

N° 7168²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI

relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale et portant modification

- 1) de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;
- 2) de la loi modifiée 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 ;
- 3) de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police ;
- 4) de la loi du 20 décembre 2002 portant approbation – de la Convention établie sur base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signé à Bruxelles, le 26 juillet 1995 ;
– de l'Accord relatif à l'application provisoire entre certains Etats membres de l'Union européenne de la Convention établie sur base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signé à Bruxelles, le 26 juillet 1995 ;
- 5) de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité ;
- 6) de la loi modifiée du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle ;
- 7) de la loi du 24 juin 2008 ayant pour objet le contrôle des voyageurs dans les établissements d'hébergement ;
- 8) de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire ;
- 9) de la loi modifiée du 19 décembre 2014 facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière ;
- 10) de la loi du 25 juillet 2015 portant création du système de contrôle et de sanction automatisés ;
- 11) de la loi du 5 juillet 2016 portant réorganisation du Service de renseignement de l'Etat, et
- 12) de la loi du 23 juillet 2016 portant mise en place d'un statut spécifique pour certaines données à caractère personnel traitées par le Service de renseignement de l'Etat

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour Supérieure de Justice (20.11.2017).....	2
2) Avis des Parquets de Luxembourg et de Diekirch (27.11.2017).....	6
3) Avis du Tribunal d'Arrondissement (10.2017).....	8
4) Avis de la Justice de paix d'Esch-sur-Alzette (25.10.2017)....	13
5) Avis de la Justice de paix de Diekirch (10.10.2017)	15
6) Avis du Parquet général (1.12.2017)	16

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(20.11.2017)

En date du 28 juin 2017, Monsieur le Ministre de la Justice a sollicité de la Cour Supérieure de Justice (la Cour) un avis sur le projet de loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale, précité.

Parallèlement, un avis sur le projet de loi portant création de la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) et du régime général sur la protection des données a été sollicité par Monsieur le Ministre des Communications et des Médias et un avis sur le projet de loi relative au traitement des données des dossiers passagers dans le cadre de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave constituant la transposition de la directive relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité a été sollicité par Monsieur le Ministre de la Justice pour Monsieur le Ministre de la Sécurité Intérieure.

Les projets de loi sous avis constituent la mise en oeuvre et la transposition en droit national du règlement UE 2016/679, précité et de deux directives européennes (UE 2016/680 et UE 2016/681) visant à l'harmonisation des dispositions nationales des Etats membres en matière de protection des données et ils forment un paquet de dispositions sur cette protection de données qui devront de ce fait être considérées ensemble.

Ils instaurent une réforme du cadre existant, visant à renforcer la protection des données à caractère personnel et à adapter les règles aux nouveaux défis réglementaires, dans un souci de pérennité et de neutralité technologique, en tenant compte de l'évolution technologique et sociétale des deux dernières décennies.

Le projet de loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale sous avis constitue la transposition en droit national de la directive européenne du 27 avril 2016 (UE 2016/680) relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

Les chapitres I et II du projet de loi traitent de l'objet et du champ d'application de la loi et déterminent ceux-ci surtout dans un sens de délimitation de son objet par rapport à celui du règlement (UE) n° 2016/679, ce qui est une question très importante alors qu'il s'agit de savoir d'après quelles règles un traitement de données à caractère personnel doit être effectué dorénavant.

Le rapport entre le règlement (UE) n° 2016/679 et la directive (UE) 2016/680 est celui d'une „*lex generalis*“ par rapport à une „*lex specialis*“ en ce sens que tous les traitements de données à caractère personnel relèvent du règlement (UE) 2016/679, sauf si deux conditions sont remplies cumulativement: 1) il faut que les données soient traitées par une autorité compétente au sens de la directive (UE) n° 2016/680 telle que définie à l'article 3, point 7), du projet de loi et 2) il faut que les données soient traitées pour une des finalités visées à l'article 1er du projet de loi. Ce n'est que dans ce cas que la loi sous avis s'applique au traitement des données concernées.

Ainsi, le règlement UE 2016/679 avec le projet loi portant création de la CNPD, précité, constituent la règle générale et les compétences de la nouvelle CNPD sont élargies par rapport à celles de l'ancienne CNPD dans la mesure où elle obtient une compétence générale en matière de protection des données pour veiller au respect des principes de protection des données y compris les traitements des données à caractère personnel tombant dans le champ d'application du présent projet de loi en tant que garante pour une application correcte des textes de lois européens et nationaux relatives à la protection afin d'assurer une mise en oeuvre et une interprétation cohérente des règles en matière de protection des données (article 40 du projet de loi).

Si l'on peut comprendre que le règlement UE 2016/679 établit les règles générales sur la protection des données à caractère personnel et qu'il appartient à la CNPD d'établir les principes en matière de protection de données et de veiller à leur bonne application par les administrations et si l'on peut admettre que des données personnelles d'ordre administratifs telles des données relatives à la gestion du personnel ou à la formation p.ex. soient soumises aux règles générales en matière de protection des données et de la compétence de la CNPD, toujours est-il qu'un conflit d'application entre la loi portant création de la CNPD et la présente loi sous avis, de même qu'un conflit de compétences des autorités de contrôle ne sauraient être complètement exclus.

L'énoncé exhaustif des principes relatifs au traitement des données à caractère personnel dans le projet de loi, tels le principe de l'accord de la personne concernée au traitement de ses données, la licéité du traitement des données personnelles quant à leur finalité, la nécessité et la proportionnalité relatives au traitement, les délais de conservation des données, les catégories de données personnelles ou la défense de profilage constitue la transposition textuelle de la directive et constitue une application des principes dégagés au cours des dernières années pour faire face aux développements technologiques (Chapitre II du projet de loi).

Concernant le chapitre III du projet de loi, relatif aux droits de la personne concernée, il convient d'attirer l'attention sur l'article 15 qui limite les droits d'information et droits d'accès de la personne concernée. Il peut en effet paraître inadéquat qu'en matière pénale il existe une obligation d'informer une personne concernée faisant l'objet de recherche, de poursuites ou de préventions de tout traitement de données personnelles la concernant.

Le souci légitime, sur lequel ont insisté les représentants du Parquet général, des parquets et des juridictions, est en effet d'éviter que les dispositions relatives aux droits de la personne concernée quant à son information, son accès à ses données personnelles ou quant à la rectification de ses données personnelles puissent être utilisées abusivement pour contourner les règles traitant du même sujet qui sont prévues en matière de procédure pénale ou par des dispositions d'entraide judiciaire internationale.

L'article 15 du projet de loi détermine les limites des droits d'information et d'accès aux fins de préserver l'efficacité du travail en matière pénale et la sécurité publique, ainsi que la sécurité d'autrui. Un recours contre le refus est possible devant l'autorité de contrôle visée au chapitre VI du projet sous avis qui peut cependant se limiter à informer la personne concernée que toutes les vérifications ont été faites aux fins de ne pas dévoiler des informations susceptibles de gêner des enquêtes, des recherches ou des procédures officielles ou judiciaires ou de constituer un danger pour la sécurité publique, la sécurité nationale ou les droits et libertés d'autrui. Cette approche est notamment celle mise en place par les organismes internationaux compétents en matière pénale tels Eurojust ou Europol. Un recours contre la décision de l'autorité de contrôle est prévu devant la Chambre du Conseil de la Cour d'appel.

A relever encore – et cela va dans le sens voulu par les autorités judiciaires – que l'article 18 du chapitre III réserve l'appréciation des droits d'information, d'accès et de rectification pour les données à caractère personnel qui sont relatives à des faits qui font l'objet d'une enquête préliminaire, d'une instruction préparatoire ou qui ont été renvoyés devant une juridiction de jugement, aux juridictions d'instruction ou de jugement conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ou à d'autres dispositions légales applicables. Dans ce contexte il faut observer que l'article en question confère aux dispositions du Code de procédure pénale et à toute autre disposition légale nationale ou internationale en matière de procédure pénale une primauté par rapport aux dispositions de protection des données.

Le chapitre IV décrit les fonctions de responsable du traitement et de sous-traitant, ainsi que celle de délégué à la protection des données.

Par responsable du traitement de données à caractère personnel il faut entendre la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine les finalités et les moyens du traitement. Lorsque les

finalités et les moyens du traitement sont déterminés par ou en vertu des dispositions légales, le responsable du traitement est déterminé par ou en vertu des critères spécifiques conformément aux dispositions légales. Il s'agit en l'occurrence du chef de l'administration ou de l'institution concernées par le traitement.

Le responsable du traitement est tenu de mettre en oeuvre des mesures techniques et organisationnelles permettant de garantir la sécurité du traitement. Lorsque plusieurs autorités déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement (p.ex. le Procureur d'Etat pour les décisions concernant la poursuite, ensuite le Président du tribunal ou les présidents des chambres concernées pour le jugement et ensuite le Procureur général pour l'exécution des peines), elles sont les responsables conjoints du traitement et le sous-traitant est celui qui traite les données pour le compte du responsable du traitement.

Quant au délégué à la protection des données, désigné par le responsable du traitement, il sera le correspondant direct des différents services et il contribuera à la mise en oeuvre des dispositions légales et à la sensibilisation des acteurs sur le terrain.

La Cour constate, au vu des missions imposées, que la nouvelle loi comportera un certain nombre d'obligations nouvelles pour les parquets et juridictions, tant pour les responsables du traitement que pour les délégués à la protection des données, ainsi que pour les personnes qui traitent directement les données personnelles dans le cadre de leur travail et de la gestion des banques de données. Il faudra notamment tenir un registre et recenser les différents traitements de données personnelles, identifier les personnes visées, les catégories de données personnelles traitées, les objectifs poursuivis (finalités) par les opérations de traitements de données, les acteurs (internes ou externes) qui traitent ces données. Il faudra en outre clairement identifier les prestataires sous-traitants et actualiser les clauses de confidentialité. Il faudra encore tenir une documentation interne (journalisation) complète sur les traitements de données personnelles et s'assurer que ces traitements respectent bien les nouvelles obligations légales. Il faudra veiller à la sécurité des données traitées et enfin et notamment en matière de coopération judiciaire, les flux des données personnelles doivent être identifiés par l'indication de l'origine et la destination des données.

Ces missions impliqueront des formations des personnes qui travaillent sur le terrain et l'expérience permettra d'évaluer les nécessités en ressources humaines pour accomplir les missions précitées.

