

N° 4735⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI**relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement
des données à caractère personnel**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(29.1.2002)

Par dépêche du 19 décembre 2000, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre délégué aux Communications.

Au texte du projet étaient joints l'exposé des motifs, le commentaire des articles ainsi que 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 données.

Le 28 juin 2001, le Conseil d'Etat fut saisi de l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics. Les avis respectifs de la Chambre de travail et de la Chambre des employés privés lui parvinrent par dépêche du 26 novembre 2001. L'avis de la Chambre des métiers lui fut transmis le 29 novembre 2001. A sa demande du 17 septembre 2001, le Conseil d'Etat s'est encore vu communiquer le 3 octobre 2001 l'avis du Procureur général d'Etat du 5 juillet 2001.

Le projet de loi sous examen a pour objet de traduire en droit national les obligations imposées aux Etats membres de l'Union européenne par 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.

Une première initiative de transposition – il est vrai annoncée dès le départ comme partielle – de la directive par le projet de loi No 4357 relative au respect du droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, déposé le 8 octobre 1997, a avorté. Comme ledit acte communautaire aurait cependant, en vertu de son article 32, dû être répercuté en droit national depuis le 24 octobre 1998, le Grand-Duché de Luxembourg se trouve actuellement dans le collimateur des instances européennes. C'est ainsi que la Commission a décidé le 29 juillet 1999 d'adresser un avis motivé au Luxembourg² pour non-communication des mesures nécessaires à la transposition de la directive 95/46/CE. Le 20 septembre 1999, elle se résolut à engager, sur la base de l'article 226 du traité CE, une action en justice contre notre pays³.

Ce manquement ne nous amène pas seulement dans une situation inconfortable au niveau communautaire, mais risque par ailleurs d'engendrer des effets contraignants en droit interne. En effet, dans les Etats membres qui n'ont pas encore pris les mesures de transposition nécessaires, les particuliers peuvent invoquer certaines dispositions d'une directive devant le juge national qui est tenu d'interpréter le droit national, „dans toute la mesure possible, à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité“⁴. Et „lorsque ... un Etat membre méconnaît l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 189, troisième alinéa, du traité, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une

1 publiée au J.O.C.E. No L 281 du 23.11.1995 et ci-après appelée „la directive“

2 ainsi qu'à la France, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, à l'Irlande, au Danemark, à l'Espagne et à l'Autriche

3 de même que contre la France, les Pays-Bas, l'Allemagne et l'Irlande

4 C.J.C.E. arrêt du 13.11.1990, aff. *Marleasing* C-106/89; Recueil 1990 p. I – 4135, considérant 8

directive, la pleine efficacité de cette norme de droit communautaire impose un droit à réparation dès lors que trois conditions sont réunies. La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées. Ces conditions sont suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement dans le droit communautaire¹.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

L'exposé des motifs, méthodique et exhaustif, dispense le Conseil d'Etat de retracer l'historique du projet de loi sous avis. Les auteurs du projet ont réussi, avec une rare acribie, d'en expliquer les tenants et aboutissants². Aussi le Conseil d'Etat se borne-t-il à cerner de plus près la problématique inhérente à la genèse de la directive et à placer le projet en question sous l'éclairage particulier du droit international, avant d'aborder quelques aspects particuliers de la réforme projetée.

La directive 95/46/CE

L'intérêt et la nécessité de protéger la vie privée, dans une société de l'information et de la communication placée sous l'emprise envahissante des progrès frénétiques de la technologie, ont été soulignés en ces termes dans le rapport soumis en 1994 par le groupe *Bangemann* au Conseil européen:

„L'exigence de la protection de la vie privée augmentera à juste titre, à mesure qu'il deviendra possible, grâce aux nouvelles technologies, d'obtenir et de manipuler (même au-delà des frontières nationales) des informations détaillées sur les personnes, en provenance de différentes sources de données, sons et images. Sans la sécurité juridique qu'offrirait l'adoption d'une politique commune à l'échelle de l'Union, le manque de confiance du consommateur freinerait sûrement le développement rapide de la société de l'information.

L'Europe joue, dans le monde, un rôle moteur en faveur de la protection des droits fondamentaux dans le domaine du traitement des données à caractère personnel. L'application des nouvelles technologies risque de toucher des aspects très sensibles ayant trait, par exemple, aux images des personnes, à leurs relations, à leurs déplacements et à leur comportement. Il est très possible qu'en réaction, la plupart des Etats membres adoptent des mesures de protection, telles que le contrôle transfrontalier des nouvelles technologies et des nouveaux services.

Les disparités des niveaux de protection de ces réglementations nationales en matière de vie privée pourraient amener les autorités nationales à restreindre la libre circulation entre les Etats membres d'une large gamme de nouveaux services, afin de protéger les données à caractère personnel.

Le groupe estime que, sans la sécurité juridique offerte par l'adoption d'une politique à l'échelle de l'Union, le manque de confiance des consommateurs freinerait sûrement l'instauration rapide de la société de l'information. Compte tenu de l'importance et du caractère particulièrement sensible de la question de la vie privée, les Etats membres doivent prendre rapidement une décision sur la proposition de directive de la Commission définissant des principes généraux en matière de protection des données.³

Les conclusions du rapport *Bangemann* furent entérinées par le Conseil européen des 24 et 25 juin 1994 à Corfou, qui invita „le Conseil et le Parlement à adopter, avant la fin de l'année, des mesures dans les domaines déjà couverts par des propositions existantes. Il invite également la Commission à

1 C.J.C.E. arrêt du 19.11.1991, aff. *Francovich* C-6/90 et C-9/90; Recueil 1991 p. I – 5357, considérants 39 à 41

2 Pour un résumé de l'historique et des dispositions principales, il est renvoyé à la Conférence de presse de M. le Ministre Biltgen du 13 décembre 2000

3 Bruxelles, le 26 mai 1994 / L'Europe et la société de l'information planétaire / Recommandations au Conseil européen / Chapitre III sous Respect de la vie privée

définir dès que possible un programme qui porte sur les autres mesures nécessaires au niveau communautaire¹.

C'est dans ce contexte que se situe la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995.

La directive trouve son fondement juridique dans l'article 100A (actuellement 95) du traité instituant la Communauté européenne qui renvoie expressément à son article 7A (actuellement 14) qui vise le marché intérieur comportant „un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du (présent) traité“. Cet espace sans frontières que constitue le marché intérieur doit cependant, au vœu de cette même directive, rester régi par les principes découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de la Convention, du 28 janvier 1981², du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.³

La directive s'évertue ainsi à mettre en balance les intérêts économiques prévalant à l'intérieur du marché commun et les libertés et droits fondamentaux des personnes à protéger dans le cadre de la libre circulation des données à caractère personnel. Il s'agit sans doute d'un exercice périlleux, d'autant plus que les enjeux commerciaux sont considérables. Il n'est pas sûr non plus qu'un arbitrage équitable entre ces objectifs, rarement convergents, puisse toujours être assuré. Ce tiraillement inhérent aux objectifs de la directive ne manquera pas de provoquer des conflits ardues que des commentateurs⁴ ont préfiguré comme suit:

„En réalité, le but véritable de la directive est d'éviter que la libre circulation de l'information entre Etats membres, liberté par essence économique, soit excessivement limitée – au surplus de manière différente au sein de chaque Etat – au nom de droits et libertés de la personne humaine. Dans la mesure où l'objectif premier de l'Union européenne est la création d'un marché sans frontières internes, assurant la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux, la libre circulation des données apparaît comme une condition indispensable de la création effective de ce marché. Cette libre circulation exige qu'une protection des droits fondamentaux des personnes concernées par ces données soit assurée sinon de manière uniforme, du moins de façon équivalente dans les divers Etats membres, étant entendu qu'elle s'opère, selon les déclarations des considérants, à un niveau élevé.

On peut prévoir qu'à l'avenir, les législations nationales de protection des données deviendront, plus que jamais, le terrain d'une confrontation incessante entre, d'une part les intérêts économiques et commerciaux de responsables de traitements qui n'auront de cesse de légitimer leurs traitements sur les grandes libertés économiques fondant l'Union européenne, et plus précisément sur l'„équilibre“ consacré par les dispositions de la directive commentée, et d'autre part, les intérêts de la personne concernée par les données qui mettra en avant les droits et libertés fondamentales qui lui sont reconnus au sein de chaque Etat membre sur la base des conventions et autres instruments issus du Conseil de l'Europe. Les oppositions pourront d'ailleurs surgir lors d'applications non spécifiques à la libre circulation de l'information, mais par exemple à la liberté de concurrence ou d'établissement.

C'est d'autant plus vrai que les protagonistes disposeront dans l'avenir de voies juridictionnelles différentes afin de tenter de résoudre les probables conflits. Les responsables des traitements préféreront certainement utiliser la voie des procédures introduites devant la Cour européenne de Luxembourg. Les personnes concernées opteront plutôt pour les procédures propres à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de Strasbourg. Même si l'on peut s'attendre à des rapprochements entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, les différences de fondement de l'intervention des organes conjointement compétents risquent de déboucher sur des solutions difficilement conciliables.“⁵

1 Conclusions de la présidence (pt 4)

2 approuvée par la loi du 19.11.1987 (Mém. A 1987, p. 2069)

3 Voir considérants 1, 2, 3, 10, 11 et 37 de la directive

4 Marie-Hélène Boulanger, Cécile de Terwangne, Thierry Léonard, Sophie Louveaux, Damien Moreau, Yves Pouillet „La protection des données à caractère personnel en droit communautaire“ J.T.D.E. livraisons de juin, septembre et octobre 1997

5 ibidem pts 4 et 5

Il est intéressant de souligner à ce propos que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle qu'elle a été signée et proclamée par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, met quant à elle l'accent sur la protection des intérêts de la personne en stipulant dans son article 8 que:

„Protection des données à caractère personnel

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.“¹

Le droit international

La directive 95/46/CE prend soin de faire remarquer par son considérant 11 que „les principes de la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la (présente) directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel“. Il est intéressant de signaler dans ce contexte que, lors de sa réunion à Strasbourg, le 15 juin 1999, le Comité des Ministres a adopté une série d'amendements à la Convention du 28 janvier 1981, afin de permettre l'adhésion des Communautés européennes.

Le Grand-Duché de Luxembourg en tant que partie liée par la convention précitée, au même titre d'ailleurs que les autres Etats membres de l'Union européenne², se doit évidemment d'effectuer l'œuvre de transposition de la directive dans le respect de ses obligations internationales. Le Conseil d'Etat aura encore l'occasion de le rappeler dans le cadre de son examen des articles.

Aussi faudra-t-il tenir compte de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985³ qui renvoie quant à elle et à la convention précitée du 28 janvier 1981 et au droit communautaire, en stipulant que:

„Article 126

1. En ce qui concerne le traitement automatisé de données à caractère personnel qui sont transmises en application de la présente Convention, chaque Partie Contractante prendra au plus tard au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention les dispositions nationales nécessaires aux fins de réaliser un niveau de protection des données à caractère personnel qui soit au moins égal à celui découlant des principes de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

...

Article 134

Les dispositions de la présente Convention ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire.“

Il ne doit pas surprendre que dans ce contexte de renvois croisés entre normes de droit communautaire et international, système rappelant étrangement la théorie des vases communicants, la détermination des dispositions applicables dans un cas concret relève parfois de la gageure. Dans un tel imbroglio, la sécurité juridique n'a rien à gagner, ce qui est d'autant plus regrettable qu'il y va des libertés et droits fondamentaux.

Quelques aspects particuliers de la réforme

A cet endroit, le Conseil d'Etat se propose de développer quelques aspects particuliers du projet de loi sous avis en insistant plus longuement sur le système des sanctions pénales et administratives.

1 J.O.C.E. No C 364 du 18.12.2000

2 Cette convention est actuellement en vigueur entre les Etats suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Slovaquie, Suède, Suisse. Elle a encore été signée par Chypre, la Hongrie, la Roumanie et la Turquie

3 approuvée par une loi du 23 juillet 1992 et publiée au Mém. A 1992, p. 1574

Le système institué par le projet de loi

La loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques subordonne la création et l'exploitation de toute banque de données ne relevant pas de l'Etat à une autorisation ministérielle préalable.¹ Pour les raisons plus amplement développées dans son exposé des motifs, le projet de loi sous examen se propose de remplacer le système existant par une procédure moins lourde et plus expéditive.

Il prévoit ainsi de soumettre le traitement de données à caractère personnel non plus à une procédure d'autorisation, mais à un système de notification préalable.² A noter que cette obligation de notification n'est même pas générale, des exemptions étant données dans un certain nombre d'hypothèses.³ L'autorisation préalable n'aura plus qu'un caractère résiduel dans le contexte du traitement de données particulièrement sensibles.⁴

Le système en vue tel qu'esquissé ci-dessus constitue un allègement manifeste des règles en vigueur, largement restées lettre morte à cause de leur inapplicabilité dans le contexte du changement fondamental intervenu en matière informatique et électronique depuis 1979.

L'approche des auteurs constitue donc un pas dans la bonne direction. Reste à espérer que la Commission nationale pour la protection des données à instituer disposera des moyens matériels et personnels nécessaires pour remplir ses tâches qui sont importantes et complexes.

Le projet de loi, un projet-cadre

Au vœu de la directive 95/46/CE, „les Etats membres sont habilités à assurer la mise en œuvre de la protection des personnes, tant par une loi générale relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel que par des lois sectorielles telles que celles par exemple aux instituts de statistiques“.⁵ Les auteurs du projet de loi sous revue ont opté pour une loi-cadre.⁶ Il n'en demeure pas moins qu'ils se sont nécessairement vu amenés à reconnaître un lien certain avec différentes dispositions légales en vigueur, relatives notamment à la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique ou encore à celle du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers.

Force est de relever encore que différents articles du projet de loi en cause risquent d'interférer avec des projets en voie d'élaboration parallèle. Il s'agit plus particulièrement des articles 11 et 9 en rapport idéal avec les réformes envisagées en matière de travail et de presse. Surtout au regard de cette dernière, il se recommande de faire preuve d'une attention vigilante en veillant à une démarche dans l'ensemble cohérente. Le Conseil d'Etat y reviendra à l'occasion de l'examen des articles en cause.

Les sanctions prévues

La directive 95/46/CE prévoit dans son article 24 que „les Etats membres prennent les mesures appropriées pour assurer la pleine application des dispositions de la (présente) directive et déterminent notamment les sanctions à appliquer en cas de violation des dispositions prises en application de la (présente) directive“.

Le projet de loi répertorie pas moins de vingt cas de comportements passibles de peines correctionnelles, la peine d'emprisonnement prévue variant entre 8 jours et un an et l'amende se situant dans une fourchette allant de 10.001 à 5.000.000 de francs.

Sans préjudice de ces peines pénales, le projet de loi sous revue investit par son article 35 la Commission nationale pour la protection des données du pouvoir d'émettre des sanctions administratives substantielles. Ces amendes d'ordre peuvent en effet atteindre 10.000.000 de francs lorsqu'il s'agit d'une personne morale et 500.000 francs lorsqu'il s'agit d'une personne physique, les montants étant doublés en cas de récidive.

1 Voir article 4 de cette loi

2 Article 1er, paragraphe 1er du projet

3 Article 12, paragraphe 2 du projet

4 Article 14

5 Considérant 23 de la directive 95/46/CE

6 Voir point II 3 de l'exposé des motifs, Article 14

Le Conseil d'Etat se demande si les auteurs du projet de loi sous examen ne pèchent pas par un excès de répression en cumulant ainsi sanctions pénales et sanctions administratives et en multipliant les faits répréhensibles.

Quant aux sanctions pénales

Le nombre de comportements sujets à des peines correctionnelles est impressionnant. Le tableau synoptique ci-après reproduit est fort éloquent à ce sujet.

