse à «un incident ayant trait à la sûreté ou à l'intégrité ou (...) à des menaces et à des situations de vulnérabilité». Bien que l'article 26, paragraphe 1, point j), ne mentionne pas explicitement les mesures de gestion du trafic, le CEPD fait remarquer que de telles mesures pourraient être utilisées en réponse à des menaces ayant trait à la sûreté ou à l'intégrité - par exemple, afin de localiser et de bloquer le trafic nuisible en cas d'attaques par déni de service distribué (DDoS).

30. Au vu de ce qui précède, l'article 26 semble imposer la fourniture d'informations sur les mesures de gestion du trafic mises en œuvre afin de minimiser l'impact de la congestion du réseau, ainsi que sur celles destinées à assurer la sûreté et l'intégrité du réseau, ce dont le CEPD se félicite. Le CEPD remarque toutefois que l'article 26, paragraphe 1, point j), devrait exiger la fourniture d'informations portant non seulement sur les *types* de mesures de gestion du trafic ayant trait à la sûreté mais aussi sur les techniques d'inspection des communications qui sous-tendent ces mesures, ainsi que sur leur impact au niveau des droits au respect de la vie privée et à la protection des données des utilisateurs finaux.

31. Le CEPD note également que l'article 26 n'évoque pas les informations qui pourraient être fournies aux utilisateurs finaux concernant les mesures de gestion du trafic adoptées, entre autres, afin de mettre en œuvre une décision de justice ou de prévenir la transmission de communications non sollicitées aux utilisateurs finaux, telles que définies à l'article 23, paragraphe 5, points a) et c). Des informations claires et appropriées sur les types de mesures de gestion du trafic mises en place à ces fins, les techniques d'inspection des communications qui sous-tendent ces mesures, ainsi que leur impact sur la protection des données, devraient faire partie intégrante des contrats entre les fournisseurs de communications et les utilisateurs finaux, et donc être exigées en vertu de l'article 26 de la proposition.
32. S'agissant à la fois de la fourniture d'informations au public (article 25, paragraphe 2) et des informations à fournir dans les contrats avec les utilisateurs finaux (article 26, paragraphe 4), la proposition donne pouvoir à la Commission d'adopter des actes d'exécution, en définissant le détail des informations à fournir. Au vu de la nécessité de veiller à ce que des informations claires et appropriées soient fournies aux utilisateurs finaux, et compte tenu notamment du fait que ces informations comprendront la description des mesures de gestion du trafic et l'évaluation de leur impact sur la protection des données et le respect de la vie privée, le CEPD est favorable à une consultation plus poussée sur de tels actes d'exécution.
33. L'article 26, paragraphe 1, point g), oblige en outre les fournisseurs de communications électroniques au public à inclure les informations suivantes dans les contrats avec les utilisateurs finaux: *«lorsqu'il existe une obligation en vertu de l'article 25 de la directive 2002/22/CE, les possibilités qui s'offrent aux utilisateurs finaux de faire figurer ou non leurs données à caractère personnel dans un annuaire, ainsi que les données concernées»*. À cet égard, le CEPD rappelle que l'article 25 de la directive 2002/22/CE s'applique sous réserve des exigences définies à l'article 12 de la directive 2002/58/CE. Compte tenu du caractère indirect et complexe d'un tel renvoi, le CEPD recommande que l'article 26, paragraphe 1, point g), soit modifié de sorte à comporter un renvoi à l'article 12 de la directive 2002/58/CE, lequel prévoit en outre que les utilisateurs finaux soient informés des fins auxquelles est établi l'annuaire en question, ainsi que de toute autre possibilité d'utilisation de leurs données à caractère personnel reposant sur des fonctions de recherche prévues dans cet annuaire. Aux termes de l'article 12 de la directive 2002/58/CE, les utilisateurs finaux doivent également recevoir des informations quant aux modalités leur permettant d'exercer leurs droits de vérification, de correction ou de suppression de leurs données à caractère personnel dans l'annuaire en question.

3.4. Registre public des notifications effectuées des fournisseurs de communications

34. L'article 4, paragraphe 5, de la proposition prévoit la création, par l'Office de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), d'un registre, mis à la disposition du public, des notifications transmises par les fournisseurs de communications à l'autorité réglementaire de l'État membre d'origine quant à leur intention de commencer à fournir des réseaux et services de communications électroniques. L'article 4, paragraphe 2, définit en outre les catégories de données à inclure dans la notification, à savoir notamment le nom, le statut et la forme juridiques et, le cas échéant, le numéro d'enregistrement du fournisseur, l'adresse géographique de son établissement principal, les coordonnées de

sa personne de contact et la description des services et réseaux qui seront fournis. Aux termes de l'article 4, paragraphe 5, les notifications sont transmises à l'Office de l'ORECE par l'autorité réglementaire de l'État membre d'origine du fournisseur.