Le chapitre V, concernant les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales, constitue la transposition textuelle de la directive en droit national. Il est à relever que, d'après l'exposé des motifs relatif au projet de loi, les dispositions du chapitre V ne constituent pas une base légale juridique internationale pour les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers, mais cette base légale doit toujours être d'abord recherchée dans les dispositions légales existantes, prévues par des traités, conventions ou autres accords en vigueur entre le Luxembourg et un pays tiers déterminé en matière de coopération pénale judiciaire ou policière. Ce n'est que dans une 2^{ème} étape que les règles de protection des données à caractère personnel du chapitre V se greffent alors sur les règles de coopération pénale prévues par les traités, conventions ou accords en question.

Le chapitre VI concerne l'autorité de contrôle judiciaire et constitue un des plus grands changements par rapport à la situation actuelle au Luxembourg.

Sous le régime de la loi modifiée du 2 août 2002, l'article 17 de la loi avait instauré, par son paragraphe 2, une autorité de contrôle spécifique pour les matières du domaine pénal, la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique, communément appelée „Autorité article 17“. Pour le surplus, les données dites „judiciaires“ étaient traitées dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle, du Code de procédure civile, de la loi portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ou d'autres lois, mais sans qu'il y ait une autorité de contrôle spécifique pour veiller à une application correcte de ces dispositions légales en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel.

Le projet de loi sous avis instaure une autorité de contrôle judiciaire, créée par l'article 41 de la loi en projet, qui est compétente pour veiller aux traitements des données visées par les articles 1 et 2, mais également sur le traitement des données à caractère personnel effectué par toutes les juridictions au sens large, y compris le ministère public et l'ordre administratif, mais uniquement lorsque ces juridictions traitent des données à caractère personnel dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Cette autorité de contrôle judiciaire est également compétente pour les traitements de données à caractè-

rière personnel effectués par les juridictions „non-pénales“ de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif opérées « *dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* », c'est-à-dire les juridictions qui jugent les affaires civiles, commerciales, du droit du travail, de la sécurité sociale, etc. ceci afin de voir respecter les principes d'indépendance de la justice et de la séparation des pouvoirs.

La formulation « ... *dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* ... » vise les traitements de données à caractère personnel opérés dans le cadre de la prise d'une décision juridictionnelle prévue par la loi, et non pas des décisions à caractère purement administratif, – tels les traitements de données à caractère personnel effectué pour gérer, par exemple, les candidatures lors d'un recrutement, ou les archives de la juridiction ou encore les badges d'accès au bâtiment et au parking – et cela tant pour les juridictions de l'ordre judiciaire que pour celles de l'ordre administratif.

A noter cependant que si l'autorité de contrôle judiciaire est toujours compétente pour les traitements de données à caractère personnel effectués par le ministère public, ce dernier doit appliquer les dispositions du règlement (UE) n° 2016/679 lorsqu'il effectue un traitement dans le cadre d'une mission à caractère non pénal, comme par exemple en matière d'adoptions. L'autorité de contrôle judiciaire sera donc appelée, comme la Commission nationale pour la protection des données d'ailleurs, à appliquer le règlement (UE) n° 2016/679 ou la future loi transposant la directive (UE) n° 2016/680, en fonction de l'autorité compétente concernée en matière de prévention et de détection des infractions pénales et en fonction des finalités visées à l'article 1er de la loi en projet pour laquelle cette autorité compétente traite des données à caractère personnel.

La dualité d'application des textes de loi et dans la mesure où la nouvelle CNPD, telle qu'elle est prévue par la future loi portant création de la CNPD, reste, en vertu de l'article 40 du présent projet de loi, compétente pour veiller à tous les traitements de données à caractère personnel tombant dans le champ d'application de la future loi transposant la directive (UE) n° 2016/680, de même que pour les traitements de données à caractère personnel relevant du champ d'application du règlement (UE) n° 2016/679, comporte un risque de conflits des dispositions applicables et de compétence auquel il faudra rester attentif.

Quant à la composition de l'autorité de contrôle judiciaire, la Cour propose de remplacer sous 1), 3), 4) et 6), en l'occurrence les « représentants », respectivement par le Président de la Cour Supérieure de Justice ou son délégué, le Président de la Cour administrative ou son délégué et le Procureur Général d'Etat ou son délégué. Les modifications en question devront être reprises à l'article 42, (1) du projet de loi. S'agissant de la composition des membres de l'autorité judiciaire et de leur nomination, on peut encore soulever la question de savoir quel pourrait être, le cas échéant, le rôle d'un futur Conseil National de la Justice dans cette nomination.

Le fonctionnement et les missions de l'autorité de contrôle judiciaire n'appellent pas d'observation particulière de la part de la Cour, sauf que les missions impliqueront des charges importantes aux personnes concernées qui s'ajouteront à celles déjà exercées.

Quant aux pouvoirs de l'autorité de contrôle judiciaire (article 44 paragraphe (1) du projet), la Cour observe que, lorsque le traitement de données à caractère personnel relève du champ d'application du présent projet de loi sous avis, ces pouvoirs ne sont pas les mêmes que ceux, plus nombreux, de l'article 58 du règlement (UE) n°2016/679 qui sont conférés à l'autorité de contrôle judiciaire dans le cadre du champ d'application du règlement (UE) 2016/679 (article 44 (2) du projet). Il s'agit notamment du pouvoir « *d'imposer une amende administrative en application de l'article 83 du règlement UE 2016/679, en complément ou à la place des mesures visées au présent paragraphe, en fonction des caractéristiques propres à chaque cas* » ou celui « *d'ordonner la suspension des flux de données adressés à un destinataire situé dans un pays tiers ou à une organisation internationale* ».

Le chapitre VII traite des voies de recours, de la responsabilité et des sanctions.

La Cour approuve d'abord la dérogation découlant de l'alinéa 2 du paragraphe (1) de l'article 45 consistant à traiter comme incidents de procédure les réclamations contre des opérations de traitement de données personnelles dans le cadre des procédures juridictionnelles « *Par dérogation au paragraphe 1er, les réclamations contre des opérations de traitement de données à caractère personnel effectuées par les juridictions de l'ordre judiciaire, y compris le ministère public, et de l'ordre administratif dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles sont traitées comme incident de procédure devant la juridiction qui est compétente pour statuer sur le litige auquel la personne concernée est partie, conformément aux dispositions du Code de procédure pénale, du Nouveau Code de procédure civile ou du Code de la sécurité sociale lorsqu'il s'agit d'une juridiction de l'ordre judiciaire, respec-*

tivement de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives lorsqu'il s'agit d'une juridiction de l'ordre administratif. » Cette solution s'inscrit en effet dans le souci du respect de l'indépendance de la justice et de la séparation des pouvoirs.

Quant au droit à un recours juridictionnel effectif contre les décisions des autorités de contrôle, la Cour propose d'abord une modification d'ordre rédactionnel du titre de l'article 46 et propose au lieu de « droit à un recours juridictionnel effectif contre une autorité de contrôle » « droit à un recours juridictionnel effectif contre **une décision** d'une autorité de contrôle ». Le recours auprès de la chambre du Conseil de la Cour d'appel et la procédure prévus constituent une solution adéquate dès lors qu'il s'agit de matières du domaine pénal.

Quant au paragraphe (2) de l'article 46, la Cour préférerait voir maintenir la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire au lieu du tribunal administratif (soit la Chambre du Conseil, soit une chambre civile siégeant comme en matière de référé p.ex.) pour juger les recours dirigés contre les décisions de l'autorité de contrôle judiciaire prises sur base de l'article 45, paragraphe (3), même lorsque le traitement de données à caractère personnel visé par la réclamation relève du champ d'application du règlement (UE) n° 2016/679 lorsqu'il s'agit de traitements de données effectué par une juridiction de l'ordre judiciaire ou le ministère public (voir l'exemple précité concernant le traitement par le ministère public de données en matière d'adoptions).

Quant aux sanctions prévues au projet de loi sous avis, il s'agit de l'application de l'article 83 du règlement UE2016/679, mais il convient de relever que seule la CNPD peut prononcer des amendes et astreintes et non l'autorité de contrôle judiciaire (voir observations concernant l'article 44, paragraphe (1) du projet), les autorités de poursuite judiciaire restant compétentes pour les violations en matière de protection des données érigées en infractions pénales.

Le chapitre VIII concernant les dispositions finales, dont les dispositions modificatives, dispositions transitoires et les dispositions de mise en vigueur, mise en conformité et intitulé de citation, constituent les adaptations législatives nationales qui sont nécessaires à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et n'appellent pas de commentaire de la part de la Cour.

Luxembourg le 20 novembre 2017

*

AVIS DES PARQUETS DE LUXEMBOURG ET DE DIEKIRCH

(27.11.2017)

Le projet de loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale a pour objet de transposer en droit national la Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

Comme les Etats membres sont tenus, conformément à l'article 63, d'adopter les dispositions législatives nécessaires pour se conformer à la Directive au plus tard le 6 mai 2018, les Parquets de Luxembourg et de Diekirch ont participé aux discussions d'un groupe de travail interministériel créé en vue de recueillir les vues de différents acteurs directement visés par le projet de loi. C'est ainsi que différentes considérations des Parquets ont d'ores et déjà pu être intégrées dans le projet de loi, de sorte qu'il n'y a pas de critique fondamentale qui devrait encore être soulevée à ce stade.

Il n'en reste pas moins qu'il convient de pointer une grande difficulté qui résulte de l'objet proprement dit du projet de loi et de son champ d'application tels que définis aux articles 1 et 2, puisqu'il reste peu aisé, à défaut de plus de précisions dans la loi, de déterminer et circonscrire avec précision les traitements de données à caractère personnel soumis aux conditions énoncées par le présent projet de loi et les traitements de données tombant sous l'application du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

En effet, tout organe comptant parmi ses effectifs des agents habilités à agir comme officiers de police judiciaire pour constater des infractions, en dresser procès-verbal aux fins de le transmettre aux

procureurs d'État exerce ainsi des prérogatives administratives et judiciaires au même titre que la Police Grand-ducale, sans tout de même être référencé, ni au niveau de l'article 2 « champ d'application » du projet de loi, ni au niveau du commentaire des articles.

Bien que la définition d'« autorité compétente » reprise de la Directive et énoncée à l'article 3 soit très large, des difficultés d'interprétation ne manqueront pas surgir à défaut de plus de précisions soit dans la loi, soit du moins dans le commentaire des articles.

Il est par ailleurs proposé, en vue d'une meilleure lisibilité de la loi, de répertorier les définitions sous l'article 3 « définitions » par ordre alphabétique alors même qu'elles ne le sont pas sous la Directive.

L'article 5 qui a trait aux « délais de conservation et d'examen », prévoit à la fin que « *les règles procédurales* [établies en interne par le responsable du traitement] *sont mises à disposition de la personne concernée* ».