Tableau synoptique des sanctions pénales prévues

<i>Cas</i>	<i>Article</i>	<i>Fait incriminé</i>	<i>Pénalité</i>
1	4, par. (3)	– violation par le responsable du traitement, de l'obligation de garantir le traitement loyal et licite des données	Emprisonnement de 8 jours à 6 mois et/ou amende de 10.001 à 3.000.000 LUF
2	5, par. (2)	– traitement illégitime de données	Idem
3	6, par. (5)	– traitement révélant, en dehors des cas prévus par la loi, l'origine raciale ou ethnique, les origines politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données relatives à la santé et à la vie sexuelle d'une personne	Emprisonnement de 8 jours à 1 an et/ou amende de 10.001 à 5.000.000 LUF
4	7, par. (5)	– traitement illégal de données particulières par les services de la santé	Idem
5	8, par. (4)	– traitement illégal de données judiciaires	Idem
6	10, par. (5)	– violation des dispositions régissant le traitement (de données) à des fins de surveillance	Idem
7	11, par. (3)	– violation des dispositions concernant le traitement (de données) à des fins de surveillance sur le lieu de travail	Idem
8	12, par. (3)	– omission de notification d'un traitement à la Commission nationale	Amende de 10.001 à 1.000.000 LUF
9	12, par. (4)	– information sciemment incomplète ou inexacte de la Commission nationale	Emprisonnement de 8 jours à 6 mois et/ou amende de 10.001 à 3.000.000 LUF
10	13, par. (4)	– information incomplète de la Commission ou mise en œuvre du traitement avant notification des modifications affectant les informations originaires	Amende de 10.001 à 1.000.000 LUF
11	14, par. (3)	– traitement sans autorisation préalable	Emprisonnement de 8 jours à 1 an et/ou amende de 10.001 à 5.000.000 LUF
12	17, par. (3)	– mise en œuvre d'un traitement non institué par voie réglementaire	Idem
13	18, par. (5) 9, par. (4)	– transfert illégal de données vers un pays tiers	Idem
14	25	– violation des règles relatives à la confidentialité ou à la sécurité des traitements	Emprisonnement de 8 jours à 6 mois et/ou amende de 10.001 à 3.000.000 LUF
15	26, par. (4)	– violation du droit d'information de la personne concernée	Emprisonnement de 8 jours à 1 an et/ou amende de 10.001 à 5.000.000 LUF
16	28, par. (2) 28, par. (8)	– entrave de l'exercice du droit d'accès – faux usage du droit d'accès	Idem

<i>Cas</i>	<i>Article</i>	<i>Fait incriminé</i>	<i>Pénalité</i>
17	29, par. (5)	– mauvais usage par le responsable du traitement de son droit de limiter ou différer l'exercice du droit d'accès	Idem
18	30, par. (4)	– entrave du droit d'opposition de la personne concernée	Emprisonnement de 8 jours à 1 an et/ou amende de 10.001 à 3.000.000 LUF
19	33, par. (13)	– manquement à l'ordonnance d'une chambre du Conseil	Emprisonnement de 8 jours à 6 mois et/ou amende de 10.001 à 3.000.000 LUF
20	34, par. (10)	– obstruction à l'action de la Commission nationale	Emprisonnement de 8 jours à 1 an et/ou amende de 10.001 à 5.000.000 LUF

Le Conseil d'Etat croit déceler quelques inconséquences dans ce répertoire imposant.

L'échelle des sanctions prévues n'est pas toujours évidente. Le Conseil d'Etat aura l'occasion d'illustrer son propos lors de l'examen des articles. Qu'il soit simplement fait remarquer à ce stade et à titre d'exemple une incohérence certaine dans le contexte des articles 12 et 13 du projet de loi sous avis.

Le fait d'omettre de notifier un traitement à la Commission nationale n'est puni que d'une amende de 10.001 à 1.000.000 de francs, alors que le fait d'informer la même institution, même si c'est de façon incomplète ou inexacte, entraîne un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et/ou une amende de 10.001 à 3.000.000 de francs. Par contre, le fait de mettre en œuvre un traitement modifiant la pratique en cours avant d'en avoir informé la même Commission nationale n'est de nouveau passible que d'une amende de 10.001 à 3.000.000 de francs.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne serait pas autrement judiciaire de sanctionner uniformément tous les comportements jugés répréhensibles par une même peine pénale correspondant (par exemple) à un emprisonnement de 8 jours à un an et à une amende de 10.001 à 5.000.000 de francs¹, ou à l'une de ces peines seulement. Il appartiendra toujours aux cours et tribunaux d'adapter la sanction à la gravité de la faute en puisant la peine correctionnelle à l'intérieur de la fourchette prévue et sans préjudice de l'application de circonstances atténuantes.

Quant aux sanctions administratives

Comme précédemment relevé, l'ampleur des sanctions administratives inscrites à l'article 35 du projet de loi sous avis est considérable. Placées dans leur contexte, ces mesures de répression ne manquent pas de soulever une critique fondamentale en rapport avec la nature de ces sanctions dites „administratives“.

Le maximum de l'amende d'ordre, soit 10.000.000 de francs, correspond au double du maximum de l'amende correctionnelle. En cas de récidive sanctionnée par la Commission nationale, elle peut même monter jusqu'au quadruple de l'amende pénale. De par son envergure, cette amende d'ordre ne peut donc plus guère être taxée d'administrative, mais prend plutôt le caractère d'une sanction pénale avec toutes les conséquences que comporte ce rapprochement quant aux garanties exigées en la matière par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi un recours de pleine juridiction devrait être prévu en l'occurrence.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'exclure les amendes d'ordre de l'arsenal mis à la disposition de la Commission nationale pour sanctionner les „infractions commises à la (présente) loi et/ou à ses règlements d'exécution ainsi qu'aux instructions de la Commission“. L'article 35 tel que prévu au projet ne respecte en effet guère le principe fondamental de la légalité des délits et des peines qui en exige une détermination précise afin d'assurer la prévisibilité des sanctions attachées à un comportement précis. En outre, il convient de maintenir les sanctions à caractère pénal sous l'égide des tribunaux de l'ordre judiciaire, garants naturels des libertés publiques².

1 A adapter conformément au chapitre II de la loi du 19 août 2001 relative au basculement en euro le 1er janvier 2002 et modifiant certaines dispositions légales

2 Rapport de la Commission juridique de la Chambre des députés sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 18 mars 1972 ... (Doc. parl. No 4013³, sess. ord. 1994-1995)

Même à supposer que les amendes d'ordre prévues en l'espèce fussent de nature administrative, les réserves juridiques n'en seraient pas pour autant écartées. Surgirait en effet alors la question de la légitimité du cumul de sanctions administratives et pénales pour réprimander un même fait. En principe, un tel cumul ne peut être admis que dans trois cas:

- il est possible d'admettre des sanctions administratives ayant un caractère provisoire, en attendant l'intervention d'une sanction pénale;
- le cumul se justifie également lorsque les deux sanctions n'ont pas la même nature;
- le cumul peut encore se justifier lorsque la sanction pénale est regardée comme une arme d'emploi exceptionnel.¹

Le Conseil d'Etat estime qu'aucune des trois hypothèses n'est donnée en l'espèce.

Mieux vaut donc s'en tenir aux prescriptions de la directive qui prévoit sous le deuxième tiret du paragraphe 3 de son article 28 que l'autorité de contrôle doit être pourvue „de pouvoirs effectifs d'intervention, tels que, par exemple, celui de rendre des avis préalablement à la mise en œuvre des traitements, conformément à l'article 20, et d'assurer une publication appropriée de ces avis ou celui d'ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou d'interdire temporairement ou définitivement un traitement, ou celui *d'adresser un avertissement ou une admonestation au responsable du traitement* ou celui de saisir les parlements nationaux ou d'autres institutions politiques“. Aux instances administratives incombe ainsi un rôle régulateur et correcteur, alors que le volet répressif doit être réservé aux autorités pénales.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

En vertu de l'article 1er de la directive, les Etats membres sont obligés d'assurer „la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel“. Au sens dudit acte communautaire, la vie privée mérite protection en tant qu'élément rentrant, parmi d'autres, dans la définition même des libertés et droits fondamentaux.

Le projet de loi sous avis se propose par contre de protéger la vie privée „ainsi que“ les libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques. Par sa formulation, il suggère qu'il y aurait juxtaposition de deux catégories d'intérêts à préserver au même titre. Le Conseil d'Etat préférerait dans ce contexte s'en tenir à l'approche de la directive.

Le texte sous examen entend encore faire respecter „les intérêts légalement protégés“ des personnes morales. Selon son commentaire, „la référence à l'intérêt légalement protégé (...) permet de prévenir l'utilisation de certains droits tirés de la présente loi à des fins illégitimes“. De l'avis du Conseil d'Etat, la référence à la légitimité des intérêts d'une personne morale serait autrement pertinente que la mention de ses intérêts légalement protégés.

En conclusion des développements qui précèdent, l'article 1er s'énoncera comme suit:

„Art. 1er. – *Objet*

La présente loi protège les libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel et fait respecter les intérêts légitimes des personnes morales.“

Il convient de signaler qu'en étendant ainsi la protection aux personnes morales, l'article 1er, tant dans sa teneur initiale que dans la version proposée par le Conseil d'Etat, va au-delà du champ d'application et de la directive 95/46/CE et de la Convention de Strasbourg qui est limité aux personnes physiques.

Il y a lieu de préciser en outre d'emblée que la loi en cours d'élaboration s'appliquera indistinctement aux secteurs public et privé, restant en cela conforme avec l'article 3, paragraphe 1er de ladite Conven-

¹ Voir „Les conditions du cumul entre sanctions administratives et sanctions pénales“ in „Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions“, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat français, le 8 décembre 1994

tion du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981. Dans cette optique, le Conseil d'Etat est cependant à se demander si l'ensemble des dispositions visées peut, tel quel et sans autre forme d'aménagement, s'appliquer au secteur public.

Article 2

Cet article réunit les définitions essentielles traversant le projet.¹ S'y ajoutent deux notions déterminées au paragraphe 1er de l'article 6, à savoir celles de „donnée relative à la santé“ et de „donnée génétique“. Le Conseil d'Etat propose de transférer ces dernières à l'article 2 sous la forme des lettres (q) et (r).

Les différentes définitions, reprises pour la plupart de la directive, appellent les observations suivantes.

La lettre (b) définit comme personne concernée „toute personne physique ou morale, publique ou privée ou groupement de fait sujet d'un traitement de données à caractère personnel“. Le groupement de fait n'a pas sa place en l'espèce et le Conseil d'Etat propose partant de l'omettre. Il n'est en effet pas spécialement évoqué à l'article 1er énumérant les personnes à protéger. Par ailleurs, un tel groupement de fait réunit toujours des personnes soit physiques soit morales, de sorte que son énonciation sous la lettre (b) n'ajoute rien à la portée du projet de loi sous revue.

Toujours dans le même contexte, le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la signification exacte de la précision „sujet d'un traitement de données à caractère personnel“. Se rapporte-t-elle au groupement, comme le fait présumer l'accord? Vise-t-elle en outre les personnes physiques ou morales, publiques ou privées figurant également sous la lettre (b)? Ou les auteurs n'ont-ils pas plutôt voulu entendre par „personne concernée“ celle faisant l'*objet* d'un traitement de données à caractère personnel?

Selon son commentaire, la définition en cause „précise que la loi vise le respect des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, mais également, le cas échéant, le respect des intérêts légitimes² des personnes morales, publiques ou privées, et des groupements de fait“. Au regard des droits accordés à la personne concernée par les dispositions inscrites au Chapitre VI du projet de loi sous avis³, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de remplacer le mot „sujet“ par le terme „objet“⁴.

La lettre (b) se lira par conséquent ainsi:

„(b) „personne concernée“: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui fait l'objet d'un traitement de données à caractère personnel;“

La lettre (h) cerne la notion de surveillance. Le commentaire est quelque peu osé en affirmant hardiment qu'il s'agit d' „une notion centrale dans le cadre de l'activité de prévention de la criminalité“, alors que la recherche „pro-active“ ne rentre justement pas dans le champ d'application du projet de loi sous avis!

Quant au texte, le Conseil d'Etat propose de le reformuler en ces termes:

„(h) „surveillance“: toute activité faisant appel à des moyens techniques en vue de détecter, d'observer, de copier ou d'enregistrer les mouvements, images, paroles, écrits, ou l'état d'un objet ou d'une personne fixe ou mobile;“

La lettre (i) définit le sous-traitant dont les obligations sont déterminées à l'article 21.

Sous la lettre (k) est défini le „destinataire“ de données. Ne sont pas à considérer comme tel „les autorités qui sont susceptibles de recevoir communication de données à caractère personnel *dans le cadre d'une mission d'enquête particulière*“. Le texte du projet de loi ne définit pas autrement les autorités

1 Le projet de loi regroupe les définitions sous les lettres allant de (a) jusqu'à (r), sauf que la lettre (n) manque. Cette erreur doit être redressée et l'énonciation est à réajuster en conséquence

2 „intérêts légitimes“, désignation confortant les observations et la proposition de texte du Conseil d'Etat au regard de l'article 1er ci-avant examiné

3 droit à l'information (art. 26 et 27), droit d'accès (art. 28 et 29), droit d'opposition (art. 30) et droit de ne pas être soumis à une décision automatisée (art. 31)

4 Ce n'est en effet pas la personne concernée qui joue un rôle actif en l'espèce et effectue le traitement de ces données. Elle n'est pas „sujet“, mais „objet“ en l'occurrence

visées, contrairement à son commentaire qui précise qu'„il s'agit, par exemple, des agents du fisc ou encore ceux de la sécurité sociale spécialement habilités pour opérer des contrôles sur les informations traitées. Ne seront pas considérées comme destinataires les autorités publiques dans le cadre de commissions rogatoires internationales“.

Le Conseil d'Etat, dans le but de mieux traduire l'intention des auteurs de la disposition visée, propose de remplacer dans le cadre de la lettre (k) les termes „dans le cadre d'une mission d'enquête particulière“ par ceux de „dans le cadre de l'exécution d'une mission légale d'enquête ou de contrôle“.

Au sens de l'article 2, h) de la directive, est considérée comme consentement de la personne concernée „toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement“. La lettre (l) de l'article 2 du projet de loi sous revue prescrit que cette manifestation de volonté soit par ailleurs „non équivoque“, tout en pouvant également émaner du „représentant légal, judiciaire ou statutaire“ de la personne concernée. Le Conseil d'Etat se demande si, pour être qualifié de non équivoque, ce consentement ne doit pas en outre être exprès, adjectif d'ailleurs employé par l'article 11, paragraphe 1er, alinéa final, pour relever que dans le cadre d'un traitement mis en œuvre à des fins de surveillance sur le lieu de travail, même le consentement „exprès“ de la personne concernée ne saurait légitimer une application contraire à la loi. Notons encore que le commentaire de la définition sub (l) se réfère aussi au caractère, entre autres, exprès que doit revêtir la manifestation de volonté pour valider le consentement de la part de la personne concernée. Dans les conditions données, il est proposé de conférer la teneur suivante à la lettre (l) de l'article 2:

„(l) „consentement de la personne concernée“: toute manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou statutaire, accepte que les données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement;“

La lettre (m) définit le code de conduite correspondant à des „contributions sectorielles élaborées en vue de la bonne application de la (présente) loi“. Le Conseil d'Etat n'entrevoit guère les contours, ni d'ailleurs l'utilité d'une telle définition au regard des obligations pesant sur les Etats membres en vertu de l'article 27 de la directive. Aussi propose-t-il d'éliminer de l'article 2 la définition de ce code.