35. Le CEPD attire l'attention sur le fait que certaines des données à inclure dans le registre pourraient concerner des personnes physiques - cela étant le cas pour les coordonnées des personnes de contact des fournisseurs de communications ou, très rarement, lorsque le nom d'un fournisseur de communications identifie une personne physique.¹⁴
36. Le CEPD remarque que l'article 4, paragraphe 3, de la proposition oblige les fournisseurs de communications à notifier l'autorité réglementaire nationale concernée de *toute modification* apportée aux informations communiquées dans la notification dans le mois qui suit la modification. Cette disposition permet donc effectivement aux fournisseurs de communications de rectifier les données et est donc accueillie favorablement par le CEPD.
37. Le CEPD remarque toutefois que l'article 4, paragraphe 5, ne fournit aucune information quant au format du registre, ne précise pas explicitement sa finalité et ne définit pas les durées de conservation des données communiquées dans les notifications. La disposition ne prévoit pas non plus de droit qui permettrait au fournisseur de communications de demander la suppression des données dans le registre. Ces informations devraient être fournies à l'article 4, paragraphe 5. Cette disposition devrait également préciser que, quel que soit le format (électronique ou papier) du registre choisi par l'Office de l'ORECE, ce dernier devra mettre en œuvre des mesures de sécurité appropriées dans le cadre de sa tenue du registre, conformément à l'article 22 du règlement (CE) n° 45/2001. Enfin, l'article 4, paragraphe 5, devrait prévoir, à la charge de l'ORECE, l'obligation de fournir aux fournisseurs de communications des informations conformément à l'article 12 du règlement (CE) n° 45/2001, lesquelles peuvent être diffusées par l'intermédiaire de l'autorité réglementaire de l'État membre d'origine d'un fournisseur.

3.5. Protection des données dès la conception

38. L'article 17, paragraphe 1, point f), de la proposition dresse la liste des exigences auxquelles un produit européen d'accès virtuel à haut débit doit satisfaire, et notamment le *«respect de la réglementation en matière de protection de la vie privée, des données à caractère personnel, de la sûreté et de l'intégrité des réseaux et de la transparence conformément au droit de l'Union»*. Le CEPD se félicite de cette référence à la réglementation en matière de respect de la vie privée et de protection des données et recommande d'ajouter également à la liste des exigences concernées le respect du principe de protection des données dès la conception énoncé à l'article 23 de la proposition de règlement général sur la protection des données.
39. Aux termes de l'article 23 de la proposition de règlement général sur la protection des données, le respect du principe de «protection des données dès la conception» doit englober le respect en termes, entre autres, d'exactitude, de sûreté, d'intégrité et de confidentialité des données à caractère personnel des utilisateurs finaux à tous les stades du traitement. Les produits européens d'accès virtuel à haut débit doivent donc

¹⁴ Voir, par analogie, les affaires jointes C-92/09 et 93/09 *Volker und Markus Schecke* [2010] Rec. p. I-11063, point 53.

répondre aux exigences de sûreté, d'intégrité et de confidentialité des données dans le contexte de la transmission des communications sur le réseau. Les exigences relatives à l'exactitude, la sûreté, l'intégrité et la confidentialité des données devront également être satisfaites par les systèmes informatiques accessoires concernés tels que mentionnés à l'annexe I de la proposition, comme, par exemple, ceux servant à la gestion des demandes de maintenance et de réparation ainsi que ceux servant à la facturation des utilisateurs finaux. À cet égard, le CEPD est favorable à une consultation plus poussée sur les actes d'exécution que devra adopter la Commission en vertu de l'article 17, paragraphe 2, pour adapter les exigences techniques relatives aux produits européens d'accès virtuel à haut débit définies à l'annexe I.