Or, il semble être sans intérêt de mettre à disposition d'autrui les *règles procédurales* mises en place par le responsable du traitement étant donné qu'elles peuvent être plus ou moins complexes selon les organisations internes. Cette communication supplémentaire, non prévue par la Directive alors que les différents éléments susceptibles de communication le sont sous le chapitre III « droits de la personne concernée », n'apporte aucune plus-value au niveau de la clarté de l'information communiquée. De plus, l'article 12 « communication et modalités de l'exercice des droits de la personne concernée » retient justement que toute communication à la personne concernée doit être faite de manière « *compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples* ».

Conformément aux dispositions énoncées aux articles 40 et suivants du projet de loi, le Luxembourg se dotera de deux autorités de contrôle en vue de respecter les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la justice, y compris celle du ministère public, en découlant. La décision de créer une autorité de contrôle administrative et une autorité de contrôle judiciaire est dès lors expressément approuvée.

Il serait toutefois indiqué d'une part, de clarifier laquelle des deux autorités représentera le Luxembourg au Comité européen de la protection des données instauré par l'article 68 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 qui énonce à son alinéa 3. que « le comité se compose du chef d'une autorité de contrôle de chaque État membre et du Contrôleur européen de la protection des données, ou de leurs représentants respectifs » en application du point 4 de l'article 41 de la Directive « lorsqu'un État membre institue plusieurs autorités de contrôle, il désigne celle qui représente ces autorités au comité visé à l'article 51 ».

D'autre part, on devra se poser la question si l'indépendance de l'autorité de contrôle judiciaire, telle que prévue à l'article 42 de la Directive qui dispose que chaque autorité de contrôle agit en toute indépendance et que les membres des autorités de contrôle demeurent libres de toute influence extérieure, qu'elle soit directe ou indirecte, est garantie si un représentant de la Commission Nationale pour la Protection des Données (CNPD) siège comme membre effectif au sein de l'autorité de contrôle judiciaire. La CNPD agirait ainsi dans les deux autorités de contrôle, malgré une volonté manifeste d'indépendance au sein de chaque autorité.

Comme une coopération avec d'autres autorités de contrôle, et de ce fait avec la CNPD, est expressément prévue à l'article 43 « Missions de l'autorité de contrôle judiciaire » du projet de loi, il semble inadéquat de faire siéger de surcroît un membre de la CNPD comme membre effectif l'autorité de contrôle judiciaire.

Quant à l'article 49 « Sanctions » du projet de loi, il y a lieu de rappeler que tout accès/maintien illégal à/dans une base de données est déjà sanctionné par les articles 509-1 à 7 du Code pénal.

Il convient aussi de rappeler que l'exercice par le ministère public de l'action publique signifie la mise en route d'une procédure judiciaire par la saisine d'un juge d'instruction ou la saisine du tribunal correctionnel par voie de citation directe à l'audience. Dans ce contexte se pose la question si les informations fournies sont suffisamment étoffées pour permettre une décision sur l'exercice de l'action publique dans le délai indiqué.

Si le ministère public se résout systématiquement à ouvrir une procédure d'information judiciaire avec saisine d'un juge d'instruction (=exercice de l'action publique) en vue d'élucider les faits, cela posera des problèmes en termes de délais d'enquête de police judiciaire qui risquent de devenir excessifs, avant qu'une décision sur l'exercice effectif de poursuites devant le tribunal n'intervienne.

De toute façon, le défaut de réponse dans le délai imparti ne saurait empêcher le ministère public de procéder ultérieurement.

Jean-Paul FRISING
Procureur d'Etat à Luxembourg

Aloyse WEIRICH
Procureur d'Etat à Diekirch

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT

(10.2017)

En mains le projet de loi relative à la protection des données en matière pénale que vous avez transmis au Tribunal d'Arrondissement pour avis.

*

A. IMPACT PREVISIBLE

La matière est d'une complexité certaine et la nouvelle loi aura probablement un impact substantiel sur les procédés de travail au sein du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg. Il ne peut être exclu que certaines pratiques et procédés internes devront être remis en cause. La responsabilité, administrative, civile et pénale, concernant la mise en oeuvre de cette nouvelle réglementation concernera le « responsable du traitement », soit le chef de l'autorité, soit en l'occurrence le/la Président(e) du Tribunal d'Arrondissement, resp. son/sa délégué(e). Il lui incombera notamment de fixer notamment des règles de durée de conservation, de veiller au logging des données, de définir les finalités des traitements, etc. Une démarche concertée avec les autres autorités judiciaires sera évidemment souhaitable.

Plus que pour les juges pénaux du fond, la nouvelle législation risquera d'impacter le fonctionnement **cabinet d'instruction**. Les juges d'instruction sont en effet appelés à transmettre des données dans des pays tiers, à faire valoir les exceptions au droit d'accès aux données. Ils accèdent également à un plus grand nombre de bases de données que les juridictions du fond. Il faut s'interroger en particulier quant à la portée de la nouvelle « obligation de notification d'une violation de données à caractère personnel ». On peut par exemple se poser la question si, la prochaine fois ou une information ou un document d'un dossier d'instruction se retrouve dans la presse, le juge d'instruction devra informer l'autorité de contrôle et même la personne concernée, de cette fuite et enquêteur ensuite sur l'origine de cette fuite.

Les services du greffe sont tout autant concernés, puisque ce sont les greffiers qui, au quotidien, gèrent les bases de données.

Le projet de loi comporte aussi de nombreux aspects techniques (sécurisation des données, installations informatiques). Toutefois, dans la mesure où ces aspects sont pris en charge au niveau du Parquet Général et du C.T.I.E., le Tribunal d'Arrondissement la mise en conformité devra se faire à ces niveaux.

*

B. REMISE EN CAUSE DE CERTAINS PROCEDES INTERNES

Un problème paraissant sérieux, qui semble violer déjà à l'heure actuelle les règles de protection des données, réside dans le système **REGAIN**. Les jugements pénaux y sont librement accessibles dans une version non anonymisée. Tout le monde y a accès. Il n'y a aucune règle concernant la durée de conservation. La finalité de REGAIN n'est pas clairement documentée par écrit. Il n'y a, semble-t-il (vu qu'il s'agit d'une interface web sans login) pas de *logging* des personnes qui y accèdent et des recherches qu'elles effectuent. Il est même possible de télécharger l'ensemble de ces données d'un trait. Ce système sera difficile à maintenir.

Il faudra aussi s'intéresser à la pratique des **plumitifs d'audience** (étant entendu qu'il y a traitement de données, peu importe si c'est informatique ou sur papier). La tenue d'un document écrit, greffier par greffier, est-il encore de mise ? Comment sont assurées les durées de conservation de ces données ?

Comment est garantie la sécurité d'accès et le contrôle de ceux qui accèdent à ces données ? Comment retrouver les données d'une certaine personne qui voudrait y accéder ?

Une informatisation devrait être envisagée. Il s'agit peut-être aussi d'une occasion pour repenser et d'uniformiser le droit d'accès au plumentif (droit d'accès aux données); fréquemment, les avocats demandent des extraits, mais du moins certaines chambres correctionnelles refusent cette communication.

Certains autres données sont gérées de manière plutôt 'archaïque', par exemple la gestion des données des personnes en **internement psychiatrique**. Il faut constater que chaque juge semble avoir sa propre méthode (fichier Excel, cahier, classeur), dont aucune ne me semble conforme à la législation actuelle et future en matière de protection des données, ce d'autant plus qu'il s'agit de données particulièrement sensibles. On ne saurait argumenter qu'il s'agit de notes personnelles, précisément parce qu'ils servent à communiquer les données avec le greffe et durant les vacances judiciaires notamment.

La pratique consistant à fournir par voie de **téléphone** (donc sans vérification d'identité possible, sans traçabilité de ce transfert de données) devra faire l'objet d'une nouvelle réflexion.

La pratique consistant à transmettre les noms des prévenus et les infractions aux organes de presse, qui a déjà fait l'objet d'un recours devant la Cour administrative, devrait le cas échéant être revue au regard de ce projet de loi, mais cet aspect n'intéresse qu'indirectement le Tribunal d'Arrondissement.

*

C. LES MOYENS NECESSAIRES POUR LA MISE EN OEUVRE DE LA NOUVELLE LEGISLATION

Le projet de loi implique ainsi de nombreuses adaptations internes. Il faudra prévoir les moyens informatiques et humains suffisants pour sa mise en place. Il y aura en particulier lieu de revaloriser la position du délégué à la protection des données.

Le délégué à la protection des données

Concernant le délégué à la protection des données, la Directive (Art. 32) précise qu'il est facultatif pour les autorités judiciaires. Le projet de loi fait le choix d'obliger les autorités judiciaires à disposer d'un tel délégué. Si ce choix est fait, il faudra aussi donner à ce délégué les moyens appropriés, sinon il se résumera à une simple formalité sans effet concret. Surtout dans la phase de mise en place, mais aussi tout au long du fonctionnement de l'institution judiciaire, un travail considérable sera à réaliser.

En outre, cette personne devra subir une formation adéquate (juridique, informatique, etc.). La Directive envisage bien un poste « à temps plein ou à temps partiel » (Considérant n° 63), mais en tout cas, une partie de son temps de travail devrait être affecté à cette mission. Les auteurs du projet de loi souhaitent également que ce délégué soit « beaucoup plus actif » à l'avenir (Commentaire des articles, page 60), pour devenir un véritable « *compliance officer* » (ibidem, p. 62).

Les solutions envisageables sont dès lors les suivantes :

- Un poste à pourvoir au niveau du Parquet Général ; la Directive et le projet de loi permettant en effet à plusieurs autorités judiciaires de désigner un même responsable de la protection des données.
- *ou bien* : Un poste à temps partiel, c'est-à-dire une décharge afférente, en fonction de la taille de l'autorité judiciaire, p.ex.
 - o 50 % pour les autorités avec un effectif supérieur à 150 personnes
 - o 25 % pour les autorités avec un effet entre 50 et 150 personnes
 - o 10 % pour les autorités avec un effectif inférieur à 50 personnes,
- *ou bien* : Une prime de rémunération pour la personne déléguée, qui pourrait s'inspirer des 50 et 30 points prévus pour les membres de la nouvelle autorité de contrôle judiciaire. Les responsabilités et missions ne sont en effet pas moindres. Ainsi, cette prime est tout aussi justifiée au regard de la

« responsabilité » et des « connaissances spéciales » dont doit disposer le délégué (Commentaire des articles, p. 73).