Afin de prévenir tout risque de confusion – aussi minime fût-il – entre la Commission des Communautés européennes et la Commission nationale pour la protection des données, le Conseil d'Etat suggère de désigner cette dernière par „la Commission nationale“ au lieu de „la Commission“ et de redresser en conséquence la lettre (p) ((n) selon le Conseil d'Etat) de l'article 2. Cette nouvelle abréviation doit par ailleurs être répercutée à travers l'ensemble du projet sous avis.

La lettre (q) ((o) selon le Conseil d'Etat) considère comme instance médicale „toute personne physique ou morale autorisée à exercer, soit des activités ayant pour objet la prévention, le diagnostic ou le traitement de maladies et infirmités, soit des activités de soins, soumise au secret professionnel au sens de l'article 458 du code pénal“. Il n'est pas sûr que cette formulation englobe toutes les professions de la santé. Le doute est permis notamment pour ce qui est des pharmaciens ou encore du personnel paramédical. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'écrire, par référence à l'article 8, paragraphe 3 de la directive:

„(o) „instance médicale“: tout praticien de la santé ainsi que toute personne soumise à la même obligation de secret professionnel, effectuant un traitement de données nécessaire aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements ou de la gestion de services de santé;“

Cette définition est censée viser toutes les professions de la santé et tous les fournisseurs de soins de santé, pour autant toutefois qu'il s'agit de personnes physiques, seules soumises à l'article 458 du Code pénal.

Comme ci-avant annoncé, le Conseil d'Etat examine à cet endroit les définitions figurant sous les lettres (a) et (b) du paragraphe 1er de l'article 6 du projet de loi qu'il propose d'insérer à l'article 2 sous les lettres (q) „donnée relative à la santé“ et (r) „donnée génétique“.

De l'avis du Conseil d'Etat, il y a lieu d'inclure parmi les données relatives à la santé „les“ données génétiques en général, et non seulement „certaines“¹ d'entre elles. Seraient par contre à en exclure „les informations sociales et administratives connexes susceptibles d'avoir une incidence“ sur l'état physique et mental d'une personne², de sorte que la lettre (q) de l'article 2 prendrait la teneur suivante:

„(q) „donnée relative à la santé“: toute information concernant l'état physique et mental d'une personne concernée, y compris les données génétiques;“

La lettre (r) est à rédiger comme suit:

„(r) „donnée génétique“: toute donnée concernant les caractères héréditaires d'un individu ou d'un groupe d'individus apparentés.“

Article 3

Au vœu du paragraphe 1er, la loi en élaboration a vocation à s'appliquer au traitement automatisé ou non de données contenues ou appelées à figurer „dans un fichier“, structuré ou non, contrairement à la directive qui vise les seuls fichiers structurés³.

Le paragraphe 2, lettre (a) peut être simplifié en écrivant:

„(a) par un responsable du traitement soumis au droit luxembourgeois“, au lieu de:

„(a) par un responsable du traitement établi sur le territoire luxembourgeois ou en un lieu où, selon le droit international public⁴, est applicable le droit luxembourgeois;“

Le libellé de la lettre (b) du paragraphe 2 est quelque peu maladroit. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il, dans le respect de la disposition inscrite au paragraphe 1er, sub c) de l'article 4 de la directive, la modification rédactionnelle suivante:

„(b) un responsable du traitement qui n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne, mais recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire luxembourgeois. Toutefois, si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de simple transit sur le territoire luxembourgeois⁵, le responsable du traitement désigne, par une déclaration écrite à la Commission nationale, un représentant établi sur le territoire luxembourgeois qui se substitue aux droits et obligations du responsable du traitement, sans que⁶ ce dernier ne soit dégagé de son éventuelle responsabilité particulière.“

Le paragraphe 3 de l'article 3, à l'encontre de ses paragraphes 1er, 2, 4 et 5 définissant les traitements auxquels s'appliquera la loi en préparation, détermine une hypothèse dans laquelle cette dernière ne s'appliquera précisément pas. La disposition mérite partant d'être recalée à la fin de l'article 3 pour y figurer comme paragraphe 4.

Le paragraphe 4 fait double emploi avec l'article 2, (a) et peut donc être radié de l'article 3.

Le paragraphe 5 (3 selon le Conseil d'Etat) appelle quelques amendements rédactionnels. Il est proposé d'évoquer dans le présent contexte le traitement de *données concernant la sécurité publique* ... au lieu de parler simplement de „traitement ayant pour objet la sécurité publique ...“. Le texte du projet fait par ailleurs référence au „bien-être économique de l'Etat“, notion quelque peu inadaptée en l'occurrence, raison pour laquelle le Conseil d'Etat propose d'y substituer la terminologie employée au considérant 43 de la directive.

Le paragraphe sous examen s'énonce en conséquence comme suit:

1 Resterait à savoir lesquelles?

2 C'est-à-dire?

3 Voir article 3, paragraphe 1er en relation avec l'article 2, c) de la directive

4 Pourquoi pas aussi le droit international privé?

5 La directive parle de transit sur le territoire de la Communauté!

6 Au regard de sa portée assez floue (cf. „éventuelle“, „particulière“), l'on peut se demander si cette réserve mérite d'être maintenue.

„(3) La présente loi s'applique au traitement de données concernant la sécurité publique, la défense, la recherche et la poursuite d'infractions pénales ou la sûreté de l'Etat, même liées à un intérêt économique ou financier important de l'Etat, sans préjudice¹ des dispositions spécifiques de droit national ou international régissant ces domaines.“

Article 4

D'après le paragraphe 1er, le responsable du traitement doit „garantir“, entre autres, que les données qu'il traite le sont loyalement et licitement. De par sa formulation, cette obligation absolue risque de s'avérer illusoire. La directive est moins rigoureuse sous cet aspect en imposant par le paragraphe 2 de son article 6 au responsable du traitement le devoir d'„assurer“ le respect des dispositions visées en son paragraphe 1er. Le Conseil d'Etat a, quant à lui, une préférence pour le verbe „s'assurer de ce que“ évoquant davantage une obligation de moyens qu'une obligation de résultat et restant en cela plus proche des possibilités réelles de contrôle dont peut disposer en fait le responsable du traitement.

Dans cette optique plus réaliste des choses, le paragraphe 1er prend la teneur suivante:

„(1) Le responsable du traitement doit s'assurer de ce que les données qu'il traite le soient loyalement et licitement, et notamment que ces données soient:

(...)“

Au paragraphe 3, il y a lieu de remplacer les termes „de cet article“ par les mots „du présent article“. La même observation s'impose d'ailleurs à l'endroit des articles 5, paragraphe 2, (7, paragraphe 5), 8, paragraphe 4, 10, paragraphe 5, 14, paragraphe 3, 17, paragraphe 3, 26, paragraphe 4, 28, paragraphe 8 et 30, paragraphe 4.

Article 5

Cet article détermine les conditions de nature à garantir la légitimité d'un traitement de données.

Le Conseil d'Etat est à se demander si, au regard de la disposition inscrite sous la lettre (c) du paragraphe 1er, le commerce électronique ne tombe pas également dans le champ d'application de l'article 5 et sera partant soumis aux mêmes prescriptions de légitimité.

Si, dans l'intention des auteurs du projet de loi sous examen, cette question devait recevoir une réponse affirmative, il pourrait en surgir un problème de coexistence harmonieuse avec l'article 20² de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique qui, contrairement au paragraphe 2 de l'article 5 sous revue, ne prévoit pas de sanction pénale pour un traitement violant ses dispositions légales.

Article 6

Tout comme l'article 8, paragraphe 1er de la directive, le paragraphe 1er inclut parmi les données sensibles celles relatives „à la vie sexuelle“ dont les contours sont cependant loin d'être précis. Est-ce que ce ne serait pas plutôt l'orientation sexuelle des personnes concernées que leur vie sexuelle au sens large qui serait visée en l'occurrence?

Le paragraphe 1er énonce encore parmi les catégories méritant une protection particulière le traitement „des“ données génétiques. Parmi les données relatives à la santé, le même texte n'évoque par contre sous a) que les traitements de „certaines“ données y relatives. Il s'entend cependant que dans le cadre de l'application de la loi en élaboration, les données génétiques se définissent toujours par référence à la lettre (b), paragraphe 1er de l'article 6 (lettre r de l'article 2 selon le Conseil d'Etat).

A noter que les deux notions définies sous les lettres (a) et (b) de l'article 6 ont été transférées dans une forme légèrement modifiée par le Conseil d'Etat aux lettres (q) et (r) de l'article 2.

1 Le paragraphe correspondant du projet de loi sous examen décrit comme suit la réserve en question: „sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans les instruments de droit international qui lient le Grand-Duché de Luxembourg et des dispositions légales spécifiques dans ces domaines respectifs“

2 Ledit article 20 intitulé „De la protection des données à caractère personnel“ prévoit en effet en un paragraphe 1er que „l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance et les prestataires de service de notification sont tenus au respect des dispositions légales régissant le traitement de données à caractère personnel“, sans en incriminer la violation par une disposition spécifique inscrite au Titre III (Dispositions pénales) de la loi du 14 août 2000

Le paragraphe 2 détaille les exceptions au principe d'interdiction du traitement de catégories particulières de données dites sensibles.

Ainsi, selon la disposition sous (a), ce traitement devient licite lorsque la personne concernée y a donné son consentement, à condition toutefois qu'aucune disposition légale ne s'y oppose et „sauf indisponibilité du corps humain“. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir la portée de cette dernière précision dans le présent contexte. Il peut certes être indiqué de passer outre l'absence de consentement de la personne concernée lorsqu'il s'agit de préserver les intérêts vitaux de la personne en cause, voire d'une tierce personne, mais uniquement dans cette hypothèse extrême, d'ailleurs prévue sous la lettre (c) du paragraphe 2 de l'article 6.

De l'avis du Conseil d'Etat, la disposition sous a) de l'article 6, paragraphe 1er est à reformuler comme suit:

„(a) la personne a donné son consentement exprès à un tel traitement, sauf le cas interdit par la loi, ou lorsque.“

Selon la disposition prévue sous (b), le même traitement est encore légitime dans la mesure où il permet au responsable du traitement de se mettre en conformité avec le droit du travail. Dans ce contexte, il est suggéré de substituer aux mots „par disposition légale“ ceux de „par la loi“ pour souligner qu'est ici visée la loi au sens large.

La dérogation figurant sous (c) est dictée par la nécessité de sauvegarder les intérêts vitaux d'une personne, notamment dans le cas de prélèvement de substances d'origine humaine régi par la loi du 25 novembre 1982.

Autre hypothèse justifiant la mise en échec de l'interdiction de traitement de données sensibles: lorsque le traitement est mis en œuvre, avec le consentement de la personne concernée, par les associations définies sous (d). Le Conseil d'Etat, tout en étant conscient que la disposition en cause est reprise de l'article 8, paragraphe 2 de la directive, a quelque appréhension à y voir figurer non seulement les données concernant les membres d'une telle association, mais également celles relatives aux tiers entretenant avec elle „des contacts réguliers liés à (sa) finalité“, d'autant plus que les contours exacts de ces derniers sont loin d'être définis.

Le traitement est encore licite lorsque, selon (e), il porte sur des données „manifestement“ rendues publiques par la personne en cause „ou dès que son consentement au traitement des données peut légitimement être déduit de ses déclarations“. Il s'avérera sans doute difficile de distinguer les données *manifestement* rendues publiques des autres. Par ailleurs, il est inacceptable que le traitement de données sensibles puisse s'effectuer sur la base d'un consentement *déduit* à partir de *déclarations* faites par un individu dans des circonstances non autrement définies. L'article 8, paragraphe 2 de la directive ne prévoit pas pareille ouverture et le Conseil d'Etat préconise finalement d'éliminer l'hypothèse en question du texte figurant à l'article 6, paragraphe 2, sous (e).

Le même paragraphe 2 prévoit sous (f) qu'est en outre légitime le traitement de données sensibles lorsqu'il est nécessaire „à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice“. Le commentaire de la disposition en question donne comme exemple „une analyse du sperme, respectivement du sang, (qui) peut s'avérer nécessaire pour déterminer, en cas de doute, l'auteur d'un viol ou encore pour l'établissement d'un lien de filiation“. Il laisse entrevoir que cette mesure dérogatoire au principe d'interdiction inscrit au paragraphe 1er de l'article 6 est susceptible de s'appliquer tant en matière pénale qu'en matière civile. Selon ses auteurs, elle se justifie partant aussi bien dans l'optique des droits de la défense que dans la perspective de la défense d'un droit. Le Conseil d'Etat estime par contre que le contexte et la terminologie employée font plutôt référence à un enjeu de nature civile, compte tenu du libellé du paragraphe 3.

Dans le cadre de la disposition consignée sous (g), le Conseil d'Etat propose de supprimer l'adjectif „important“ alors que, sous réserve de l'autorisation préalable de la Commission nationale, le traitement de données sensibles, à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, paraît suffisamment motivé s'il est tout court justifié par un intérêt public et s'il ne peut être réalisé sur la base de données rendues anonymes¹. En outre, le mot „notamment“ est à radier, par référence au contenu des articles 4, paragraphe 2 et 14, paragraphe 1er.

¹ Voir article 14, paragraphe 1er sub (b) du projet sous examen

Le paragraphe 4 en rapport avec les données génétiques fait encore état sous la lettre (b) de la notion d'„indisponibilité du corps humain“, déjà évoquée sous le paragraphe 2 (a). Le Conseil d'Etat renvoie partant à son observation y relative.

Article 7

Le paragraphe 1er autorise, sous certaines conditions, le traitement de données sensibles au sens de l'article 6 lorsqu'il est mis en œuvre „par des instances médicales, ainsi que par les organismes de sécurité sociale et les administrations qui gèrent ces données en exécution de leurs missions légales et réglementaires“. La question se pose s'il ne convient pas d'y inclure les entreprises d'assurance et les sociétés gérant les fonds de pension¹ ou encore certaines mutuelles.

Du point de vue formel, il y a lieu de remplacer par une virgule le point-virgule inséré en milieu du paragraphe entre le mot „médecine“ et les termes „le traitement“.

Au paragraphe 2, il se recommande d'écrire „le traitement visé *ci-dessus*“ plutôt que „le traitement visé à l'article 7 paragraphe (1)“.

Dans le contexte du paragraphe 4, il s'entend que la communication à des tiers de catégories particulières de données définies à l'article 6 ne peut se concevoir que dans la mesure où le traitement en lui-même de ces données est licite. Dans le but de souligner ce lien, le Conseil d'Etat propose de reformuler comme suit le paragraphe 4 de l'article 7:

„(4) Sous réserve que leur traitement soit en lui-même licite au regard des articles 6 et 7, les données y visées peuvent être communiquées à des tiers ou utilisées à des fins de recherche, d'après les modalités et suivant les conditions à déterminer par règlement grand-ducal.“

Au paragraphe 5, il est indiqué d'étendre l'incrimination pénale aux opérations illégales de communication de données à des tiers ou de leur utilisation illicite à des fins de recherche. La peine pénale ne doit donc pas s'appliquer au seul traitement illicite des données sensibles.

Pour éviter tout malentendu, le Conseil d'Etat propose d'introduire le paragraphe 5 par les termes „*quiconque effectue un traitement ou opère une communication à un tiers en violation des dispositions des articles 6 et 7*“, en remplacement de ceux de „*quiconque effectue un traitement en violation de cet article*“².

Article 8

Au vœu du paragraphe 1er, „le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être mis en œuvre qu'en exécution d'une disposition *légale*“. Cette dernière notion doit être entendue au sens large comme incluant les bases de nature réglementaire, par ailleurs visées à l'article 17.^{3 et 4}

Le paragraphe 2 est à rédiger comme suit:

„(2) Il ne peut être tenu de recueil exhaustif des condamnations pénales que sous le contrôle de l'autorité publique compétente en la matière.“

Cette modification d'ordre rédactionnel n'affecte en rien la portée du texte original et continue de permettre la gestion d'un répertoire non exhaustif, ne visant donc que certaines condamnations pénales, par une autorité autre que judiciaire.