40. De même que pour les conditions applicables à un produit européen d'accès virtuel à haut débit, l'article 19, paragraphe 4, point e), définit le respect de la vie privée et la protection des données comme des exigences s'appliquant au produit européen de connectivité à qualité de service garantie (QSG). Bien qu'accueillant favorablement cette référence générale, le CEPD recommande en outre de préciser, à l'article 19, paragraphe 4, point e), que les produits européens QSG doivent se conformer à l'exigence de protection des données dès la conception. S'agissant des produits de connectivité QSG, cette conformité doit comprendre le respect de la confidentialité, de l'intégrité et de la sécurité des données traitées dans le cadre de la transmission des communications sur le réseau.
41. Le CEPD remarque en outre que l'article 19, paragraphe 5, de la proposition habilite la Commission à adopter des actes délégués pour adapter les exigences s'appliquant aux produits européens de connectivité QSG qui sont définies à l'annexe II. Étant donné que seul un nombre fort limité de ces exigences sont indiquées dans cette annexe, le CEPD recommande, en premier lieu, de la modifier de sorte à préciser davantage la liste d'exigences applicables. Par ailleurs, le CEPD est très favorable à une consultation plus poussée sur les actes délégués concernés.
42. Enfin, tant le produit européen d'accès virtuel à haut débit que le produit européen de connectivité QSG devant respecter les règles en matière de protection des données et de respect de la vie privée, y compris le principe de protection des données dès la conception, le CEPD est également favorable à toute consultation sur les actes d'exécution établissant des règles techniques et méthodologiques pour la mise en œuvre de ces produits et adoptés en vertu de l'article 20, paragraphe 2.

4. CONCLUSIONS

43. Le CEPD rappelle que le respect des droits au respect de la vie privée, à la protection des données à caractère personnel et à la confidentialité des communications, est un élément clé du processus de renforcement de la confiance des consommateurs dans le marché unique européen des communications électroniques. À cet égard, le CEPD formule les recommandations clés suivantes:
 - Les mesures de gestion du trafic constituent une entrave à la neutralité de l'internet, un principe que la proposition définit comme étant le principe clé régissant l'usage de l'internet dans l'UE, et portent atteinte aux droits à la confidentialité des communications, au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel des utilisateurs finaux. Ce faisant, ces mesures

devraient être soumises à des obligations strictes en matière de transparence, de nécessité et de proportionnalité. En particulier:

- L'utilisation de mesures de gestion du trafic afin de mettre en œuvre une disposition législative ou de prévenir ou lutter contre les infractions graves pourrait donner lieu à une surveillance de grande envergure, préventive et systématique du contenu des communications, ce qui serait contraire aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE et à la directive 95/46/CE. La référence à ces motifs doit être supprimée de l'article 23, paragraphe 5, point a), de la proposition;
 - L'article 23, paragraphe 5, de la proposition doit fournir des informations claires concernant les techniques d'inspection des communications qui sont permises dans le contexte des mesures de gestion du trafic;
 - L'article 23, paragraphe 5, doit stipuler de façon explicite que, dès lors que cela est suffisant pour atteindre l'un des objectifs cités dans cette disposition, les mesures de gestion de trafic mettront en œuvre des techniques d'inspection des communications reposant uniquement sur l'analyse des en-têtes IP, et non pas celles de Deep Packet Inspection;
 - Les articles 25, paragraphe 1 et 26 de la proposition doivent exiger la fourniture d'informations concernant les mesures de gestion du trafic adoptées à *toutes les fins* citées à l'article 23, paragraphe 5. Ces dispositions devront en particulier exiger que les fournisseurs indiquent les techniques d'inspection des communications qui sous-tendent ces mesures de gestion du trafic et expliquent l'impact de ces techniques sur les droits au respect de la vie privée et à la protection des données des utilisateurs finaux;
 - L'article 24, paragraphe 1, lequel définit les pouvoirs des autorités réglementaires nationales et, entre autres, celui de superviser la mise en œuvre des mesures de gestion du trafic, doit inclure la possibilité de coopération entre les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales chargées de la *protection des données*. De même, l'article 25, paragraphe 1, devrait prévoir la possibilité que les autorités nationales chargées de la protection des données obtiennent, à des fins d'inspection et préalablement à leur publication, les informations sur les mesures de gestion du trafic;
- Le lien entre l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE et l'article 27, paragraphe 4, de la proposition doit être clarifié;
- Tant l'article 17, paragraphe 1, point f), que l'article 19, paragraphe 4, point e), de la proposition doivent être modifiés afin d'indiquer que le produit européen d'accès virtuel à haut débit et le produit européen de connectivité QSG doivent, respectivement, se conformer au principe de protection des données dès la conception.

Fait à Bruxelles, le 14 novembre 2013

(signé)

Peter HUSTINX

Contrôleur européen de la protection des données