On pourrait tout particulièrement s'inspirer de la législation sur le « travailleur désigné » en matière de sécurité et de santé au travail, qui est aussi un délégué obligatoire devant assister le responsable principal dans la mise en oeuvre d'une certaine législation. Cette législation prévoit aussi que la personne déléguée doit disposer de la formation, des pouvoirs et du temps nécessaire pour sa mission.

A défaut, il semble préférable de dispenser, conformément à la Directive, les autorités judiciaires de disposer d'un délégué à la protection des données, puisque sinon il tout cela se résumera à un exercice de style.

*

D. LES MESURES A METTRE EN OEUVRE

La loi instaure un grand nombre d'obligations. A ce jour, le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré le 15 janvier 2004 un certain nombre de traitements et que depuis, plus rien n'ait été déclaré (voir sur <https://cnpd.public.lu/fr/registre/application/index.html>). Il s'agissait avant tout de données administratives (liste des experts, liste de préséance, liste des magistrats, fichier des congés).

Désormais, le respect de la législation devra faire l'objet d'un suivi régulier, ce qui relèvera précisément de la mission du délégué à la protection des données, sous le contrôle et la responsabilité du/ de la Président(e) du Tribunal d'Arrondissement.

Sous le nouveau régime, il n'y aura plus de déclarations à faire, mais les responsables des autorités judiciaires seront responsabilisés. Outre le traitement lié à la gestion administratif et à la gestion du personnel, qui était déjà soumis à la législation générale, il faudra désormais respecter aussi pour les données pénales à proprement parler un certain nombre d'obligations.

Le projet de loi ne fait en général que reprendre les formulations très vagues et générales de la Directive. Il laisse ainsi une large marge d'appréciation aux différentes autorités pour apprécier la nécessité, l'utilité des traitements, les exceptions, etc. Il faut s'interroger cependant si la loi luxembourgeoise ne mériterait pas d'être plus précise sur certains points. « Transposer » ne signifie pas « copier » une directive.

En tout état de cause en vue d'assurer une homogénéité des règles fixées, une concertation s'imposera entre toutes les autorités judiciaires, en particulier entre les deux Tribunaux d'Arrondissement, ainsi qu'entre les Tribunaux et leurs Parquets respectifs.

Quel qu'il en soit, la nouvelle législation obligera le Tribunal d'Arrondissement à refaire le point sur l'ensemble des données traitées et des procédures. Il y aura par exemple lieu d'adapter, de concert avec le Parquet, le contenu des citations. Il faudra vérifier si le Président devrait donner à l'audience une information en matière de protection des données ou si une information générale, par exemple sur le site Internet ou par affichage, sera suffisante.

Il faudra aussi s'intéresser aux transferts de données entre les autorités judiciaires, notamment entre le Parquet et le Tribunal (transmission des dossiers, etc.), ainsi que dans le cadre de l'exercice des voies de recours (Tribunal de Police > Tribunal d'Arrondissement > Cour d'Appel). Il sera aussi complexe d'identifier la qualité de « sous-traitant », au vu des nombreuses obligations qui vont de pair. Peut-on considérer que le Parquet général est le sous-traitant du Tribunal pour l'exécution des décisions pénales ? Un sous-traitant pour la gestion du parc informatique ? Si le service du greffe est à considérer comme service séparé, s'agit-il d'un sous-traitant du juge ?

Il faudra établir des règles sur la durée de conservation des données et des procédures pour assurer le respect de ces règles.

La loi oblige aussi à tenir un registre des activités de traitement des données. Il faut donc que les données traitées soient identifiées et décrites. La loi exige de même une journalisation, de sorte que les changements et consultations de données doivent pouvoir être retracés et être attribués à un fonctionnaire. Si pour nos logiciels développés par le Service informatique de la Justice, il faut partir du principe que ces fonctionnalités existent, il faudra cependant mettre un terme définitif aux fichiers Word ou tableaux Excel partagés sur des serveurs, et qui ne permettent pas une telle traçabilité.

*

E. QUANT AU FOND

Quant au fond, le projet de loi paraît être de manière générale une transposition conforme, parfois très textuelle de la Directive. Quelques observations s'imposent néanmoins.

1. Le champ d'application

1.1. Définition du champ d'application

Il faut s'interroger si la formulation de l'article 1^{er} est adéquate. Cet article fixe la finalité de la loi. Il n'est pas d'usage au Luxembourg (même si les cas commencent à se multiplier) d'insérer des articles premiers qui définissent la finalité de la loi. Les travaux parlementaires le relèvent, mais estiment que cet article pouvait avoir un effet juridique puisqu'il servirait à interpréter le champ d'application de la loi (Commentaire des articles, p. 44). Or, la distinction entre « Objet » (Art. 1^{er}) et « Champ d'application (Art. 2) paraît délicate. Il y aurait lieu dans ce cas de reformuler l'article 1^{er} et de lui conférer une nature clairement normative, par exemple en précisant : « La présente loi s'applique aux personnes physiques dont les données à caractère personnel sont traitées par les autorités judiciaires ... ».

Il ne faut pas non plus perdre de vue l'existence de juridictions militaires, qui ont aussi une fonction pénale. Elles ne sont pas représentées dans la future autorité de contrôle judiciaire et semblent de manière générale ne pas avoir été considérées par les auteurs du projet de loi, qui visent certes « l'armée », mais pas la juridiction militaire.

1.2. Notion de « pénal »

La loi s'appliquera en matière d' « infractions pénales » et de « sanctions pénales ». Comme le rappelle toutefois la Directive, « la notion d'infraction pénale ... devrait être une notion autonome du droit de l'Union... » (Considérant n° 13).

Comme nous le savons, la notion de « pénal » au niveau du droit européen et international est indépendante de la qualification nationale, et généralement plus large. Il faudra donc réfléchir s'il faut y inclure notamment :

- le juge de la jeunesse, qui prend des mesures éducatives, parfois même de privation de liberté,
- les autorités disciplinaires, p.ex. de la fonction publique, le Collège médical, le collège vétérinaire, dont les sanctions sont aussi « para-pénales »
- les autorités administratives chargées désormais de nouvelles « contraventions administratives » qui seront introduites ou encore celles gérant le permis à points.
- La nouvelle autorité de contrôle judiciaire créée par la loi elle-même, puisqu'elle prononcera des amendes et injonctions.
- Etc.

La loi mériterait à être plus précise à cet égard et éviter de se référer à la simple notion nationale du « pénal ».

2. Le droit d'information, d'accès et de rectification

Les articles 13, 14 et 16 définissent, par inspiration de la législation existante en matière de protection des données, des droits de la personne concernée, à savoir un droit d'information, un droit d'accès et un droit de rectification.

L'article 18 du projet de loi précise toutefois :

« Lorsque les données à caractère personnel sont relatives à des faits qui font l'objet d'une enquête préliminaire, d'une instruction préparatoire ou qui ont été renvoyés devant une juridiction de jugement, les droits visés aux articles 13, 14 et 16 sont exercés conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ou à d'autres dispositions légales applicables ».

Il s'agit d'une transposition de l'article 18 de la Directive, qui se lit comme suit :

« Les Etats membres peuvent prévoir que les droits visés aux articles 13, 14 et 16 sont exercés conformément au droit d'un Etat membre lorsque les données à caractère personnel figurent dans

une décision judiciaire ou un casier ou dossier judiciaire faisant l'objet d'un traitement lors d'une enquête judiciaire et d'une procédure pénale ».

Il faut donc constater dans un premier temps que la transposition de cette exception est facultative. Est-il utile de la transposer ? En tout cas, la formulation est tellement large que quasiment toutes les activités du Tribunal d'Arrondissement sont couvertes. Ni le juge d'instruction, ni le juge du fond n'ayant de pouvoir d'auto-saisine, il n'existe que peu d'hypothèses dans lesquelles des données pénales seraient traitées sans enquête, instruction ou renvoi. Il faudrait donc conclure que les nouvelles règles sont *de facto* inapplicables pour le Tribunal d'Arrondissement.

Si le législateur se décide de maintenir l'exception, plusieurs problèmes méritent néanmoins d'être soulevés :

- a) L'énumération des cas paraît incomplète. Par exemple en cas de citation par le parquet sans enquête préliminaire (rare, mais possible) ou de citation directe par le justiciable, un juge pénal sera saisi au fond sans enquête ni renvoi. L'article 18 ne s'appliquerait donc pas dans ce cas, sans que cette différenciation ne soit justifiée. Il y a lieu de préférer une formulation plus générale, en s'inspirant par exemple du texte de la directive.
- b) Il n'est pas clair en outre si les « autres disposition applicables » incluent le régime général de la protection des données. Cela risquerait de faire peu de sens que précisément, dans le noyau même des activités pénales, on exclue le régime de protection des données spécialement conçu pour le domaine pénal, pour s'en remettre au régime plus large de la protection des données.
- c) Si les « autres disposition applicables » n'incluent pas ce régime général et renvoient au seul Code de procédure pénal et autres lois annexe en matière de procédure pénale, il faut se poser la question de savoir si l'article 18 précité de la Directive est à interpréter comme une carte blanche laissée aux Etats membres pour régler la matière. Si les auteurs du projet de loi semblent vouloir déduire des Considérants de la Directive un principe de « primauté des règles de la procédure pénale » (Commentaire des articles, page 56), je ne partage cependant pas cette analyse.

Si le droit d'information, d'accès et de rectification sont « exercés conformément » à la législation nationale, cela veut dire à mon sens que le Luxembourg peut moduler et préciser ces droits dans sa procédure pénale, mais pas les exclure totalement. Il faut que ces droits essentiels soient néanmoins garantis au justiciable. Or, notre procédure pénale ne prévoit ces droits tout au plus en filigrane (dans des domaines limités, p.ex. pour le casier judiciaire), et probablement pas de manière suffisamment précise pour être conforme aux principes régissant la protection des données. Il faudrait donc le cas échéant adapter et compléter les dispositions du Code de procédure pénale.

Il faudrait donc réfléchir s'il n'est pas préférable d'abandonner ou de limiter cette exception ou du moins de prévoir dans la nouvelle loi une manière spécifique dont les droits d'information, d'accès et de rectification s'exercent dans le cadre d'une procédure pénale en cours.

3. Les sanctions

Comme toute Directive européenne, la Directive 2016/680 exige des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » (Art. 57).

Par ailleurs « toute personne physique ou morale, qu'elle soit soumise au droit privé ou au droit public, qui enfreint la présente directive devrait faire l'objet de sanctions » (Considérant n° 89).

Pourtant, il est envisagé dans le projet de loi que « *Les amendes administratives et astreintes prononcées sont à charge de l'Etat, sauf lorsqu'il résulte de la décision y afférente (...) que le fait justifiant la sanction ou l'astreinte a été commis intentionnellement* » (Art. 49 (1)).