Le Conseil d'Etat estime trop restrictif le paragraphe 3 subordonnant le traitement de certaines données relatives aux jugements civils ou aux décisions administratives au contrôle de l'autorité publique (non autrement définie) compétente en la matière. Face au texte en cause, il faudrait en effet se

1 Voir la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et celle du 8 juin 1999 créant les fonds de pension

2 Lequel? L'article 6 ou l'article 7?

3 Elle permet ainsi de couvrir p.ex. le casier judiciaire, prévu à l'article 75 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, mais organisé par le règlement grand-ducal du 14 décembre 1976 modifié par ceux des 27 avril 1984 et 8 février 1985

4 Exemples: – Le registre des contraventions ou délits en matière de circulation (Min. des Transports)
– La „chaîne pénale“ Ingepol

demander si une administration déterminée pourrait, sans autre forme de procédure, continuer à gérer une banque de données documentaire. Dans les conditions données, le Conseil d'Etat propose d'éliminer le paragraphe 3 de l'article 8. La directive n'en sera pas moins respectée puisqu'elle dispose en son article 8, paragraphe 5, alinéa 2 que „les Etats membres *peuvent* prévoir que les données relatives aux sanctions administratives ou aux jugements civils sont également traitées sous le contrôle de l'autorité publique“.

Le Conseil d'Etat s'interroge enfin sur le sort qui sera réservé aux banques existantes de données de l'espèce visée à l'article 8.

Article 9

Cet article a pour objet d'obtempérer à l'injonction inscrite à l'article 9 de la directive obligeant les Etats membres à prévoir „pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations au présent chapitre¹, au chapitre IV² et au chapitre VI³ dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression“.

Le législateur national se voit ainsi confronté au défi d'arbitrer entre deux libertés et droits fondamentaux essentiels: liberté d'expression et droit à la vie privée. Le dosage est des plus délicats d'autant plus que la marge de manœuvre des Etats membres reste très importante.⁴

Le Conseil d'Etat suggère en l'occurrence de ne pas préjuger de la réforme en perspective de la loi sur la presse et préconise de rechercher dans ce contexte une solution équilibrée. Aussi propose-t-il de reporter à cette occasion l'examen de la mise en œuvre de l'article 9 précité de la directive.

Article 10

Le paragraphe 1er détermine les hypothèses légitimant le traitement de données à des fins de surveillance au sens de l'article 2, lettre (h).

Selon la disposition prévue sous la lettre (b), cette surveillance peut ainsi être opérée „aux abords ou dans tout lieu accessible ou non au public“, à condition qu'elle soit nécessaire à la prévention, à la recherche, à la constatation et à la poursuite d'infractions pénales. Le texte en question établit donc manifestement un lien entre les traitements visés et une finalité répressive. Or l'article 17 prescrit que les traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche, à la constatation et à la poursuite des infractions pénales doivent faire l'objet d'un règlement grand-ducal. Afin de prévenir toute insécurité juridique, il y a lieu de distinguer autant que faire se peut les champs d'application respectifs des articles 10 et 17. L'article 10, (b) vise le traitement à des fins de surveillance. L'article 17 a par contre trait aux „traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche, à la constatation et à la poursuite des infractions pénales“. Les données recueillies au cours du premier sont donc susceptibles d'un traitement ultérieur dans le cadre général de la politique pénale, mais ne le sont pas nécessairement. Le paragraphe 3 confirme clairement cette approche sous ses lettres (b) et (c).

Toujours est-il que le Conseil d'Etat estime que la surveillance visée à l'article 10 doit rester cantonnée aux seuls lieux accessibles au public, à l'exception de tous les autres. Il se demande d'ailleurs comment, dans un champ de surveillance plus large, suffire à l'obligation d'information des „personnes concernées“ prescrite au paragraphe 2 en relation avec l'article 26.

Compte tenu en outre d'une légère adaptation rédactionnelle et de l'un ou l'autre ajout, le point (b) du paragraphe 1er s'énoncera donc comme suit:

„(b) aux abords ou dans tout lieu accessible au public, notamment dans les parkings couverts, les gares, aéroports et transports publics, pourvu que le lieu en question présente de par sa nature, sa situation, sa configuration ou sa fréquentation un risque rendant le traitement nécessaire à la sécurité des usagers ainsi qu'à la prévention des accidents, ou“

1 Chapitre II: Conditions générales de licéité des traitements de données à caractère personnel

2 Chapitre IV: Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers

3 Chapitre VI: Autorité de contrôle et groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel

4 Voir les points 47 et 48 de l'étude citée sous la note 4 p. 3

L'ajout de la référence à la nature du lieu est destiné à englober notamment les bâtiments administratifs parmi les sites à surveiller et répondre ainsi à une préoccupation qui est d'actualité.

D'après le texte sous examen, le traitement à des fins de surveillance est encore licite „(c) dans une résidence privée dont le responsable du traitement est la personne physique y domiciliée“. Le Conseil d'Etat propose de limiter la portée de cette disposition aux lieux d'accès privé, c.-à-d. aux locaux privés, tout en visant indistinctement les domiciles appartenant aux personnes physiques ou morales. Dans cette optique, la lettre (c) du paragraphe 1er de l'article 10 prendra la teneur suivante:

„(c) aux lieux d'accès privé dont la personne physique ou morale y domiciliée est le responsable du traitement.“

L'information des personnes concernées d'après les modalités fixées au paragraphe 2 doit être restreinte aux cas de surveillance des lieux d'accès public. Il semble en effet quelque peu curieux de prescrire une telle information à l'égard d'une personne ayant déjà donné son consentement exprès à un tel traitement. Il en paraît de même pour ce qui est de la surveillance de locaux privés qui par définition ne donnent pas de droit d'accès libre aux tiers, y compris forcément toute „personne concernée“ au sens du texte sous avis. Il convient partant de restreindre l'obligation d'information aux opérations de surveillance effectuées dans les lieux accessibles au public. Dans cette optique, il y a lieu de préciser au paragraphe 2 in fine que la prescription y consignée ne s'applique que dans le cadre „de la mise en œuvre des traitements visés au paragraphe (1) sous (b)“, tel que proposé par le Conseil d'Etat.

Au paragraphe 3 sous (a), par analogie à la proposition de texte du Conseil d'Etat au regard de l'article 6, paragraphe 1er sous (a), il y a lieu d'écrire „sauf le cas interdit par la loi“ au lieu de „nonobstant des dispositions contraires de la loi“.

Le paragraphe 4 dispose que le „traitement à des fins de surveillance exclusivement mis en œuvre pour la prévention des infractions pénales est soumis à l'obligation d'information excluant ainsi l'application de l'article 27, paragraphe 1er (d)“. Il est à éliminer de l'article 10 en ce que de deux choses l'une: ou bien il fait double emploi avec l'hypothèse visée au paragraphe 1er sub (b) du même article, ou bien il recouvre le cas d'application visé à l'article 17. De toute façon, il fait double emploi, car il ne peut y avoir de troisième situation justifiant la mise en place d'un traitement à des fins de surveillance.

Il en découle que le paragraphe 4 est à éliminer de l'article 10, le paragraphe 5 subséquent avançant ainsi d'une unité.

Article 11

Cet article a trait au traitement de données à des fins de surveillance sur le lieu de travail. En dehors des considérations particulières ci-avant développées en rapport avec le présent objet, il y a lieu de rappeler que les dispositions concernées sont destinées à s'appliquer tant au secteur public qu'au secteur privé.¹

Force est de constater cependant que ni le comité mixte d'entreprise ni, à titre subsidiaire, l'Inspection du travail et des mines ne sont compétents en matière de relations de travail dans le secteur public. Tel quel, l'article 11 du projet de loi sous examen ne pourra donc trouver application dans le secteur public.

Le Conseil d'Etat est partant à se demander s'il n'est pas indiqué d'approfondir la question en la plaçant dans un contexte plus général. En attendant, il recommande d'éliminer du projet de loi sous avis l'article 11 sous examen avec toute la problématique qu'il préfigure.²

Ce n'est donc qu'à titre tout à fait subsidiaire que sont présentées les observations ci-après.

1 Voir observations *in fine* sous article 1er

2 Spiros Simitis, dans son article „Quatre hypothèses et quatre dilemmes (Quelques propos sur l'état actuel de la protection des données personnelles des salariés)“ préconise même l'adoption de directives sectorielles afin d'aboutir à une protection effective des données personnelles dans le cas des salariés (in *Droit Social*/No 1er janvier 2002, pages 88 à 92 et plus particulièrement pp. 90-91)

Le paragraphe 1er précise dans son alinéa 1 que le traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail n'est notamment possible que „(a) pour les besoins de sécurité et de santé des travailleurs“ et „(d) pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du travailleur en vue de mesurer son activité afin de déterminer sa rémunération“.

L'alinéa 2 ajoute que dans ces hypothèses, le comité mixte d'entreprise „a un pouvoir de décision tel que défini à l'article 7 paragraphes (1) et (2) de la loi du 6 mai 1974 instituant des comités mixtes dans les entreprises du secteur privé et organisant la représentation des salariés dans les sociétés anonymes“. Or ce pouvoir découle directement de la loi *modifiée* du 6 mai 1974 précitée¹, nul besoin de le rappeler dans le présent contexte.

L'alinéa 3 dispose que „le consentement exprès de la personne concernée ne rend pas légitime le traitement mis en œuvre par l'employeur“. Cette disposition est superfétatoire au regard du libellé restrictif du paragraphe 1er qui n'admet le traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail que dans les hypothèses limitativement énoncées.

Le paragraphe 2 délimite le cercle des personnes appelées à recevoir des informations notamment au sujet „(b) de la ou des périodes pendant lesquelles la surveillance sera effectuée“. Au regard des personnes y mentionnées, l'on doit conclure que seuls les traitements énumérés au paragraphe 1er sous (a) et (d) sont concernés. Sous la lettre (c), il y a lieu d'éliminer les termes „le cas échéant“.

Article 12

Le traitement sous (d) du paragraphe 2 vise la procédure de mise en état.

Les paragraphes 3 et 4 réunissant les dispositions pénales sanctionnant l'obligation de notification de certains traitements à la Commission nationale paraissent quelque peu incohérents. Selon le paragraphe 3, quiconque ne se soumet aucunement à ladite obligation risque une amende de 10.001 à 1.000.000 de francs. Par contre, celui qui y répond, mais en fournissant „sciemment“ des informations incomplètes ou inexactes, est, selon le paragraphe 4, passible d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 10.001 à 3.000.000 de francs, ou d'une de ces peines seulement.

Il n'y a pas de commune mesure entre les deux approches, par rapport au premier délit la sanction du deuxième pouvant en effet paraître disproportionnée. Pour ces motifs, le Conseil d'Etat propose de fondre dans un seul paragraphe 3 les pénalités frappant également les deux cas de figure:

„(3) quiconque ne se soumet pas à l'obligation de notification prévue ou fournit des informations incomplètes ou inexactes est puni d'une amende de 10.001 à 3.000.000 LUF.“²

Article 13

La disposition pénale figurant au paragraphe 4, à rapprocher de celle proposée par le Conseil d'Etat au regard de l'article 12, est superflue et peut par conséquent être rayée telle quelle.

Conformément au paragraphe 5 (4 selon le Conseil d'Etat), un règlement grand-ducal est appelé à fixer le montant et les modalités de paiement d'une redevance. S'agissant en l'espèce d'une taxe rémunératoire, ce procédé est compatible avec l'article 99 de la Constitution. Dans les faits, il s'agira cependant de veiller à ce qu'elle ne soit pas prohibitive.

¹ Article 7, paragraphes 1er et 2:

„Le comité mixte d'entreprise a compétence de décision en ce qui concerne:

1. l'introduction ou l'application d'installations techniques destinées à contrôler le comportement et les performances du travailleur à son poste de travail;
2. l'introduction ou la modification de mesures concernant la santé et la sécurité des travailleurs ainsi que la prévention des maladies professionnelles.“

² Voir note 1 p. 7

Article 14

Le paragraphe 1er énumère les cas soumis à l'autorisation préalable de la Commission nationale. Dans le cadre des traitements de données à des fins historiques ou scientifiques dont question sous (b), „la Commission vérifie en particulier si ces traitements ne peuvent être réalisés sur base de données rendues anonymes“. Le Conseil d'Etat se demande à quelle fin est censé s'effectuer cet examen. Lorsque le traitement peut effectivement être opéré sur la base de données anonymisées, la Commission est-elle tenue de refuser son autorisation ou peut-elle au contraire émettre une décision conditionnelle d'accord? Il serait même concevable qu'en l'hypothèse une telle autorisation ne serait pas requise. L'intention du législateur mérite en tout cas d'être précisée en l'espèce.

Est en outre subordonné à l'autorisation préalable de la Commission nationale „(d) le traitement concernant le *crédit* et la *solvabilité* des personnes concernées“. Quelles peuvent bien être les données en rapport avec ces deux notions à la fois floues et qui seraient d'ailleurs définies par qui? A défaut de précisions à ce sujet, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de la suppression de la disposition reprise sous la lettre (d).

A l'endroit de la lettre (e), le Conseil d'Etat se doit de signaler ses plus vives appréhensions en ce qu'elle admet implicitement que „l'utilisation de données à caractère personnel à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été collectées“ puisse être envisagée. Pareille approche est inadmissible et la disposition inscrite au paragraphe 1er sous (e) est à rayer en conséquence. A quoi servirait sinon le consentement de la personne concernée donné à une fin bien précise? L'utilisation visée ne serait donc à la limite acceptable que si l'autorisation de la Commission nationale était de nouveau subordonnée au consentement de la personne concernée.

Le paragraphe 2 appelle les observations ci-après. D'après l'article 12, paragraphe 1er, un traitement ne peut être mis en œuvre avant sa notification à la Commission nationale. L'article 14 ajoute dans son paragraphe 1er que les traitements y énoncés sont en outre soumis à l'autorisation de ladite commission. Cette idée se retrouve au paragraphe 2 qui, dans sa première phrase, dit que „l'autorisation n'est délivrée par la Commission qu'après examen préalable à la mise en œuvre des traitements visés au paragraphe (1)“. Le Conseil d'Etat propose de substituer à cette formulation quelque peu maladroite le libellé suivant:

„(2) *La mise en œuvre des traitements visés au paragraphe (1) est subordonnée à l'autorisation de la Commission nationale.*“

En fait, l'on pourrait toutefois même faire abstraction de cette disposition spécifique, alors qu'il résulte clairement du paragraphe 1er que „sont soumis à l'autorisation *préalable* de la Commission“ „les *traitements*“ recensés par la suite.

Dans sa dernière phrase, le paragraphe 2 dispose que „l'autorisation à délivrer en matière de traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail est subordonnée à l'avis préalable de l'Inspection du Travail et des Mines“. Cette procédure cadre mal avec l'article 11, paragraphe 2, qui ne reconnaît qu'un caractère subsidiaire au rôle à jouer en l'occurrence par ladite administration. Il s'en déduit que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 14 est à supprimer.¹

Compte tenu des développements qui précèdent, se pose la question du maintien du paragraphe 2 réduit à la disposition assez anodine, ne serait-ce parce que non sanctionnée, qui énonce que „l'examen préalable est effectué dès la réception de la notification“.

Au paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat), il y a lieu d'écrire „du présent article“ plutôt que „de cet article“.

Article 15

Conformément aux paragraphe 1er et 2, les notifications effectuées et les autorisations accordées sont répertoriées dans un registre.