Abstraction faite de l'utilité d'une amende que l'Etat se paye à lui-même, cette disposition pourrait être problématique à deux égards :

- En premier lieu, cette limitation aux infractions intentionnelles est-elle conforme aux exigences de la Directive qui vise « toute personne physique » et toute infraction aux règles sur la protection des données, sans distinguer entre infractions intentionnelles ou non.
- En second lieu, est-ce qu'une telle différenciation avec les salariés du secteur privé est objectivement justifiée, donc conforme au principe constitutionnel d'égalité de la loi ? Pourquoi le salarié d'une entreprise privée devrait encourir une responsabilité personnelle, tandis que le fonctionnaire est protégé s'il commet une faute par négligence ou ignorance de la loi ? Selon le commentaire des

articles (p. 77), il serait « excessif » de mettre ces amendes à charge du patrimoine personnel du fonctionnaire qui travaille dans l'exercice de ses missions, mais n'est-ce pas tout aussi valable pour un salarié privé ?

Pour le surplus, dès que le projet de loi sur le nouveau régime général de la protection des données sera accessible, il faudra vérifier la cohérence avec les différentes sanctions pénales qui y sont prévues.

4. Autres aspects

Il faut s'interroger encore si l'article 45 (2) du projet de loi peut être maintenu dans cette forme. Il vise le cas d'un recours du justiciable contre un traitement de ses données personnelles effectuées. Ces incidents sont censés être traités comme « incident de procédure devant la juridiction qui est compétente ». La solution ne pose pas de problème s'il s'agit d'un traitement fait par le Ministère Public ou le Juge d'Instruction ; régulièrement en effet, les juges du fond se penchent sur le respect par ces entités de la procédure pénale. Mais il pourrait aussi s'agir d'un traitement de données fait par le Tribunal au fond lui-même ; dans ce cas, le Tribunal deviendrait juge et auteur et devrait contrôler ses propres actes, ce qui paraît délicat.

Octobre 2017

Jean-Luc PUTZ

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-SUR-ALZETTE

(25.10.2017)

Par sa missive du 16 août 2017 Madame le Procureur Général d'Etat a sollicité l'avis du tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette sur le projet de loi mentionnée sous rubrique et qui vise essentiellement la transposition de la directive (UE) no 2016/680 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales.

Comme le relèvent à juste titre les auteurs du projet de loi, il faut bien délimiter les activités de traitement de données à caractère personnel qui relèvent du règlement général no 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données de celles relevant de la directive spéciale no 2016/680, par référence à ses finalités.

Ainsi, au sens strict le tribunal de police qui fonctionne au sein de la justice de paix en tant que juridiction de jugement pénale, n'intervient pas dans le cadre de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites et dans le cadre de l'exécution des peines ; par contre c'est l'article 10 du règlement 2016/679 qui régit le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions.

Dans son article 3, le projet de loi reprend les diverses définitions données par la directive et sous le point 15) désigne la « Commission Nationale pour la Protection des Données » comme autorité de contrôle et désigne en outre une autorité de contrôle judiciaire (voir art. 41). Cet article ne donne pas lieu à des observations particulières.

Dans le chapitre II, les auteurs du projet de loi énoncent les principes protecteurs des droits des personnes relatifs au traitement des données tels qu'ils figurent dans la directive. Ce chapitre ne suscite pas de commentaire.

Le chapitre III vise encore les droits de la personne concernée en ce qui concerne son information par le responsable du traitement, le droit d'accès aux données et les limitations spécifiques du droit d'accès, le droit d'effacement ou de rectification, la vérification par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle. Ces articles sous avis sont conformes aux articles afférents de la directive. Le projet de loi prend soin d'indiquer dans son article 18, tel que le permet l'article 18 de la directive, que les droits

prévus aux articles 13, 14 et 16 (information de la personne et accès aux données) se font conformément aux dispositions du code de procédure pénale et à d'autres dispositions légales. Il paraît évident que dans les enquêtes et procédures pénales ce sont les règles de procédure pénale qui doivent primer en ce qui concerne entre autres le droit d'accès de la personne concernée à l'information.

Le chapitre IV traite du responsable du traitement et du sous-traitant, de ses obligations et responsabilités et de la coopération avec l'autorité de contrôle, et reprend quasiment textuellement les articles afférents de la directive.

En ce qui concerne le délégué à la protection à désigner par le responsable du traitement, et la faculté pour les Etats membres de dispenser les tribunaux agissant dans leur fonction juridictionnelle de disposer d'un délégué à la protection des données, la soussignée approuve l'approche des auteurs du projet de loi. En effet, au vu de l'importance des missions confiées dorénavant au délégué à la protection aux termes de l'article 34 de la directive (informer et conseiller le responsable et les employés, contrôler l'application de la directive et des autres dispositions en matière de protection des données, coopérer avec l'autorité de contrôle, figurer comme point de contact pour la personne concernée et l'autorité de contrôle), il est important d'avoir également un ou plusieurs délégués au sein des tribunaux. Au vu de l'ampleur de leur mission il est indiqué de prévoir des décharges ou primes en faveur des concernés.

Le chapitre V traite du transfert des données à caractère personnel vers des pays tiers et des organisations internationales et ne concerne pas la justice de paix qui n'a aucune compétence en ce domaine.

Ce tribunal de paix approuve l'institution, aux termes des dispositions du chapitre VI (art. 41 à 44), d'une autorité de contrôle judiciaire indépendante qui veille sur le traitement de données à caractère personnel effectuées par toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, y compris les juridictions « non pénales » et de l'ordre administratif dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, pour le motif indiqué par les auteurs du projet de loi, à savoir qu'une telle autorité indépendante ne saurait relever du pouvoir exécutif ou législatif par respect du principe de la séparation des pouvoirs.

L'article 45 transpose l'article 52 de la directive, en prévoyant la possibilité d'introduire une réclamation auprès de la Commission nationale pour la protection des données qui garde une compétence générale, et par dérogation en disposant que les réclamations contre les opérations de traitement effectuées par les juridictions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles sont traitées comme incident de procédure dans le cadre du litige ; en cas d'impossibilité légale ou procédurale de traiter la réclamation comme incident de procédure, compétence est donnée à l'autorité de contrôle judiciaire. Il ne sera certes pas toujours facile pour une personne lésée de savoir laquelle des autorités de contrôle elle doit saisir, respectivement quand et devant quelle juridiction elle doit soulever la question comme incident de procédure. Ces difficultés au niveau de la saisine sont tempérées par l'obligation faite à l'autorité saisie, aux termes du paragraphe 4, de continuer la réclamation à l'autorité compétente.

L'article 46 prévoit le droit à un recours juridictionnel effectif contre les décisions de l'autorité de contrôle judiciaire à exercer devant la chambre du conseil de la Cour d'appel au cas où la décision attaquée concerne un traitement de données à caractère personnel qui relève du champ d'application de la directive no 2016/680, devant les juridictions administratives si la décision attaquée émane de la Commission nationale de protection des données ou émane de l'autorité de contrôle judiciaire et concerne un traitement de données à caractère personnel qui relève du champ d'application du règlement no 2016/679. Cet article sous avis ne donne pas lieu à des observations particulières, sauf à dire que la compétence de la chambre de la Cour d'appel semble adéquate dans la mesure que c'est cette juridiction qui statue en matière pénale et notamment au niveau de l'instruction préparatoire des affaires pénales.

L'article 48 relatif à la représentation des personnes concernées ne donne pas lieu à des commentaires.

L'article 49, outre qu'elle prévoit des sanctions pénales et les relations entre parquets et la Commission nationale de protection des données, dispose que des amendes administratives et des astreintes peuvent être prononcées en cas de violation des dispositions du projet de loi sous avis. La soussignée approuve le principe d'après lequel ces sanctions administratives sont à charge de l'Etat au cas où les violations de la loi sont commises par les fonctionnaires et agents de l'Etat, à l'exception des violations commises intentionnellement ; néanmoins l'on pourrait se poser la question, si cette règle ne va pas à l'encontre de l'exigence d'une sanction effective et dissuasive prévue aux termes de l'article 57 de la directive.

Le droit à réparation à l'encontre du responsable du traitement (et du sous-traitant) est réglementé à l'article 47 du projet de loi sous avis, ayant transposé l'article 54 de la directive. L'article 56 de la

directive relatif au droit à réparation, qui semble plus vaste, prévoit un droit de réparation qui s'exerce non seulement à l'encontre du responsable du traitement, mais également à l'encontre de toute autre autorité compétente, ne fait pas l'objet d'une disposition du projet de loi.

Esch-sur-Alzette, le 25 octobre 2017

Eliane ZIMMER
Juge de paix directeur

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX DE DIEKIRCH

(10.10.2017)

La justice de paix de Diekirch n'entend pas se livrer à une analyse détaillée et circonstanciée d'un projet de loi qui ne l'affectera pas ou guère dans son fonctionnement courant.

Aussi se limitera-t-elle à ces considérations générales que le projet sous avis lui inspire :

- 1) Tandis qu'un texte législatif devrait se caractériser par des prescrits et des interdits clairs sur base de concepts et de définitions qui le sont tout autant, le projet sous avis donne l'impression d'édicter plutôt des directives d'ordre général fondées sur des notions vagues et floues laissant une large marge d'appréciation et d'interprétation. Un exemple type dans ce contexte est l'art. 15 du projet relatif à la limitation du droit d'accès d'une personne aux données le concernant « dès lors et aussi longtemps qu'une telle limitation...constitue une *mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique, en tenant dûment compte des droits fondamentaux et des intérêts légitimes de la personne physique concernée*, pour : ...b) *éviter de nuire à la prévention ou à la détection d'infractions pénales*,... c) *protéger la sécurité publique* ; d) *protéger la sécurité nationale*. »

Or, de telles marges d'appréciation et d'interprétation sont difficilement compatibles avec le besoin de sécurité juridique puisqu'elles risquent d'inciter les autorités appelées à appliquer la loi de le faire à leur guise, à moins qu'au contraire la crainte d'organes juridictionnels ou de contrôle ne les inhibe indûment dans leur action.

- 2) De façon plus fondamentale, on peut d'ailleurs s'interroger si le projet sous avis, tout comme les initiatives législatives prises sur le plan international en matière de protection des données individuelles, ne constituent pas en fait qu'une feuille de vigne et un leurre destinés à apaiser les craintes d'un public essentiellement occidental devant des atteintes à la vie privée et à lui faire perdre de vue que déjà aujourd'hui des acteurs étatiques et privés agissant sur le plan mondial global et échappant ainsi à tout contrôle effectif usent et abusent de données personnelles que souvent les concernés eux-mêmes leur fournissent de leur propre gré.