Suivant le paragraphe 4, „la Commission publie un rapport annuel qui *fait état* des notifications et autorisations“. D'après le Conseil d'Etat, la commission ne doit pas ici se limiter à dresser la liste de ces

¹ Voir en outre l'observation principale du Conseil d'Etat à l'endroit de l'article 11

actes, mais sa mission consiste bien plus à publier annuellement le rapport *sur l'état* des notifications et autorisations. Le paragraphe 4 est donc à corriger en ce sens.

Article 16

Cet article ouvre le délicat débat de l'interconnexion de données à caractère personnel. Dans la mesure où cette opération est prévue par un texte légal, elle ne pose pas problème. Il n'en est cependant plus de même lorsque cette interconnexion peut, en l'absence de base légale, être autorisée par la Commission nationale intervenant à la demande conjointe des responsables des traitements à relier. Une telle extension ne peut être envisagée qu'à condition d'être entourée de solides garanties.

Avant d'entrer dans cette discussion, le Conseil d'Etat propose d'abord un amendement rédactionnel à l'endroit du paragraphe 1er qui prend la teneur suivante:

„(1) L'interconnexion de données à caractère personnel qui n'est pas expressément prévue par un texte légal doit faire l'objet d'une autorisation de la Commission nationale, sur demande conjointe présentée par les responsables des traitements en cause.“

Il s'entend que la notion de „texte légal“ recouvre toute norme incorporée en droit national, quelle qu'en soit la source.¹

En fait, c'est le paragraphe 2 qui définit les conditions pouvant, en l'absence d'habilitation législative, justifier une interconnexion de données et qui soulève une série d'interrogations non résolues.

Que faut-il ainsi entendre par objectifs „statutaires“ ? En outre, la cause d'intérêt légitime dans le chef des responsables des traitements ne devrait-elle pas se recouvrir ou du moins se concilier avec celle des personnes concernées pour justifier une interconnexion? Cette interconnexion ne devrait pouvoir s'effectuer qu'en l'absence d'un conflit d'intérêt entre les différentes personnes concernées. Dans cette perspective, il y a lieu d'insérer à la suite de l'évocation d' „un intérêt légitime pour les responsables des traitements“ les termes „et pour les personnes concernées“. Le Conseil d'Etat se demande même s'il ne faudrait pas soumettre l'opération visée à l'accord de la personne concernée.

La mention au paragraphe 3 d'un règlement grand-ducal devant déterminer les modalités de mise en œuvre de l'interconnexion n'est pas appropriée. Il s'agit en effet d'une opération technique qu'il appartient à la Commission nationale d'autoriser ou non, dans le respect des dispositions prévues au paragraphe 2 qu'il s'agira de revoir dans l'optique ci-dessus.

Article 17

Afin d'en augmenter la lisibilité, ledit article est à restructurer en deux paragraphes.

Le premier reprend sous les lettres (a) et (b) les dispositions figurant sous les points 1 et 2 de l'alinéa 1 de l'article 17 du projet. Le deuxième comporte la disposition pénale inscrite sous le point 3 du texte original.

La disposition sous la lettre (a) du paragraphe 1er mérite d'être reconsidérée dans son ensemble. Il n'est en effet ni possible en pratique ni conforme au droit applicable que le Procureur d'Etat puisse sans façon être institué en tant que responsable de l'ensemble des traitements auxquels il y est fait référence. En effet, si les procureurs d'Etat exercent la direction de la Police judiciaire, il n'en résulte pas qu'ils puissent être considérés comme responsables de tous les traitements susceptibles d'être mis en œuvre par la Police ou les Douanes. Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que l'Inspection générale de la police relève de l'autorité du ministre de l'Intérieur et non pas du procureur d'Etat.

Toujours dans le même contexte, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations au regard de l'article 42 du projet de loi sous avis qu'il propose de compléter par un paragraphe (4) à l'effet d'empêcher un vide juridique en matière de banques de données pénales, en attendant la publication des mesures réglementaires prévues par le texte sous revue.

Au paragraphe 2, il faut remplacer le renvoi aux dispositions „de cet article“ par celui portant sur les dispositions „du présent article“.²

1 donc également le droit international intégré dans notre système juridique par la voie d'une loi d'approbation

2 Voir encore note 1 p. 7

Article 18

Cet article introduit le chapitre IV concernant les transferts de données vers des pays tiers, visés par les articles 25 et 26 de la directive 95/46. Ces flux extra-européens ne pouvaient rester en dehors du champ d'observation des autorités communautaires. „Dès lors (en effet) qu'un niveau uniforme de protection des données était assuré sur le territoire communautaire, restait alors la question des (nombreux) flux de données extra-européens. La directive ne pouvait se contenter de les ignorer: c'eût été la ruine immédiate des efforts entrepris au sein de l'Union européenne. Elle ne pouvait pas non plus limiter les flux de données aux seuls pays disposant de législations équivalentes à celles des États membres en cette matière, sans s'isoler de manière intenable.“¹ La directive s'est évertuée à naviguer entre ces deux écueils. Que face à une problématique aussi ardue la solution adoptée ne fasse pas l'unanimité ne doit pas surprendre.

Quant au texte de l'article 18, le Conseil d'Etat, en se référant au paragraphe 1er de l'article 25 de la directive, propose d'introduire le paragraphe 1er par le texte suivant censé clarifier la portée de l'article 18:

„(1) Le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert ne peut avoir lieu que ...“

Article 19

Cet article réunit les dérogations au principe d'interdiction de transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat au sens de l'article précédent.

Le Conseil d'Etat craint que les particuliers ne soient pas toujours en mesure de se prémunir contre des stipulations contractuelles – risquant de devenir en fait de simples clauses de style – permettant une telle dérogation. A cet égard, l'article 26 de la directive ne se révélera guère suffisamment protecteur des personnes concernées par des traitements impliquant des transferts vers des pays tiers. On ne peut que le regretter.

Au regard du texte même, le Conseil d'Etat suggère de s'en tenir en principe à la terminologie retenue par la directive et d'écrire au paragraphe 1er sous la lettre (e) que „le transfert soit nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée“, au lieu d'y viser „la vie“ de cette même personne.

Au paragraphe 3, il y a lieu de désigner par „pays tiers“ l'„Etat non membre de l'Union européenne“, le tout par application de la terminologie définie à l'article 2, lettre (o) ((m) selon le Conseil d'Etat) du projet de loi sous avis.

Le Conseil d'Etat se demande enfin s'il ne convient pas de sanctionner également les transferts effectués en violation des dispositions prévues au paragraphe 1er et de compléter à cette fin la disposition pénale figurant au paragraphe 4 de l'article 19.

A cette fin, le paragraphe 4 de l'article 19 s'énoncera comme suit:

„(4) Quiconque effectue un transfert de données vers un pays tiers en violation des dispositions du présent article est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 10.001 à 5.000.000 LUF², ou d'une de ces peines seulement.“

Article 20

Au paragraphe 1er, il y a lieu de supprimer les termes „pour la protection des données“, conformément à la proposition du Conseil d'Etat émise à l'endroit de l'article 2, lettre (p) ((n) selon le Conseil d'Etat).

Dans la même logique, il est indiqué d'ajouter au paragraphe 2 l'adjectif „nationale“ au mot „Commission“ et de remplacer par „pays tiers“ la désignation d'un „Etat non membre de l'Union européenne“.

¹ „Les flux transfrontaliers de données à caractère personnel en droit européen“, par Bénédicte Havelange et Anne-Christine Lacoste/J.T.D.E./livraison de décembre 2001

² Voir note 1 p. 7

Article 21

L'intitulé „confidentialité des traitements“ ne correspond guère au contenu dudit article qui dispose que tout traitement de données s'effectue „sur instruction du responsable du traitement“ qui, en vertu de l'article 22, doit tout mettre en œuvre pour assurer la sécurité des traitements. Le même reproche peut – il est vrai – être adressé à l'article 16 de la directive dont l'article 21 sous revue constitue une copie fidèle. En fait, l'article 21 semble plutôt viser la consultation non autorisée de données.

Notons enfin qu'il y a lieu de séparer par une virgule la désignation „lui-même“ des termes „et qui accède à des données“.

Article 22

Au paragraphe 1er, il est prévu que les mesures techniques et d'organisation instituées pour assurer la protection des données traitées „font l'objet d'un examen annuel dont le résultat est communiqué à la Commission“. La disposition en question ne détermine pas la personne en charge de cet examen. Logiquement il devrait s'agir du responsable du traitement. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de remplacer la dernière phrase du paragraphe 1er de l'article 22 par le texte suivant:

„Ces mesures font l'objet d'un rapport annuel à soumettre par le responsable du traitement à la Commission nationale.“

Le paragraphe 2 précise qu'il incombe au responsable du traitement de veiller au respect des mesures de sécurité technique et d'organisation à mettre en œuvre. Le Conseil d'Etat se demande si la même obligation ne devrait pas également peser sur le sous-traitant. Dans cette optique, il s'indiquerait d'intercaler dans la dernière phrase, entre le mot „traitement“ et la préposition „de“, les termes „ainsi qu'au sous-traitant“.

Compte tenu des observations ci-dessus, le paragraphe 3 s'avère superflu. L'obligation figurant sous la lettre (a) ne constitue en effet qu'une simple redite de l'article 21, celle inscrite sous la lettre (b) se trouvant quant à elle reprise au paragraphe 2 de l'article 22, dans sa version préconisée par le Conseil d'Etat.

Au paragraphe 4, le bout de phrase „aux fins de la conservation des preuves“ pourrait sans dommage être supprimé alors qu'il ne rappelle qu'une évidence. Le Conseil d'Etat s'interroge d'ailleurs sur l'utilité et la finalité du paragraphe 4 en tant que tel, puisqu'il est difficilement concevable que „les éléments du contrat ou de l'acte juridique relatifs à la protection des données et les exigences relatives à la sécurité des traitements“ puissent être consignés autrement que „par écrit“.

Article 23

Au vœu de l'alinéa 2 du paragraphe 1er de l'article 17 de la directive, les mesures de sécurité „doivent assurer, compte tenu de l'état de l'art et des coûts liés à leur mise en œuvre, un niveau de sécurité approprié au regard des risques présentés par le traitement et de la nature des données à protéger“.

La formule introductive suivante de l'article 23 du projet de loi sous examen devrait, de l'avis du Conseil d'Etat, mieux traduire l'esprit de la directive:

„En fonction¹ du risque d'atteinte à la vie privée, ainsi que de l'état de l'art et des coûts liés à leur mise en œuvre, les mesures visées à l'article 22, paragraphe (1) doivent:“

Article 24

Au paragraphe 1er, il est dit que les personnes soumises au respect du secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, membres de la Commission nationale, le restent „même après la fin de leur mandat“. Il s'agit d'un simple rappel d'une règle de droit commun. Le Conseil d'Etat estime que ce rappel n'est pas indispensable et propose partant d'en éliminer la mention dans le présent contexte.

Au paragraphe 3, la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive

¹ les termes „en fonction du“ remplaçant ceux de „compte tenu du“

1999/93/CE du 13 décembre 1999 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers, peut être citée sous sa forme abrégée de „loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique“.¹

Le paragraphe 4 dispose que „le responsable du traitement agissant dans le cadre de l'accomplissement de ses missions tel que visé à l'article 7 paragraphe (1), ne peut opposer à la Commission le secret professionnel auquel il est soumis“. Rappelons que ledit article 7, paragraphe 1er, vise le domaine particulièrement sensible du traitement de données relatives à la santé. Or, dans ce contexte, la mainlevée du secret professionnel, même à l'égard de la Commission nationale, est inacceptable, du moins de par son caractère absolu. Aussi le Conseil d'Etat s'y oppose-t-il. Une dérogation au droit commun ne pourrait en effet se concevoir que dans la mesure où elle serait limitée aux renseignements concernant le volet technique du traitement de ces données sensibles. A cette fin, le paragraphe 4 de l'article 24 serait à compléter par la réserve suivante:

„ , pour autant que les renseignements demandés concernent les mesures visées à l'article 22, paragraphe (1).“

Article 25

Sans observation.²

Article 26

Cet article règle le droit à l'information de la personne concernée en distinguant selon que les données ont ou non été collectées directement auprès de cette dernière.

Les deux premiers paragraphes concernent l'hypothèse d'une collecte directe auprès de la personne concernée.

Le paragraphe 2 vise la collecte par voie de formulaire ou de questionnaire tout en l'assujettissant aux mêmes contraintes que celles frappant en général toute collecte directe. Il ne paraît partant ni nécessaire ni indiqué de prévoir une disposition spéciale concernant ce procédé particulier de rassemblement de données. Aussi le paragraphe 2 peut-il être supprimé. A la limite, parallèlement le paragraphe 1er pourrait être complété par le texte suivant à intercaler avant la première virgule³:

„ , quels que soient les moyens et supports employés,“

Le paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat) détaille les informations à fournir à la personne concernée afin de lui permettre d'exercer le cas échéant ses droits d'accès et d'opposition consacrés aux articles 28 et 30.

Au paragraphe 4 (3 selon le Conseil d'Etat), il y a lieu d'écrire „du présent article“ au lieu de „de cet article“.⁴

Article 27

Au paragraphe 1er, il convient de corriger la mention du paragraphe 3 de l'article 26 par celle du paragraphe 2, conformément à la proposition du Conseil d'Etat à l'endroit dudit article 26.

Sous la lettre (b), il est suggéré d'accoler l'adjectif „nationale“ au sujet „la défense“.

La lettre (e) diverge de la disposition correspondante de l'article 13 de la directive en ce qu'elle invoque, à titre d'exception au droit d'information de la personne concernée, „en particulier“ les do-

1 Conformément à l'article 72 de ladite loi du 14 août 2000

2 Sauf note 1 p. 7

3 Virgule introduisant la phrase suivante: „le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à la personne concernée“

4 Voir en outre note 1 p. 7

maines monétaire, budgétaire et fiscal, alors que l'acte communautaire se contente de les inclure parmi ceux dans lesquels l'intérêt économique ou financier important d'un Etat membre ou de l'Union européenne peut prévaloir. Le Conseil d'Etat se demande si les auteurs du projet sous examen ont à dessein voulu nuancer de la sorte l'objectif sous-jacent à la disposition en question.

Autre exception au droit à l'information de la personne concernée, celle inscrite sous (f) et – quelque peu paradoxalement – justifiée par „la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui“.

Compte tenu des observations du Conseil d'Etat au regard de l'article 9 ci-avant, le paragraphe 2 est à supprimer.

Le paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat) concerne les traitements à finalité statistique, historique ou scientifique, qui, de l'avis du Conseil d'Etat, devraient, dans toute la mesure du possible, s'effectuer à partir de données anonymisées.¹

Article 28

Il est proposé de remplacer le début du paragraphe 1er par la disposition ci-après:

„(1) Sur demande à introduire auprès du responsable du traitement ou de son représentant, la personne concernée ou ses ayants droit justifiant d'un intérêt légitime peuvent obtenir sans frais, à des intervalles raisonnables et sans délais excessifs:“

Il est en effet sous-entendu que le demandeur doit prouver son identité. Par ailleurs, la précision que le droit d'accès doit s'exercer „sans contrainte“ paraît tout aussi implicite.

L'amende pénale prévue au paragraphe 2 doit, à l'instar de toutes les autres figurant au projet de loi sous avis, être adaptée conformément au chapitre II de la loi du 1er août 2001 relative au basculement en euro le 1er janvier 2002 et modifiant certaines dispositions législatives.

Conformément au paragraphe 3, „le patient a un droit d'accès aux données le concernant et collectées par son médecin. Le droit d'accès peut être exercé par le patient lui-même ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne. En cas d'incapacité de la personne concernée, le droit d'accès peut être exercé par ses ayants droit“.

Il s'entend que ce droit d'accès ne peut s'exercer que dans le respect des dispositions légales régissant les droits des patients.²

Le paragraphe 4 est en rapport avec l'article 9 visant le traitement réalisé dans le cadre de la liberté d'expression dont le Conseil d'Etat a proposé de reporter la discussion en vue de la réforme en perspective de la loi sur la presse. Dans cette optique, la disposition énoncée audit paragraphe 4 est à supprimer.

Au paragraphe 5, il y a lieu de redresser une faute d'inadvertance et de supprimer l'article „la“ de trop en rapport avec la destruction des données mentionnée en fin de phrase.

1 Voir développements sous l'article 14

2 Voir notamment:

- Article 40, alinéas 1 et 2 de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers:

Art. 40.– Lors de son admission à l'hôpital ou à l'établissement hospitalier spécialisé, ainsi que pendant son séjour hospitalier le patient a, en vue de son consentement éclairé, droit à une information adéquate sur son état de santé ainsi que sur les traitements proposés.

Il incombe au médecin traitant d'en informer le patient. Ces informations peuvent être complétées par les autres prestataires de soins dans le respect des règles déontologiques applicables.

- Article 51 du code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste, édicté par le Collège médical et approuvé par arrêté ministériel du 21 mai 1991:

Art. 51.– Pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un diagnostic grave.

Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais les proches doivent généralement être prévenus, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.

Le Conseil d'Etat estime aussi utile de compléter ledit paragraphe 5 par l'ajout *in fine* du passage suivant:

„dans les conditions de l'article 35.“

Au paragraphe 8, il se recommande de remplacer les termes „de cet article“ par ceux de „du présent article“.¹

Article 29

Cet article détermine les exceptions et limitations au droit d'accès de la personne concernée garanti par l'article 28. D'après son commentaire, ces dérogations sont reprises de l'article 13 de la directive.

Il se trouve cependant que le paragraphe 1er ne reprend pas l'hypothèse visée à la lettre f) dudit article 13 justifiant la limitation du droit d'accès lorsqu'elle constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder „une mission de contrôle, d'inspection ou de réglementation relevant, même à titre occasionnel, de l'exercice de l'autorité publique, dans les cas visés aux points c), d) et e)²“. Le commentaire est muet sur cette omission qui peut partant s'interpréter comme volontaire ou involontaire. Cette question mérite sans doute d'être clarifiée avant l'aboutissement de la procédure législative.

Les cas d'exception repris sous les lettres (e) et (f) du même paragraphe 1er se recouvrent avec ceux figurant sous les lettres (e) et (f) de l'article 27. Ils commandent en conséquence les mêmes observations que celles émises par le Conseil d'Etat à l'endroit dudit article 27.

Dans la suite de la proposition du Conseil d'Etat au regard des articles 9 et 28, paragraphe 4 ci-avant, l'hypothèse visée sous la lettre (g) du paragraphe 1er de l'article 29 sous revue est à supprimer.

Aux paragraphe 3 et 4, il convient d'écrire „Commission nationale“ au lieu de „Commission“, conformément à l'observation ci-avant au regard de la lettre (p) ((n) selon le Conseil d'Etat) de l'article 2.

Au paragraphe 5, il y a lieu d'exprimer en euros la fourchette de l'amende pénale prévue.³

Article 30

Cet article mérite d'être réagencé comme suit.

Dans un paragraphe 1er, introduit par les mots „Toute personne concernée a le droit:“, il y a lieu de regrouper sous forme de lettres (a), (b) et (c) les différents droits en cause énumérés aux points 1 à 3 du projet.

La disposition pénale prévue au point 4 est à transposer au paragraphe 2 nouveau.

Conformément au point 2 ((b) selon le Conseil d'Etat), toute personne a le droit „de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection; il incombe au responsable du traitement de porter l'existence de ce droit à la connaissance de la personne concernée“. Les violations de cette disposition sont, en application du point 4 (paragraphe 2 selon le Conseil d'Etat), passibles „d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 10.001 à 3.000.000 LUF ou d'une de ces peines seulement“.

Ces dispositions sont à rapprocher de l'article 48 (intitulé: „Des communications commerciales non sollicitées“) de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique qui s'énonce comme suit:

„(1) La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire.

(2) L'envoi de communications commerciales par courrier électronique par un prestataire de service de la société de l'information à un destinataire n'est possible qu'en cas d'absence d'opposition manifeste de sa part.

¹ Voir en outre note 1 p. 7

² c) sécurité publique

d) intérêt économique ou financier important

e) prévention, recherche, constatation et poursuite d'infractions pénales ou de manquements à la déontologie

³ Voir note 1 p. 7

(3) Les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées doivent consulter régulièrement les registres „opt out“ désignés par règlement grand-ducal où les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s’inscrire, et respectent le souhait de ces personnes. L’inscription des personnes physiques sur un ou plusieurs registres *d’opt out* se fait sans frais pour ces personnes.

Est puni d’une amende de dix mille un à deux cent mille francs, tout prestataire n’ayant pas respecté le souhait des personnes inscrites sur un ou plusieurs registres *d’opt out*.“

La juxtaposition des textes précités fait ressortir que tout en recouvrant sensiblement le même domaine – qui est celui de la prospection commerciale par voie électronique – ils divergent de façon radicale quant à l’échelle des sanctions pénales prévues. Cette situation ne manquera pas de provoquer quelques difficultés d’application. Aussi le Conseil d’Etat préconise-t-il, plutôt que d’harmoniser les dispositions pénales concurrentes, d’omettre le point 2 ((b) selon le Conseil d’Etat) de l’article 30 du projet de loi sous avis faisant, dans une large mesure du moins, double emploi avec l’article 48 de la loi précitée du 14 août 2000.

Au point 4 (paragraphe 2 selon le Conseil d’Etat) du texte du projet de loi sous revue, il y a lieu d’écrire „du présent article“ au lieu de „de cet article“. ¹

Article 31

Selon le paragraphe 1er, toute personne a le droit de ne pas être soumise aux décisions individuelles automatisées lorsque le traitement est „destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité“. D’après le commentaire, „de telles décisions individualisées visent par exemple l’appréciation du rendement de la personne concernée, l’évaluation de son crédit, l’appréciation de sa personnalité et l’analyse de sa personnalité“. L’article 15 de la directive évoque, quant à lui, parmi les aspects de la personnalité d’un individu „son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement“.

Reste que le texte de l’article 31, paragraphe 1er, est en lui-même passablement vague, de sorte qu’il pourrait être abandonné sans dommage. Dans cette optique, le paragraphe 2, devenant le paragraphe 1er, serait à reformuler comme suit:

„(1) Une personne peut être soumise à une décision individuelle automatisée produisant des effets juridiques à son égard, si cette décision:

- a) ...*
- b) ... “*

Article 32

Sans observation, sauf qu’il y a lieu d’écrire „Commission nationale“ en remplacement de „Commission“.

Article 33

Cet article institue une procédure d’urgence à actionner devant la chambre du conseil du tribunal d’arrondissement compétent, pour mettre fin à un traitement de données mis en œuvre en violation des prescriptions légales concernant la publicité, ou encore la procédure de notification ou d’autorisation. D’après le commentaire de l’article 33 en cause, cette procédure n’a vocation à se substituer, ni aux sanctions administratives que peut administrer la Commission nationale sur la base de l’article 35, ni aux procédures des référés de droit commun. En fait, „on s’est inspiré de la procédure d’urgence prévue dans la réglementation sur la profession de transporteur“.

Cet instrument procédural qualifié par les auteurs du projet de loi sous examen d’„efficace combinant rapidité et caractère semi-inquisitorial“, s’il est effectivement largement conforme aux dispositions de l’article 18 de la loi du 3 octobre 1991 concernant l’établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par route, n’en demeure pas moins critiquable dans le présent contexte.

Il coexiste d’abord avec différentes procédures administratives et pénales, comme le relève d’ailleurs le commentaire. Cette juxtaposition de voies de droit sera source de conflits redoutables. Quelque louables que puissent donc avoir été en l’occurrence les intentions des auteurs du projet, le risque de les voir

¹ Voir en outre note 1 p. 7

déjouées en pratique, à cause précisément de leur caractère illusoire, n'est pas négligeable. A cela s'ajoute que ce n'est pas en multipliant les sanctions et les recours que la protection des personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel s'en trouvera nécessairement renforcée.

Tout compte fait, le Conseil d'Etat préconise donc l'élimination de l'article 33 du projet de loi sous revue. En ordre subsidiaire, il se propose d'émettre les observations suivantes au regard du texte visé.

Comme la chambre du conseil n'a pas d'audience fixe, les dispositions inscrites au paragraphe 2 quant à la notification et aux indications de la requête semblent quelque peu irréalistes.

Pour garantir un effet utile au paragraphe 3, il y a lieu de compléter les termes „entendus en leurs explications orales“ par ceux de „ou dûment appelés“.

Le Conseil d'Etat s'interroge en outre sur l'utilité et l'intérêt de l'alinéa 3 du paragraphe 9 qui prévoit que „les formalités du présent paragraphe sont à observer *sous peine de nullité*, sauf si la personne responsable du traitement, la partie civile, la Commission ou toutes les parties en cause y ont renoncé“. Pourquoi vouloir assortir la violation de ces formalités par une nullité? Quelles seraient d'ailleurs ces formalités autres que l'observation du délai de convocation? En outre, quelles seraient ces „autres parties en cause“?

Article 34

Au paragraphe 1er, il y a lieu de supprimer l'indication que la Commission nationale pour la protection des données est „dénommée dans la présente loi „la Commission“¹“, précision qui fait double emploi avec la lettre (p) ((n) selon le Conseil d'Etat) de l'article 2. Pour rester par ailleurs conforme avec la même référence, il y a lieu d'écrire en lettres minuscules le titre complet de l'autorité de contrôle en cause.

Comme il s'agit en l'espèce d'une autorité non juridictionnelle, la disposition figurant sous la lettre (e) du paragraphe 3 peut être maintenue sous réserve d'être adaptée. Ainsi la Commission nationale ne saurait-elle tenir en échec le pouvoir réglementaire en omettant d'émettre son „avis préalable à l'adoption des mesures réglementaires“ requis par la future loi. Elle ne saurait pas non plus paralyser l'action administrative en agissant de même dans le contexte des mesures administratives individuelles à prendre. Dans cette optique, la Commission nationale ne doit pas en l'occurrence aviser préalablement toutes les mesures réglementaires ou administratives, mais il est au contraire nécessaire et suffisant qu'elle soit consultée au préalable.

Toujours dans le contexte de la lettre (e) du paragraphe 3, le Conseil d'Etat estime qu'il est superfluo de préciser que la Commission nationale ne doit pas seulement être mise en intervention dans le cadre de l'adoption de mesures légales, réglementaires ou administratives, mais également en cas de modification de ces mêmes mesures. Cette règle découle en effet implicitement mais nécessairement de la solution de principe retenue. Il n'y a pas lieu d'insister. Quant à la publication des avis² de ladite commission, le paragraphe 3 (e) décide de recourir tant aux documents parlementaires qu'au rapport de la commission. D'après le Conseil d'Etat, il y a lieu de réserver la publication par la voie des documents parlementaires aux seuls projets et propositions de loi.³

Dans la logique des développements qui précèdent, le paragraphe 3, lettre (e), prendra la teneur suivante:

„(e) être demandée en son avis sur tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur la base de la présente loi. Ces avis sont publiés au rapport annuel visé à l'article 15, paragraphe (4).“

Au paragraphe 4, le Conseil d'Etat a du mal à concevoir ce qu'il faut entendre dans ce contexte par „une association ... représentant“ la personne (concernée) et qui aurait droit de saisir la Commission nationale d'une demande d'éclaircissement au sujet d'un traitement déterminé. S'agirait-il d'une asso-

1 Commission „nationale“ selon le Conseil d'Etat (cf. observations sous la lettre (p) de l'article 2)

2 Le texte du projet parle d'avis en général. L'on peut partant admettre qu'il ne vise pas les seuls avis sur les projets ou propositions de loi ou encore les projets de règlement grand-ducal

3 Par application du droit commun

ciation dûment mandatée à cet effet? D'une association dont le principal intéressé serait simplement membre? Pourquoi le mandataire ne pourrait-il pas être tout aussi bien une personne physique? Pour lever cette équivoque, le Conseil d'Etat se demande s'il ne convient pas de substituer aux termes „ou par une association la représentant“ les mots „*agissant par elle-même, par l'entremise de son avocat ou par toute autre personne physique ou morale dûment mandatée*“.

Le paragraphe 5 requiert à son tour une observation. Il paraît en effet inadmissible que „la Commission peut, en particulier, être saisie par *toute personne* d'une demande de vérification de la licéité d'un traitement en cas de refus ou de limitation de l'exercice du droit d'accès de la *personne concernée* conformément à l'article 29 paragraphe (4) de la présente loi“.

L'adage „nul ne plaide par procureur“ n'aurait-il plus cours? Le Conseil d'Etat se prononce en tout cas contre une aussi large ouverture du droit de saisine de la commission et propose de supprimer le paragraphe 5 de l'article 34.

Au paragraphe 6, il y a lieu de supprimer dans la phrase finale tout ce qui a trait à l'accès direct aux locaux où a lieu le traitement et qui risque d'être incompatible avec l'article 15 de la Constitution.

La disposition visée ne pourrait être maintenue qu'à condition qu'il soit précisé que seraient seuls visés les locaux „autres que d'habitation“. L'accès aux locaux réservés à l'habitation ne devrait s'opérer que dans le respect des règles de droit commun (c.-à-d. flagrant délit ou mandat du juge d'instruction).

Le paragraphe 7 comporte manifestement un allègement de la condition de l'intérêt à agir, le tout en exécution de l'article 28, paragraphe 3, alinéa 1, 3e tiret de la directive.

Dans le cadre de l'application du paragraphe 8, la Commission nationale prendra soin de limiter la coopération avec les autorités de contrôle des autres Etats membres de l'Union européenne à l'échange des seules informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions en rapport avec l'exécution de la directive. Il faudra veiller à ce que cette collaboration s'opère dans les strictes limites du nécessaire et ne soit pas détournée de sa finalité primaire qui consiste à protéger les personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Aux termes du paragraphe 9, „la Commission représente le Luxembourg au „groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel“ institué par l'article 29 de la Directive 95/46/CE, de même qu'à toute autorité de contrôle commune instituée par des instruments juridiques internationaux“.

De par son énoncé général, le paragraphe 9 substituant la Commission nationale à tout organe ou institution représentant le Grand-Duché de Luxembourg dans une autorité de contrôle commune fonctionnant dans le cadre des conventions ou accords internationaux liant notre pays est inacceptable. Quels sont en effet ces instruments juridiques visés?

Rappelons dans ce contexte que conformément à l'article 2 de la loi du 3 juillet 1992 portant approbation de l'Accord de Schengen¹, „le Procureur Général d'Etat est désigné comme autorité compétente conformément à l'article 57, paragraphe 3 de la Convention d'application“.²

1 Loi du 3 juillet 1992 portant approbation – de l'Accord entre les Gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen, le 14 juin 1985 – de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen, le 19 juin 1990 – des Protocoles d'adhésion de la République italienne, du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à l'Accord du 14 juin 1985 – des Accords d'adhésion de la République italienne, du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à la Convention du 19 juin 1990

2 Article 57:

1. Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction par une Partie Contractante et que les autorités compétentes de cette Partie Contractante ont des raisons de croire que l'accusation concerne les mêmes faits que ceux pour lesquels elle a déjà été définitivement jugée par une autre Partie Contractante, ces autorités demanderont, si elles l'estiment nécessaire, les renseignements pertinents aux autorités compétentes de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle une décision a déjà été rendue.