Diekirch, le 10 octobre 2017

Paul GEISEN
Juge de Paix Directeur

*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(1.12.2017)

Le projet de loi vise à transposer en droit national la directive UE n° 2016/680 du 27 avril 2016.

Chap. I Les dispositions générales :

L'article 1^{er} du projet de loi (« *Objet* ») constitue une copie fidèle de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la directive : « *La présente loi établit les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces, de même que la protection contre les menaces pour la sécurité nationale et la prévention de telles menaces.* »

Par contre, l'article 2 relatif au champ d'application de la loi a été complété par rapport au texte de la directive en y ajoutant une énumération d'autorités auxquelles la loi s'applique et concernant lesquelles il aurait éventuellement pu y avoir un doute concernant l'applicabilité de la loi. Aux autorités manifestement compétentes aux fins énoncées à l'article 1^{er} se rajoutent partant d'autres, spécialement énumérées, auxquelles la loi s'applique « *également* ».

Si l'article 2 apporte des précisions concernant les autorités compétentes « en matière pénale », auxquelles la loi s'appliquera, d'importantes interrogations subsistent :

Aux termes du considérant 13 de la directive, « *la notion d'infraction pénale au sens de la présente directive devrait être une notion autonome du droit de l'Union conforme à l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne.* » Or, la Cour de justice applique les mêmes « *critères Engel* »¹ que la Cour européenne des droits de l'Homme pour qualifier de « *sanctions pénales* » des mesures qui ne sont pas considérées comme telles en droit national. Pareille requalification peut notamment concerner certaines mesures prises dans le cadre de procédures disciplinaires par les organes d'ordres professionnels indépendants ou par le conseil de discipline de la Force publique, sans que ces autorités compétentes ne soient mentionnées par le présent projet de loi. Dans la mesure où elles effectuent des traitements tombant dans le champ d'application de la présente loi, l'autorité indépendante de contrôle sera dès lors la Commission Nationale pour la Protection des Données, qui a une compétence générale aux termes de l'article 40 du projet de loi.

Pourtant, à la seule lecture des articles 1^{er} et 2 du projet de loi, ces organes exerçant des compétences « pénales » n'auront pas nécessairement conscience de tomber dans le champ d'application de la présente loi.

De même, les tribunaux de la jeunesse peuvent être amenés à prononcer des mesures, telles qu'un placement dans un centre rééducatif ou une condamnation à accomplir des prestations éducatives ou philanthropiques, susceptibles de constituer des sanctions pénales – non pas en droit luxembourgeois, mais en vertu de la notion autonome du droit de l'Union européenne – notamment à l'encontre de mineurs ayant commis des infractions pénales.

Etant donné que les activités de traitement des tribunaux de la jeunesse tombent dans le champ de compétence de l'autorité de contrôle judiciaire en vertu de l'article 41, cela ne pose pas de problème majeur.²

Dans le même ordre d'idées, l'inclusion des fonctions juridictionnelles des juridictions administratives dans le présent projet de loi ne se justifie que si, dans le cadre de la transposition de la directive, la notion de droit « pénal » retenue dépasse celle du droit pénal au sens strict et englobe notamment des sanctions disciplinaires graves répondant aux critères de la Cour de justice de l'Union européenne pour être considérées comme sanctions pénales.

Toute indication relative à la définition de « *l'infraction pénale* » ou de la « *sanction pénale* » fait toutefois défaut.

¹ Arrêt CEDH (plén.) *Engel c. Pays-Bas* du 8 juin 1976 : critères (non cumulatifs) retenus pour apprécier s'il s'agit d'une « accusation en matière pénale » : – la qualification en droit national ; – la nature et la gravité de la mesure ; – la finalité de la mesure

² Sauf que cette autorité devra veiller à appliquer alors la présente loi (transposant la directive), et non pas le règlement (UE) n° 2016/679. Des développements plus détaillés concernant le règlement suivront.

A supposer qu'une définition large du terme « pénal » soit retenue, les juridictions de l'ordre judiciaire dont l'activité relève du domaine civil, social ou commercial, ne tombent pas pour autant dans le champ d'application de la présente loi. Seules certaines affaires traitées par les juridictions administratives pourraient se voir attribuer un caractère pénal. Par contre, des affaires traitées par les juges de la jeunesse pourraient également recevoir une qualification pénale.

Il est indispensable de préciser tout d'abord le champ d'application de la loi transposant la directive en tenant compte de la notion autonome d'infraction pénale telle que développée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Faute de telles précisions, il est impossible de déterminer avec certitude les juridictions et autres organes destinés à être régis par le présent projet de loi.

L'article 3 se borne à reprendre les définitions de l'article 3 de la directive, sauf à préciser sous le point 15 quelles sont les autorités de contrôle instituées en droit national.

Chap. II Principes et Chap. III Droits de la personne concernée

Ces chapitres reprennent assez fidèlement le texte de la directive sans apporter de clarifications supplémentaires, sauf en ce qui concerne l'article 18.

L'article 18 dispose : « *Lorsque les données à caractère personnel sont relatives à des faits qui font l'objet d'une enquête préliminaire, d'une instruction préparatoire ou qui ont été renvoyés devant une juridiction de jugement, les droits visés aux articles 13, 14 et 16 sont exercés conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ou d'autres dispositions légales applicables.* »

Tout d'abord cette disposition est incomplète étant donné qu'elle omet les faits qui ont fait l'objet d'une citation directe. Pareille citation saisit la juridiction de jugement, mais elle n'est pas nécessairement précédée d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, notamment lorsque le citant direct est un particulier. Dès lors il faudrait compléter l'article 18 en ajoutant : « *ou qui ont été cités devant une juridiction de jugement.* »

Ensuite, tel qu'exposé ci-dessus, certaines mesures prises par les autorités compétentes dans le cadre de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, peuvent avoir un caractère pénal selon l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne à la notion d'« *infraction pénale* ». Bien souvent, en cas de commission d'une infraction pénale par le mineur, un procès-verbal aura été dressé par la police, voire même une instruction sera en cours. Il peut toutefois arriver qu'en cas d'urgence, le juge de la jeunesse ou le procureur soit amené à prendre une mesure de garde provisoire (articles 25 et 26 de la loi modifiée du 10 août 1992) sur base d'un rapport d'enquête sociale, sur base d'un rapport du directeur d'un établissement scolaire, ou au vu d'autres informations.

Etant donné que le caractère pénal de la décision dépendra de la nature et de la gravité de la mesure ordonnée, il est difficile d'apprécier dès la saisine d'une autorité compétente dans le cadre de la loi du modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, si la procédure en cours doit être considérée comme pénale ou non. Cette qualification ne pourra se faire qu'au vu de la mesure ordonnée.

S'y ajoute que les autorités compétentes peuvent modifier les mesures prises, et qu'une mesure à caractère pénal peut être ordonnée à la suite d'une mesure dépourvue de caractère pénal – et inversement.

Il serait partant prudent d'ajouter également dans l'article 18 (après « *qui ont été renvoyés devant une juridiction de jugement ou qui ont été cités devant une juridiction de jugement* ») : « *ou lorsqu'une autorité compétente sur base de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse est saisie de ces faits* ». ³

Vu que l'article 19 de ladite loi dispose que « *les dispositions concernant les poursuites en matière répressive sont applicables à toutes les procédures visées par la présente loi, sauf les dérogations qu'elle établit* », le renvoi « *aux dispositions du Code de procédure pénale ou d'autres dispositions légales applicables* » peut paraître suffisant, la loi modifiée du 10 août 1992 faisant partie des « *autres dispositions légales applicables* ».

³ L'article 18 de la directive dispose : « *Les Etats membres peuvent prévoir que les droits visés aux articles 13, 14 et 16 sont exercés conformément au droit d'un Etat membre lorsque les données à caractère personnel figurent dans une décision judiciaire ou un casier ou dossier judiciaire faisant l'objet d'un traitement lors d'une enquête judiciaire et d'une procédure pénale.* »

Pour être complet, il convient aussi de mentionner les juridictions militaires⁴, qui ont sans aucun doute compétence pour prononcer des sanctions pénales, et le code de procédure militaire. Les dispositions actuellement en vigueur concernant l'organisation des juridictions militaires⁵ ne respectent pas certaines garanties fondamentales, de sorte qu'aujourd'hui il n'y a plus de poursuites exercées devant ces juridictions. Même si ces dispositions sont donc tombées en désuétude, théoriquement des poursuites pénales pourraient être exercées devant ces juridictions. Il faut alors soit mentionner ces procédures devant les juridictions militaires à l'article 18 dans le cadre du présent projet de loi, soit songer à modifier l'article 18 dans le cadre d'une future réforme des juridictions militaires.

Chap. IV Responsable du traitement et sous-traitant

Les dispositions de ce chapitre reprennent fidèlement les dispositions de la directive et n'appellent pas de commentaires particuliers en ce qui concerne leur libellé.

Seulement quelques observations :

Certaines obligations prévues dans ce chapitre sont d'ores et déjà largement respectées et ne requièrent pas de changements fondamentaux, telles que p.ex. la journalisation des opérations de traitement (article 25) et la sécurité du traitement (article 29).

D'autres obligations sont toutefois nouvelles, et elles vont entraîner une charge de travail considérable. Il en est ainsi notamment de l'obligation de tenir un registre des activités de traitement (article 24) et de l'obligation d'effectuer une étude d'impact pour les types de traitement susceptibles d'engendrer un risque élevé (article 27). Les contrats avec les sous-traitants devront également être adaptés (article 22).

La charge de travail pour le délégué à la protection des données sera également considérable au vu de ses nombreuses missions. Même à supposer qu'il y ait plusieurs délégués au sein des différentes juridictions, leurs démarches devront être coordonnées par un délégué appelé à jouer un rôle central plus important. Non seulement les délégués devront disposer de solides connaissances informatiques et juridiques (plus particulièrement dans le domaine de la protection des données), mais ces personnes devront également disposer du temps nécessaire pour pouvoir accomplir les tâches leur confiées de manière correcte.

Or, aucune décharge de travail n'est prévue pour le(s) délégué(s) à la protection des données, ni aucune rémunération supplémentaire, ni aucune création de nouveau poste.

Chap. V Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales

Ces articles n'appellent pas de commentaires.