2. Les informations demandées seront données aussitôt que possible et seront prises en considération pour la suite à réserver à la procédure en cours.

3. Chaque Partie Contractante désignera, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention, les autorités qui seront habilitées à demander et à recevoir les informations prévues au présent article.

Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à l'application de dispositions nationales plus larges concernant l'effet „non bis in idem“ attaché aux décisions judiciaires prises à l'étranger.

En vertu de l'article 2 de la loi du 29 mai 1998 portant approbation de la Convention Europol¹, „le service commun de la gendarmerie et de la police chargé de l'échange d'informations sur le plan international est désigné comme unité nationale chargée de l'exécution des fonctions énumérées à l'article 4 de la Convention“². L'article 3 de la même loi du 29 mai 1998 pose que „l'autorité de contrôle prévue au paragraphe (4) de l'article 12-1 de la loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques est désignée comme l'autorité de contrôle nationale prévue à l'article 23 de la Convention³ avec mission de contrôler le respect des dispositions en matière de protection des données à caractère personnel dans le cadre de l'exploitation du système d'information Europol“.

Il convient donc non seulement de préciser les instruments juridiques visés, mais il s'impose en outre d'opérer la substitution envisagée dans les formes et selon les modalités prévues par les différents actes de droit international en cause afin qu'elle soit opposable aux autres Parties contractantes – à supposer

1 Loi du 29 mai 1998 portant approbation de la Convention sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol), signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995.

2 Article 4:

1. Chaque Etat membre crée ou désigne une unité nationale chargée d'exécuter les fonctions énumérées au présent article.

2. L'unité nationale est le seul organe de liaison entre Europol et les services nationaux compétents. Les relations entre l'unité nationale et les services compétents sont régies par le droit national, notamment par ses règles constitutionnelles.

3. Les Etats membres prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des fonctions de l'unité nationale et, notamment, l'accès de cette unité aux données nationales appropriées.

4. Les unités nationales ont pour mission:

- 1) de fournir à Europol, de leur propre initiative, les informations et les renseignements qui sont nécessaires pour l'accomplissement de ses fonctions;
- 2) de répondre aux demandes d'informations, de renseignements et de conseils formulées par Europol;
- 3) de tenir à jour les informations et les renseignements;
- 4) d'exploiter et de diffuser dans le respect du droit national les informations et les renseignements au profit des services compétents;
- 5) d'adresser à Europol des demandes de conseils, d'informations, de renseignements et d'analyse;
- 6) de transmettre à Europol des informations à stocker dans les recueils informatisés;
- 7) de veiller au respect du droit lors de chaque échange d'informations entre Europol et elles.

5. Sans préjudice de l'exercice des responsabilités des Etats membres, telles qu'énoncées dans l'article K.2 paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne, une unité nationale n'est pas tenue, dans un cas concret, de transmettre les informations et renseignements visés au paragraphe 4 points 1, 2 et 6, ainsi qu'aux articles 8 et 10, si la transmission:

- 1) porte atteinte à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité,
- 2) compromet le succès d'enquêtes en cours ou la sécurité d'une personne ou
- 3) concerne des informations relevant de services ou d'activités spécifiques de renseignements en matière de sûreté de l'Etat.

6. Les frais exposés par les unités nationales pour la communication avec Europol sont à la charge des Etats membres et, à l'exception des frais de connexion, ne sont pas imputés à Europol.

Les Chefs d'unités nationales se réunissent en tant que de besoin pour assister Europol de leurs conseils.

3 Article 23:

1. Chaque Etat membre désigne une autorité de contrôle nationale chargée de contrôler en toute indépendance et dans le respect du droit national que l'introduction, la consultation ainsi que la transmission, sous quelque forme que ce soit, à Europol, de données à caractère personnel par cet Etat membre sont licites et de s'assurer que les droits des personnes n'en sont pas lésés. A cette fin, l'autorité de contrôle a accès, auprès des unités nationales ou des officiers de liaison, aux données introduites par l'Etat membre contenues dans le système d'informations et dans le système d'index selon les procédures nationales applicables.

Pour exercer leur contrôle, les autorités de contrôle nationales ont accès aux bureaux et aux dossiers des officiers de liaison respectifs au sein d'Europol.

En outre, conformément aux procédures nationales applicables, les autorités de contrôle nationales contrôlent les activités que mènent les unités nationales conformément à l'article 4 paragraphe 4 et celles des officiers de liaison conformément à l'article 5 paragraphe 3 points 1, 2 et 3 et paragraphes 4 et 5, dans la mesure où ces activités concernent la protection des données personnelles.

2. Toute personne a le droit de demander à l'autorité de contrôle nationale de s'assurer que l'introduction et la transmission à Europol, sous quelque forme que ce soit, des données qui la concernent ainsi que la consultation des données par l'Etat membre concerné sont licites.

Ce droit est régi par le droit national de l'Etat membre auquel appartient l'autorité de contrôle sollicitée.

qu'on soit vraiment attaché à cette solution. Il n'est cependant pas sûr que la Commission nationale soit dans tous les cas la mieux outillée ou la plus compétente pour remplir cette mission.

A moins que toutes les appréhensions ci-avant exprimées puissent être rencontrées de façon convaincante par une reformulation du paragraphe 9, le Conseil d'Etat propose de radier la proposition comparative introduite par la locution conjonctive „de même qu'à“.

Au regard du paragraphe 10, le Conseil d'Etat se demande si l'ampleur des peines pénales prévues n'est pas quelque peu disproportionnée par rapport à la gravité des comportements à sanctionner.¹

Article 35

Le paragraphe 1er prévoit qu'„une amende d'ordre qui ne peut dépasser 10.000.000 francs lorsqu'il s'agit d'une personne morale et (...) 500.000 francs lorsqu'il s'agit d'une personne physique“ est susceptible de sanctionner l'une des infractions commises à la présente loi ou à ses règlements d'exécution ainsi qu'aux instructions de la Commission. En cas de récidive, le montant de l'amende d'ordre sera doublé.

De l'avis du Conseil d'Etat, ces amendes sont largement disproportionnées par rapport aux peines pénales par ailleurs inscrites au projet de loi. Elles risquent en outre de heurter le principe fondamental du „non bis in idem“ en ce que et par leur envergure et par leur rapprochement de langage² ces amendes sont affectées d'un caractère quasi pénal.

Autres aspects critiquables:

Comment justifier que les mêmes faits soient sanctionnés différemment selon que l'auteur en est une personne morale ou physique?³

Pourquoi insister sur le doublement de l'amende d'ordre en cas de récidive, d'ailleurs non autrement spécifiée? A noter que la loi du 3 octobre 1991 concernant l'établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par route⁴ ne prévoit ni amende d'ordre ni forcément récidive.

En conclusion des développements ci-dessus, le Conseil d'Etat propose de supprimer le paragraphe 1er de l'article 35.

Au paragraphe 2, il y a lieu de supprimer en conséquence les mots „soit en sus de l'amende d'ordre“ et de reformuler comme suit la disposition en cause:

„La Commission nationale peut prendre les sanctions disciplinaires suivantes:

- (a) avertir ou admonester le responsable du traitement ayant violé les obligations lui imposées par les articles 21 à 24;*
- (b) verrouiller, effacer ou détruire des données faisant l'objet d'un traitement contraire aux dispositions de la présente loi ou de ses règlements d'exécution;*
- (c) interdire temporairement ou définitivement un traitement contraire aux dispositions de la présente loi ou à ses règlements d'exécution;*
- (d) ordonner l'insertion intégrale ou par extraits de la décision d'interdiction dans un ou plusieurs journaux quotidiens aux frais de la personne sanctionnée.“*

Le Conseil d'Etat propose en outre d'instituer par un paragraphe nouveau un recours de pleine juridiction. Cette disposition pourrait prendre la teneur suivante:

„() Les décisions ci-dessus sont susceptibles d'un recours en réformation suivant l'article 3 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.“

L'instauration d'un recours en réformation serait d'autant plus justifiée si, contrairement à l'avis du Conseil d'Etat, les amendes d'ordre prévues au paragraphe 1er étaient maintenues.

En ordre subsidiaire, – pour le cas où le paragraphe 1er dont question ci-avant serait maintenu – il faudrait clarifier les intentions des auteurs du projet de loi en la matière. Les sanctions disciplinaires

1 Abstraction faite de la nécessité de procéder à l'adaptation en euros de l'amende

2 Le texte parle d'„infraction“ et de „récidive“

3 Deux poids et deux mesures pour les mêmes infractions?

4 Ci-avant évoquée sous l'article 33

prévues au paragraphe 2 doivent-elles s'ajouter systématiquement aux amendes d'ordre prononcées? Ou au contraire peuvent-elles le cas échéant accompagner ces sanctions pécuniaires?

La locution adverbiale „en outre“ plaiderait plutôt en faveur de la première thèse, n'y eût-il pas l'ajout de l'élément confondant „soit en sus de l'amende d'ordre“ dans la même phrase introductive.

Le paragraphe 3 est à éliminer alors que la procédure administrative non contentieuse de droit commun s'applique d'office et garantit déjà „le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense“.

Si toutefois le paragraphe 3 visait la procédure contentieuse, ce serait au législateur et non pas au pouvoir réglementaire qu'incomberait la mission d'en déterminer les „modalités“ de procédure.

Article 36

Même en l'absence d'une législation de base sur les établissements publics, il est généralement admis que l'établissement public:

- est créé par les pouvoirs publics, Etat ou communes, par la loi ou en vertu d'une loi, selon le principe que seul le législateur est compétent pour créer une personne publique;
- a une personnalité juridique distincte de l'Etat ou de la commune et jouit de l'autonomie administrative et financière;
- est créé en vue de la réalisation d'une mission spécifique déterminée par la loi;
- est placé sous la tutelle de l'Etat ou des communes.¹

D'après l'article 36 sous examen, la Commission nationale pour la protection des données à créer prendra la forme d'un établissement public. La disposition en cause est censée mettre en œuvre l'article 28 de la directive qui prescrit en son paragraphe 1er que „chaque Etat membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les Etats membres en application de la (...) directive“, avant d'ajouter que „ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies“.

Au paragraphe 1er de l'article 36 sous revue, il est dit que „la Commission est une autorité indépendante qui prend la forme d'un établissement public doté de la personnalité juridique, d'une autonomie administrative et financière. Son siège est établi à Luxembourg-Ville.“

Selon les principes ci-avant rappelés, tout établissement public est soumis à la tutelle. En effet l'Etat, en consentant comme en l'espèce à la création d'un tel établissement, doit toujours pouvoir s'assurer que la personne juridique de droit public ainsi créée ne dépasse pas le cadre légal lui imparti et respecte la spécificité des missions lui attribuées. La Commission ne saurait donc se voir reconnaître le caractère d'une „autorité indépendante“ au sens propre, tout en devant pouvoir, pour rester conforme avec la directive, „exercer en toute indépendance“ les missions dont elle se trouve investie.

Dans cette optique, le Conseil d'Etat propose de libeller comme suit le paragraphe 1er de l'article 36 du projet de loi sous examen:

„(1) La Commission nationale est une autorité publique qui prend la forme d'un établissement public dont le siège est fixé à Luxembourg.“

Elle dispose de la personnalité juridique et jouit de l'autonomie financière et administrative, sous la tutelle du ministre ayant la protection des données dans ses attributions.

Elle exerce² en toute indépendance les missions dont elle est investie en vertu de la présente loi.“

Sans dénaturer l'approche des auteurs du projet, le Conseil d'Etat propose de reformuler comme suit les paragraphe 2 et 3 de l'article 36:

„(2) La Commission nationale est composée de trois membres effectifs et de trois membres suppléants nommés et révoqués par le Grand-Duc sur proposition du Conseil de Gouvernement.“

¹ Voir avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi portant création d'un fonds national de la recherche dans le secteur public (Doc. parl. No 4438¹, sess. ord. 1998-1999)

² Cf. dans le même sens article 37, paragraphe 8 du projet.

Le président et le vice-président sont désignés par le Grand-Duc.

Les membres sont nommés pour un terme de six ans, renouvelable une fois.

(3) Le Conseil de Gouvernement propose au Grand-Duc comme membres effectif et suppléant chaque fois au moins un juriste et un informaticien justifiant d'une formation universitaire accomplie.

Au paragraphe 2, le Conseil d'Etat a jugé utile d'insérer une disposition concernant la possibilité de révocation d'un membre de la Commission nationale.

Au paragraphe 3, il a estimé qu'il serait logique de prévoir que l'exigence de qualification dans le chef des membres effectifs doit se refléter au niveau des membres suppléants, permettant de remplacer ainsi en l'occurrence le membre par le suppléant justifiant de la même formation.

Le Conseil d'Etat a en outre jugé pouvoir se passer de l'alinéa 2 du paragraphe 3 tel que proposé par les auteurs du projet sous examen et disposant que:

„Les membres de la Commission sont proposés pour leur compétence professionnelle reconnue dans leur(s) matière(s) respective(s).“

Ne faut-il pas en effet admettre que cela va de soi?

Le paragraphe 6 définit le serment que les membres de la Commission nationale doivent prêter entre les mains de leur président. Le serment des agents de la Commission nationale est visé au paragraphe 3 de l'article 38.

Le Conseil d'Etat estime qu'en accord avec l'article 110 de la Constitution, le projet de loi sous revue est à compléter à l'effet d'imposer également au président la prestation d'un serment, d'en déterminer la formule et l'autorité appelée à le recevoir.

Article 37

Le paragraphe 1er précise que la Commission nationale est un organe collégial chargé d'établir son propre règlement intérieur appelé à en régir le fonctionnement. Ce règlement doit être publié au Mémorial.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat propose de ne pas mentionner le Mémorial „B“, mais d'évoquer tout court le „Mémorial“. Le paragraphe en cause est à adapter en conséquence.

Sous le paragraphe 2, la matière visée sous la lettre c) est à supprimer pour être en contradiction avec l'article 36 prévoyant que le président et le vice-président sont désignés par le Grand-Duc qui ne saurait être lié dans ce contexte par des modalités de désignation inscrites dans le règlement intérieur de la Commission nationale.

La Commission nationale est un organe collégial. Le paragraphe 1er prend soin de le souligner. Par ailleurs il faut se rappeler qu'elle est réduite à trois membres effectifs et trois membres suppléants, conformément à l'article 36, paragraphe 2. Le Conseil d'Etat en dégage un certain nombre de conclusions.

Il estime d'abord que ladite commission doit toujours siéger à trois, qu'elle doit systématiquement comprendre au moins un juriste et un informaticien et que les abstentions ne sont pas recevables. Il préconise en outre une solution alternative en matière de conflit d'intérêts dans le chef d'un membre. Le Conseil d'Etat compte de la sorte renforcer la cohérence et la collégialité de l'organe en cause, responsabiliser davantage les différents membres et tirer un maximum de profit de leurs compétences professionnelles respectives.

A cet effet, les paragraphe 3 à 6 se liront comme suit:

„(3) Les membres effectifs de la Commission nationale sont convoqués par le président. La convocation est de droit à la demande de deux membres effectifs. Elle précise l'ordre du jour.

Les membres effectifs empêchés d'assister à une réunion sont tenus d'en avertir leur suppléant et de lui continuer la convocation.

(4) La Commission nationale ne peut valablement siéger ni délibérer qu'à condition de réunir trois membres.

(5) *Les membres de la Commission nationale ne peuvent siéger, délibérer ou décider dans aucune affaire dans laquelle ils ont un intérêt direct ou indirect.*

(6) *Les délibérations sont prises à la majorité des voix. Les abstentions ne sont pas recevables.*

Au paragraphe 7, compte tenu de la proposition de texte ci-dessus, le bout de phrase „pris à la majorité des membres présents“ peut être supprimé.