Chap. VI Autorités de contrôle indépendantes

Le projet de loi prévoit, d'un côté, une autorité de contrôle administrative disposant d'une compétence générale exercée par la Commission nationale pour la protection des données (article 40), et, d'un autre côté, une autorité de contrôle judiciaire disposant d'une compétence dérogatoire (article 41). Le paragraphe 2 de l'article 41 prévoit que « *les opérations de traitement des données à caractère personnel effectuées par les juridictions de l'ordre judiciaire, y compris le ministère public, et de l'ordre administratif dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, que ce soit pour les finalités visées à l'article 1^{er} de la présente loi ou pour celles visées par le règlement (UE) n° 2016/679, sont soumises au contrôle de l'autorité de contrôle judiciaire.* »

1) La composition de l'autorité de contrôle judiciaire :

L'article 41, paragraphe (3) du projet de loi prévoit que l'autorité de contrôle est composée de six membres effectifs ou de leurs suppléants comme suit :

- 1) un représentant de la Cour supérieure de Justice
- 2) un représentant des autres juridictions de l'ordre judiciaire

⁴ conseil de guerre, cour d'appel militaire et haute cour militaire

⁵ Loi du 31 décembre 1982 concernant la refonte du code de procédure militaire

- 3) un représentant des juridictions de l'ordre administratif
- 4) un représentant du Parquet général
- 5) un représentant du Parquet de l'arrondissement de Luxembourg ou de l'arrondissement de Diekirch, et
- 6) un représentant de la Commission Nationale pour la Protection des Données.

Tout d'abord, la soussignée renvoie à ses observations concernant les juridictions administratives et les juridictions civiles ou commerciales de l'ordre judiciaire développées aux pages 2 et 7 du présent avis.

A côté des parquets et du Parquet général, il y a au sein de l'ordre judiciaire de nombreuses juridictions dont les opérations de traitement sont susceptibles de tomber dans le champ d'application de la présente loi, notamment les juges d'instruction, les chambres du conseil, les tribunaux de police, les chambres correctionnelles et criminelles, et, le cas échéant, aussi les juges de la jeunesse (à chaque fois en première instance, en instance d'appel et en instance de cassation). La représentation de ces parquets et juridictions au sein de l'autorité de contrôle est partant nécessaire pour une bonne coordination et pour assurer l'efficacité du contrôle mis en place.

La présence d'un représentant de la Commission Nationale pour la Protection des Données permet un échange de bonnes pratiques et une harmonisation des contrôles effectués par les deux autorités de contrôle indépendantes prévues par le projet de loi.

La présence d'un représentant du Parquet général appelle peut-être une observation dans la mesure où le Procureur général d'Etat est considéré comme responsable du traitement en ce qui concerne certaines banques de données gérées au niveau de l'ordre judiciaire.

Il y a lieu de relever que de nombreuses banques de données, telles que JUCHA (chaîne pénale), sont alimentées par plusieurs acteurs : les parquets, les juges d'instruction, la chambre du conseil et les chambres correctionnelles et criminelles des tribunaux d'arrondissement, le Parquet général, la chambre du conseil et les chambres correctionnelles et criminelles de la Cour d'appel. Il serait faux de dire que le Parquet général, en tant que responsable du traitement, serait « seul maître à bord ». ⁶ Sa qualité de « responsable du traitement » n'est partant pas inconciliable avec sa représentation au sein de l'autorité de contrôle. S'y ajoute que l'autorité de contrôle indépendante fonctionnera en tant qu'organe collégial.

Il n'existe partant aucune raison d'exclure le Parquet général de cette autorité de contrôle au motif que le responsable du traitement ne saurait se contrôler lui-même.

2) Plusieurs problèmes sont à relever en ce qui concerne les compétences des autorités de contrôle :

– Délimitation des compétences respectives de la Commission nationale pour la protection des données et de l'autorité de contrôle judiciaire :

Si la première dispose d'une compétence générale, la seconde ne dispose que d'une compétence dérogatoire limitée aux traitements effectués par les juridictions dans « *l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* ».

Si pour la plupart des données traitées, cette terminologie ne pose pas de problème, il existe néanmoins des banques de données et des fichiers susceptibles de donner lieu à des controverses, telles que notamment le répertoire auprès du Procureur général d'Etat centralisant les avis et informations établis en matière de procédure de règlement collectif des dettes ⁷.

⁶ Aux termes de l'article 3, paragraphe 8) du projet de loi, le « responsable du traitement » est « l'autorité compétente qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel »

⁷ Créé par une loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement : la procédure de règlement collectif connaît plusieurs phases : un règlement conventionnel devant la Commission de médiation en matière de surendettement ; et la phase du redressement judiciaire devant le juge de paix, ainsi que la phase du rétablissement personnel devant le juge de paix. Il en découle que les données traitées peuvent être utilisées tant en-dehors d'un cadre juridictionnel que dans un cadre juridictionnel.

Ni le projet de loi ni le commentaire des articles ne précisent ce qu'il faut entendre par « *exercice des fonctions juridictionnelles* » ou comment il faut traiter les données qui peuvent être utilisées dans un cadre juridictionnel et en-dehors d'un tel cadre. Il serait souhaitable de fournir une définition et de prévoir comment il y a lieu de traiter des données à finalité « mixte » (juridictionnelle/non-juridictionnelle).

– *Missions et pouvoirs de l'autorité de contrôle judiciaire* :

Le projet de loi précise que, lorsque le traitement de données relève du champ d'application du règlement, (UE) n° 2016/679, les missions de l'autorité de contrôle judiciaire sont celles visées à l'article 57 du règlement (article 43 (2)), et les pouvoirs sont ceux visés à l'article 58 de ce règlement (article 44 (2)). Par contre, lorsque le traitement relève du champ d'application de la présente loi, les missions et pouvoirs sont ceux définis aux articles 43 (1) et 44 (1).

Or, l'article 55, paragraphe 3, du règlement (UE) n° 2016/679 dispose que « *Les autorités de contrôle ne sont pas compétentes pour contrôler les opérations de traitement effectuées par les juridictions dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle.* » On se demande partant comment une autorité de contrôle compétente pour les seules opérations de traitement de données effectuées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, pourrait être appelée à appliquer les dispositions dudit règlement. Ces opérations de traitement sont justement soustraites à la compétence des autorités de contrôle régies par le règlement. Etant donné que le règlement a un effet direct et ne requiert pas de mesure de transposition, une loi nationale ne saurait y déroger.

Seules les opérations de traitement effectuées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, qui tombent dans le champ d'application de la directive, sont soumises à une autorité de contrôle.

Il y a partant également lieu de supprimer le paragraphe (2) de l'article 44 du projet de loi qui dispose « *Lorsque le traitement de données à caractère personnel relève du champ d'application du règlement (UE) n° 2016/679, les pouvoirs de l'autorité de contrôle judiciaire sont ceux visés à l'article 58 du règlement* ».

Il en est de même du paragraphe (6) de l'article 49, qui dispose que « *Les dispositions des paragraphes 3 à 5 s'appliquent également à l'autorité de contrôle judiciaire, lorsqu'elle exerce les missions et dispose des pouvoirs prévus par le règlement (UE) n° 2016/679.* »

Contrairement au règlement, la directive n'exclut pas les données traitées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles. Les opérations de traitement de données effectuées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, et qui tombent dans le champ d'application de la directive, n'échappent donc pas à la compétence de l'autorité de contrôle, sous réserve des dérogations permises par l'article 18 de la directive.

Dans cette logique, il ne sera pas possible de soumettre les juridictions administratives et les juridictions civiles et commerciales de l'ordre judiciaire à l'autorité de contrôle à instituer par la loi transposant la directive. *A priori* ces juridictions n'exercent aucune fonction juridictionnelle tombant dans le champ d'application de la directive, sauf à adopter une définition large des notions d' « *infraction pénale* » et de « *sanction pénale* ».

Faute de telle définition large englobant des compétences incombant aux juridictions administratives, il y a partant lieu de modifier l'article 41 (2) en ce sens et de supprimer le bout de phrase « *et de l'ordre administratif* ». En tout état de cause, il faut remplacer le bout de phrase « *que ce soit pour les finalités visées à l'article 1^{er} de la présente loi ou pour celles visées par le règlement (UE) n° 2016/679* » par « *pour les finalités visées à l'article 1^{er} de la présente loi* ».

L'article 41 (3) est à modifier en conséquence en supprimant le point 3) (« *un représentant des juridictions de l'ordre administratif* », l'article 41 (4) en supprimant le point 2) (« *du président de la Cour administrative pour le représentant des juridictions de l'ordre administratif* »)), ainsi que les autres références aux juridictions administratives, notamment dans les articles 41 (5), 42(1), 45(2) et (3).

2) Cas où la compétence de l'autorité de contrôle judiciaire pose un problème de principe :

1) le casier judiciaire.

En vertu de sa loi organique du 29 mars 2013, telle que modifiée, le casier judiciaire luxembourgeois ne participe pas aux finalités définies à l'article 1^{er} de la directive (prévention et détection d'infractions pénales, enquêtes et poursuites, exécution de sanctions pénales, protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces, protection contre les menaces pour la sécurité nationale et prévention de telles menaces). Il est d'ailleurs inconcevable que le casier judiciaire tombe dans le champ d'application du présent projet de loi, qui dispose dans son article 5 que c'est le responsable du traitement qui fixe des « délais appropriés » pour l'effacement des données.

Les données traitées par le casier judiciaire luxembourgeois tombent dans le champ d'application du règlement n°2016/679, ce qui est d'ailleurs prévu par l'article 10 précité dudit règlement.

L'article 10 du règlement n°2016/679 dispose que « *le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes fondé sur l'article 6, paragraphe 1, ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique, ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un Etat membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées. Tout registre complet des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique.* »

Dans d'autres Etats-membres de l'Union européenne, le casier judiciaire a des finalités tombant dans le champ d'application de l'article 1^{er} de la directive, et il est organisé de manière complètement différente.⁸ Compte tenu du libellé de l'article 18 de la directive, le casier judiciaire peut aussi tomber dans le champ d'application de la directive.⁹

En fonction des spécificités des législations nationales, un casier judiciaire peut partant relever du champ d'application de la directive ou du règlement.

Dans le but d'éviter des controverses inutiles et de garantir la sécurité juridique, il faut préciser dans le cadre du présent projet de loi qu'au Luxembourg le casier judiciaire ne tombe pas dans le champ d'application de la directive, mais qu'il tombe dans le champ d'application du règlement et se rattache à l'exercice de la fonction juridictionnelle. En effet, les inscriptions au casier judiciaire sont exclusivement effectuées sur base de décisions judiciaires et ne servent pas à des finalités prévues à l'article 1^{er} du présent projet de loi.