Au paragraphe 8 se trouve confirmée et renforcée la disposition proposée par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'article 36, paragraphe 1er, alinéa final.

Article 38

Cet article a pour principal objet de régir le statut des membres et agents de la Commission nationale.

Le paragraphe 2 prévoit d'abord que les membres et agents sont des employés privés assimilés aux employés de l'Etat. Ils sont donc soumis à la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime de ces employés. Le même paragraphe 2 continue ensuite à préciser que cette assimilation s'effectue „sans préjudice des dispositions de la présente loi et de celles d'un règlement grand-ducal à prendre en matière de cadre, de rémunération et de promotion des *agents* de la Commission“. Les membres de la Commission ne semblent donc pas être visés par cette réserve. Le commentaire de l'article est muet et quant à cette particularité et quant à la portée même de cette réserve.

Le paragraphe 3 règle le serment des agents, l'article 36, paragraphe 6 celui des membres de la commission nationale. Le Conseil d'Etat rappelle que le projet de loi sous revue ne comporte aucune prescription similaire pour le président de la Commission nationale et renvoie à ce propos à ses observations sous l'article 36, paragraphe 6 ci-avant.

Au paragraphe 6, il est prévu que „la Commission peut également faire appel à des experts externes qui sont *engagés* sur base d'un contrat de droit privé“. Lue dans le contexte bien circonscrit de l'article 38, la disposition précitée prête à confusion alors que l'on pourrait en conclure que des experts externes pourraient en permanence être au service de la commission. Cette interprétation paraît encore être confortée par l'emploi du terme „engagés“ qui laisse en effet entendre que ces experts s'ajoutent au personnel visé aux paragraphes 2 et 5.

Or le commentaire de l'article traduit une toute autre idée en expliquant que „la Commission doit avoir une certaine flexibilité et doit recourir *dans certains cas* (ex. traitement de données relevant du domaine scientifique tel que le génie génétique etc.) à des experts externes“. Dans cette optique, le Conseil d'Etat propose de libeller en ces termes le paragraphe 6 de l'article 38:

„(6) La Commission nationale peut, dans des cas déterminés, faire appel à des experts externes dont les prestations sont définies et rémunérées sur la base d'un contrat de droit privé.“

Article 39

Au paragraphe 1er, il y a lieu de remplacer les termes impropres de „à faire part“ par ceux de „à charge“ du budget de l'Etat.

Il convient en outre d'écrire „L'Etat met à sa disposition les biens mobiliers et immobiliers nécessaires au bon fonctionnement et à l'exercice de ses missions“ au lieu de „ainsi que d'un apport de biens ...“.

Au paragraphe 3, il est proposé d'écrire dans les deux phrases que la Commission nationale „*arrête*“ plutôt qu'„approuve“ son bilan, son rapport de gestion et son budget. Le Conseil d'Etat se demande en outre s'il n'est pas préférable de parler dans ce contexte d'un compte d'exploitation au lieu du „bilan“ de l'exercice précédent qui serait à arrêter par l'organe en cause.

Au paragraphe 4, le Conseil d'Etat suggère de substituer aux mots „à faire part du“ les termes „à inscrire au“ budget de l'Etat.

Article 40

Conformément à l'article 12, paragraphe 2 du projet de loi sous examen, le responsable du traitement est exempté de l'obligation de notifier à la Commission nationale la mise en œuvre d'un traitement lorsqu'il a désigné „un chargé de la protection des données tenu notamment d'assurer, de manière indépendante, l'application des dispositions légales en la matière et d'établir un registre des traitements effectués par le responsable du traitement“.

L'article 40 concerne plus particulièrement ce chargé de la protection des données.

Le paragraphe 2 détermine ses missions qui consistent à:

- „a) assurer l'application des dispositions de la présente loi et de ses règlements d'exécution aux traitements qu'il est appelé à surveiller;
- b) tenir un registre des traitements effectués par le responsable du traitement identique à celui tenu par la Commission quant à son contenu et son fonctionnement afin de garantir que ces traitements ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées.“

De l'avis du Conseil d'Etat, il y a lieu de maintenir un certain parallélisme entre les deux dispositions susévoquées.¹ Aussi propose-t-il d'opérer par simple renvoi en complétant comme suit le paragraphe 1er de l'article 40:

„(1) Tout responsable de traitement peut, dans le cadre de l'article 12, paragraphe (2) (a) *et aux fins y visées*, désigner un chargé de la protection des données, dont il communique l'identité à la Commission nationale.“

La cohérence de la démarche s'en trouve ainsi garantie et le paragraphe 2 de l'article 40 peut être abandonné comme étant devenu superflu.

Dans le cadre du paragraphe 4, il est proposé de remplacer les termes „et/ou“ par „ou“.

Au regard du paragraphe 6, un léger doute peut surgir au sujet de la définition des personnes pouvant „de plein droit“ exercer l'activité de chargé de la protection. Le paragraphe 8 énumère les avocats, réviseurs d'entreprises, experts-comptables et médecins comme „professions réglementées“ admises à exercer „immédiatement“ l'activité susmentionnée. Dans les deux textes précités, ce sont probablement les mêmes qui sont visés. Dans le but d'éliminer toute équivoque en la matière, le Conseil d'Etat propose de remplacer au paragraphe 6 les termes „ou celles pouvant exercer cette activité de plein droit“ par ceux de „ou celles exerçant une des professions réglementées visées au paragraphe (8)“.

Le paragraphe 7 circonscrit le cercle des formations pouvant justifier l'agrément de personnes non admises de plein droit à l'exercice de l'activité en cause. Est visée, entre autre, la formation universitaire accomplie en „sciences de la nature“ dont les contours sont quelque peu flous² et mériteraient d'être précisés. Pour pouvoir être agréés, les candidats doivent, en sus de la qualification requise, justifier d'„assises financières“ d'une valeur de quinze millions de francs au moins, ce qui n'est pas négligeable. Contrairement à ce que laisse entendre le commentaire, une telle garantie de solvabilité ou de crédit n'est pas exigée par la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés à laquelle il est fait référence.

Elle paraît en outre disproportionnée par rapport aux obligations qu'elle est censée couvrir. Aussi convient-il de la réduire en conséquence, sinon même de l'abandonner carrément.

Selon le paragraphe 9, „la Commission vérifie les qualités de tout chargé de la protection des données qu'il soit agréé ou membre d'une des professions réglementées visées au paragraphe qui précède ...“. Le Conseil d'Etat met en question la nécessité d'examiner dans le chef d'une personne active dans le cadre d'une des professions réglementées énumérées au paragraphe 8 „son activité professionnelle antérieure à la désignation“ et de la soumettre à un contrôle³ de ses connaissances.⁴ N'est-il pas suffisant de

1 Articles 12, paragraphe 2 et 40, paragraphe 2

2 L'astrologie, l'astronomie ... sont-elles des sciences de la nature au sens du projet?

3 Même continu

4 A noter que la Commission nationale ne se voit pas attribuer positivement la compétence de vérifier la garantie financière prescrite?!

lui appliquer les sujétions découlant des pouvoirs d'opposition de la Commission nationale en vertu de l'alinéa 2 du paragraphe 9 de l'article 40 sous revue? En cas de réponse affirmative à cette interrogation, il faudrait adapter l'alinéa 1 en conséquence.

A l'alinéa 1 du paragraphe 9, il convient de substituer le terme „ou“ aux signes „et/ou“.

Article 41

Cet article institue un accès spécifique aux données concernant les abonnés aux services de télécommunications. Elle assimile dans ce contexte „toute personne agissant dans le cadre de la sauvegarde de la vie humaine“ aux autorités compétentes visées aux articles 88-1 à 88-4 du code d'instruction criminelle et au procureur d'Etat agissant dans le contexte d'un flagrant délit. Cet accès a lieu de plein droit, mais sur requête et par l'intermédiaire de l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR).

Dans sa teneur actuelle, l'article 41 du projet de loi est inacceptable.

En mettant sur un pied d'égalité les différents acteurs susmentionnés, obéissant chacun à des contraintes et intérêts spécifiques, le texte en question rend fastidieuse la recherche d'une solution à tous égards satisfaisante pour l'ensemble des situations visées. En outre, son articulation harmonieuse avec les dispositions de la directive 95/46/CE à transposer, mais aussi avec celles de la directive 97/66/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1987 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications¹, est loin d'être établie, encore qu'il faille reconnaître que cette tâche n'est pas aisée. A première vue, les champs d'application respectifs des deux directives sont distincts, la directive 95/46 s'appliquant aux services de télécommunications qui ne sont pas accessibles au public à l'opposé de la directive 97/66 visant les services de télécommunications précisément accessibles au public. A y regarder de plus près, les choses se compliquent cependant considérablement.

Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux considérants de la directive 97/66/CE et de relire l'article 14 du même instrument communautaire prévoyant expressément „l'extension du champ d'application de certaines dispositions de la directive 95/46/CE“.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat recommande de procéder avec circonspection. Aussi est-il favorable à une approche par étapes.

Il propose ainsi de limiter dans une première phase la portée de l'article 41 aux demandes d'accès provenant des autorités compétentes visées aux articles 88-1 à 88-4 du code d'instruction criminelle et, en cas de flagrant délit, au procureur d'Etat.

L'extension ultérieure de cette mesure à „toute personne agissant dans le cadre de la sauvegarde de la vie humaine“ mérite réflexion, afin d'éviter des demandes abusives et l'institution d'une procédure onéreuse et disproportionnée par rapport aux intérêts réels en jeu. Pour l'instant, il ne semble pas y avoir péril en la demeure, les services de secours ne paraissant pas en l'état actuel de la situation de fait et de droit être outre mesure entravés dans les actions qu'ils mènent dans l'intérêt de la sauvegarde de la vie humaine.

Par déduction des développements qui précèdent, il y a donc lieu de remanier en conséquence l'article 41 du projet de loi sous examen qui s'énoncera comme suit:

„Art. 41. – Dispositions spécifiques

(1) Les autorités compétentes visées aux articles 88-1 à 88-4 du code d'instruction criminelle et le procureur d'Etat agissant en matière de flagrant crime accèdent de plein droit, sur requête et par l'intermédiaire de l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) aux données concernant les abonnés des opérateurs de télécommunications, des services postaux et des fournisseurs de ces services. A ces fins, les opérateurs et les fournisseurs mettent d'office et gratuitement à la disposition de l'ILR les données relatives aux abonnés et leurs services. Les données doivent être mises à jour au moins une fois par jour. L'accès doit être garanti vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept. [Un règlement grand-ducal détermine les services de télécommunications et services postaux pour lesquels les opérateurs et fournisseurs de services doivent mettre à disposition les données ainsi que la nature, le format et les modalités de mises à disposition des données.]

¹ Publiée au J.O.C.E. No L24 du 30.1.1998

(2) *L'accès de plein droit se limite aux mesures spéciales de surveillance telles que prévues aux articles 88-1 à 88-4 du code d'instruction criminelle ainsi que celles prises en matière de flagrant crime.*

(3) *L'ILR peut entièrement automatiser cette procédure suite à l'autorisation de la Commission nationale. La Commission nationale vérifiera en particulier la sécurisation du système informatique utilisé.*

Les modifications autres que celles dictées par les considérations qui précèdent sont motivées comme suit:

- Aux deux premiers paragraphes, la notion de „flagrant délit“, tirée du langage courant, a été remplacée par celle de „flagrant crime“ à connotation juridique bien plus précise.
- Les deux premières phrases du paragraphe 1er font l'objet de quelques amendements rédactionnels n'altérant en rien la portée du projet.
- Quant à la phrase finale du même paragraphe, il y a lieu de s'interroger sur la nécessité de prévoir un règlement grand-ducal afin de déterminer les services, opérateurs et fournisseurs pressentis pour collaborer avec l'ILR. Tous les acteurs de l'espèce actifs sur le territoire national ne sont-ils pas d'office censés devoir agir de la sorte? En ordre subsidiaire, il est superfluetatoire de préciser que l'obligation pour ces acteurs d'ouvrir à l'ILR l'accès aux données concernant leurs abonnés se situe „dans le cadre de l'article 41 paragraphe (1)“.
- L'utilité du maintien, dans le nouveau contexte, du paragraphe 3 n'est plus donnée. L'on doit en effet raisonnablement pouvoir admettre que l'ILR s'exécute immédiatement lorsqu'elle est sollicitée par les autorités visées au paragraphe 1er ou encore en matière de flagrant crime. Aussi la disposition du paragraphe 3 a-t-elle été omise dans la version proposée par le Conseil d'Etat.
- Le paragraphe 4 (3 selon le Conseil d'Etat) prévoyant que l'ILR peut automatiser la procédure applicable précise de façon superflue que „cette automatisation permettra l'accès par voie électronique et sans qu'une intervention manuelle soit requise“. N'est-ce pas en effet l'essence même d'une automatisation?
- Dans la nouvelle constellation, le dernier paragraphe a dû être abandonné, car les informations recueillies à des fins de poursuite pénale doivent par définition pouvoir faire l'objet d'un traitement ultérieur.

Article 42

Le Conseil d'Etat propose de compléter cet article par un paragraphe (4) nouveau libellé comme suit:

„(4) Les articles 12-1 et 28-1 de la loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques continueront à servir de fondement juridique aux règlements d'application afférents.“

Cet ajout a pour objet de garantir la validité des règlements grand-ducaux concernant les banques de données pénales et médicales. Sont plus précisément visés:

- le règlement grand-ducal du 2 octobre 1992 relatif à la création et à l'exploitation d'une banque de données nominatives de police générale, pris sur la base de l'article 12-1 de la loi précitée de 1979;
- le règlement grand-ducal du 2 octobre 1992 réglementant l'utilisation des données nominatives médicales dans les traitements informatiques;
- le règlement grand-ducal du 9 août 1993 autorisant la création et l'exploitation d'une banque de données nominatives constituant la partie nationale du système d'information Schengen (N.SIS).¹

Article 43

Sans observation.

¹ dont la base légale est d'ailleurs constituée – en dehors de la loi du 31 mars 1979 – par la loi du 3 juillet 1992 (Accord de Schengen)

Article 44

Cette disposition finale¹ doit prendre, compte tenu de la proposition de texte du Conseil d'Etat au regard de l'article 42 ci-dessus, la teneur suivante:

„Art. 44.– La loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques est abrogée, sous réserve de la mesure transitoire inscrite au paragraphe (4) de l'article 42.“

Il ne se recommande pas de mentionner dans ce contexte les différentes lois modificatives de l'instrument de base.

Quant aux règlements grand-ducaux, il faut d'abord rappeler qu'ils ne sauraient être ni maintenus ni abrogés par la loi, et ce par application des principes tirés de la hiérarchie des normes et du parallélisme des formes. Abstraction faite de cette observation formelle, le Conseil d'Etat se demande toutefois s'il ne s'impose pas de précisément maintenir en vigueur un certain nombre de règlements grand-ducaux édictés sur la base de la loi du 31 mars 1979.

A cet effet, le Conseil d'Etat a prévu sous l'article 42, paragraphe 4, le maintien provisoire des articles 12-1 et 28-1 de la loi de 1979.

Le pouvoir réglementaire doit, quant à lui, veiller à abroger les règlements grand-ducaux n'ayant plus leur place dans le nouveau cadre légal que tend à instituer le projet de loi sous avis.

Article 45

Le Conseil d'Etat se demande s'il est raisonnable de prévoir l'entrée en vigueur du texte sous revue pour le premier jour du mois qui suit la publication au Mémorial. Ne serait-il pas plus réaliste, compte tenu des implications incisives de la loi à intervenir, de ménager la transition et de prévoir un délai de quelques mois entre sa publication et sa date d'effet?

Ainsi délibéré en séance plénière, le 29 janvier 2002.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

¹ Il ne convient pas, dans ce contexte, de parler de dispositions finales