Si le casier judiciaire relève du règlement et se rattache à l'exercice de la fonction juridictionnelle, il tombe sous l'article 55, paragraphe 3, du règlement (UE) n°2016/679, qui dispose que « *les autorités de contrôle ne sont pas compétentes pour contrôler les opérations de traitement effectuées par les juridictions dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle.* » Cela ne veut pas dire pour autant que les inscriptions au casier judiciaire échappent à tout contrôle. L'actuel article 10 de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire, dispose que « (1) *La personne concernée dispose elle-même d'un droit d'accès à l'intégralité des inscriptions du casier judiciaire la concernant.* (2) *En cas de contestation des inscriptions au casier judiciaire, la personne physique ou, s'il est un incapable majeur ou s'il s'agit d'une personne morale, son représentant légal, présente une requête à la chambre du conseil de la cour d'appel.* (...) »

En ce qui concerne les durées de conservation des données et les garanties applicables, ainsi qu'en ce qui concerne le droit d'accès et les recours, le casier judiciaire est régi par les dispositions de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire, du code pénal et du code de procédure pénale.

Il est inconcevable qu'une autorité de contrôle en matière de protection des données puisse ordonner la modification ou la limitation de l'utilisation d'inscriptions faites sur base d'une décision judiciaire et conformément à la législation spéciale en vigueur.

⁸ registre tenu par la police, avec accès direct des agents de la force publique

⁹ L'article 18 de la directive dispose : « *Les Etats membres peuvent prévoir que les droits visés aux articles 13, 14 et 16 sont exercés conformément au droit d'un Etat membre lorsque les données à caractère personnel figurent dans une décision judiciaire ou un casier ou dossier judiciaire faisant l'objet d'un traitement lors d'une enquête judiciaire et d'une procédure pénale.* »

2) la Cellule de renseignement financier (CRF)¹⁰

Sur base d'accords signés en février 2016¹¹ entre le ministère de la Justice, la CRF et l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (UNODC), une application informatique développée par l'UNODC et appelée goAML a été mise à la disposition de la CRF. Cette application permet notamment à la CRF de recevoir par voie électronique des déclarations d'opérations suspectes. Les accords interdisent de façon absolue la communication des informations transmises à la personne concernée ou à un tiers, ainsi que la modification des données transmises. Les délais de conservation sont régis par ces mêmes accords.

Au vu de la finalité de l'opération de traitement, goAML tombe dans le champ d'application de la directive, et partant du présent projet de loi. La personne concernée par la déclaration d'opération suspecte bénéficie partant en principe des droits prévus au Chapitre III du présent projet de loi. Or, au vu des accords passés, la CRF devra systématiquement et sans exception invoquer les limitations à ces droits, qui sont prévus dans le présent projet de loi.

Il serait préférable de prévoir dans le cadre du présent projet de loi que les opérations de traitement effectuées par la CRF sur base de conventions ou d'accords internationaux incompatibles avec l'exercice des droits prévus au Chapitre III, sont soumises à un refus de fourniture d'informations (article 13 du projet de loi), à un refus d'accès (article 15) et un refus de rectification et d'effacement (article 16), afin d'« éviter de gêner des enquêtes, des recherches ou des procédures officielles ou judiciaires. » (motif a) prévu dans les 3 articles précités). Une telle exclusion globale de ces traitements éviterait au responsable du traitement de devoir traiter individuellement chaque demande, quitte à prendre systématiquement des décisions de refus, qui pourront encore faire l'objet de recours.

Chap. VII. Voies de recours, responsabilité et sanctions

En matière de réclamation, la Commission Nationale de Protection des Données dispose d'une compétence générale, à laquelle des dérogations sont toutefois prévues.

Afin de mettre en évidence ces dérogations, il y a lieu de compléter l'article 45, paragraphe (1) : « Toute personne concernée peut introduire auprès de la Commission Nationale pour la Protection des Données une réclamation contre les opérations de traitement de données à caractère personnel si elle considère que le traitement des données à caractère personnel la concernant constitue une violation des dispositions de la présente loi » en y ajoutant « sous réserve des paragraphes (2) et (3) »

L'article 45, paragraphe (2) du projet de loi prévoit le principe en matière de réclamation contre des opérations de traitement de données à caractère personnel effectuées par les juridictions de l'ordre judiciaire, y compris le ministère public, [et de l'ordre administratif] dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles : elles sont traitées comme incident de procédure devant la juridiction qui est compétente pour statuer sur le litige auquel la personne concernée est partie. Etant donné que ni les juridictions civiles, sociales ou commerciales ni les juridictions administratives n'effectuent *a priori* des opérations de traitement tombant dans le champ d'application du présent projet de loi, et que le règlement (UE) n° 2016/679 exclut de la compétence des autorités de contrôle « les opérations de traitement effectuées par les juridictions dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle » (article 55§3), il y a lieu de remplacer « conformément aux dispositions du Code de procédure pénale, du Nouveau Code de procédure civile ou du Code de la Sécurité sociale lorsqu'il s'agit de l'ordre judiciaire, respectivement de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives lorsqu'il s'agit d'une juridiction de l'ordre administratif » par « conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ou d'autres dispositions légales applicables ».

L'article 45 (3) du projet de loi dispose que « Pour toutes les réclamations contre des opérations de traitement de données à caractère personnel effectuées par les juridictions de l'ordre judiciaire, y compris le ministère public, et de l'ordre administratif¹² dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, qui ne peuvent être traitées conformément au paragraphe 2, la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle judiciaire. »

L'article 46 du projet de loi prévoit les recours juridictionnels contre une décision de l'autorité de contrôle.

¹⁰ La CRF a été créée auprès du parquet économique et financier de Luxembourg sur base de l'article 13bis de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

¹¹ Service level agreement et funding agreement

¹² Cf. observations ci-dessus

Le paragraphe (1) prévoit un recours devant la chambre du conseil de la cour d'appel concernant les décisions prises par l'autorité de contrôle judiciaire en application de l'article 45, paragraphe (3)¹³ lorsque le traitement de données à caractère personnel visé par la réclamation relève du champ d'application « de la présente loi » (et partant de la directive). Ce paragraphe ne pose pas de problème.

Par contre, le paragraphe (2) du même article dispose : « *Contre les décisions prises par la Commission Nationale pour la Protection des Données sur base de l'article 45, paragraphe 1^{er}, et contre les décisions prises par l'autorité de contrôle judiciaire sur base de l'article 45, paragraphe 3, lorsque le traitement de données à caractère personnel visé par la réclamation relève du champ d'application du règlement (UE) n° 2016/679, la personne concernée peut introduire un recours devant le tribunal administratif qui statue comme juge du fond.* »

L'article 45, paragraphe 3, auquel il est renvoyé, concerne pourtant des données traitées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles !

Partant le libellé de l'article 46 (2) se heurte à l'article 55 (3) du règlement (UE) n° 2016/4679, tel qu'exposé ci-dessus. Les opérations de traitement effectuées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, qui tombent dans le champ d'application du règlement, échappent à la compétence des autorités de contrôle régies par ledit règlement !

S'y ajoute qu'en application de l'article 46, paragraphe (2), tel que libellé dans le projet de loi, si un justiciable adresse une réclamation à l'autorité de contrôle judiciaire concernant le traitement de ses données à caractère personnel liées à une affaire civile ou commerciale, ce serait le tribunal administratif statuant comme juge du fond, qui serait compétent pour statuer sur un éventuel recours.

Ceci est totalement contraire à l'exposé des motifs, qui souligne à juste titre qu'il ne faut pas méconnaître les sphères de compétence des deux ordres juridictionnels.

Le paragraphe (2) devra être modifié comme suit : « *Contre les décisions prises par la Commission Nationale pour la Protection des Données sur base de l'article 45, paragraphe 1^{er}, et contre les décisions prises par l'autorité de contrôle judiciaire sur base de l'article 45, paragraphe 3, lorsque le traitement de données à caractère personnel visé par la réclamation relève du champ d'application du règlement (UE) n°2016/479, la personne concernée peut introduire un recours devant le tribunal administratif qui statue comme juge du fond.* »

Dans le domaine des opérations de traitement de données effectuées par les juridictions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, l'autorité de contrôle judiciaire est compétente pour connaître des réclamations qui ne sauraient être traitées en tant qu'incident de procédure, mais exclusivement en ce qui concerne les traitements tombant dans le champ d'application de la directive.

En ce qui concerne les opérations de traitement de données à caractère personnel effectuées par les juridictions en-dehors de leurs fonctions juridictionnelles, les réclamations sont de la compétence de la Commission Nationale pour la Protection des Données, en vertu de l'article 45, paragraphe (1), auquel les paragraphes (2) et (3) dérogent seulement en ce qui concerne l'exercice des fonctions juridictionnelles. En ce qui concerne les recours juridictionnels concernant ces réclamations, il suffit que l'article 46, paragraphe (2) prévoie que, d'une manière générale, les recours contre les décisions de la Commission Nationale pour la Protection des Données sont de la compétence du tribunal administratif statuant comme juge du fond.

Les sanctions :

L'article 49(1) dispose que « *les sanctions et l'astreinte prévues aux articles 49, 50 et 53 de la loi du jj/mm/aaaa portant création de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données sont applicables en cas de non-respect des dispositions de la présente loi.(...).* » Afin de garantir le respect du principe de légalité des peines, il y a lieu de préciser les dispositions dont le non-respect fait effectivement encourir une sanction ou astreinte. Il est en effet inconcevable que le non-respect de toute disposition soit sanctionné – et soit sanctionné de manière identique. Le projet de loi doit partant être précisé sur ce point.

Or, il serait d'autant plus important de préciser les violations sanctionnées et les sanctions encourues que le système mis en place par les paragraphes (4) et (5) du présent projet de loi concernant l'échange

¹³ Il s'agit d'opérations de traitement de données à caractère personnel effectuées dans l'exercice des fonctions juridictionnelles

d'information, le désaisissement et la transmission de dossiers entre la Commission nationale pour la protection des données et le procureur d'Etat est des plus complexes, et que la répartition des compétences paraît extrêmement floue.

Par contre, il semble clair que l'autorité de contrôle judiciaire ne puisse pas prononcer de sanction.¹⁴ Etant donné que cette autorité se voit attribuer par la présente loi les pouvoirs énumérés à l'article 44 du présent projet de loi, et au vu du cadre dans lequel cette autorité fonctionne, des sanctions ne semblent *a priori* pas nécessaires afin d'assurer le respect des décisions prises par ladite autorité.

Toutefois l'article 44 (1) *in fine* prévoit seulement que « *l'autorité de contrôle judiciaire a le pouvoir de porter les violations des dispositions de la présente loi à la connaissance des autorités judiciaires et, le cas échéant, d'ester en justice en vue de faire respecter les dispositions de la présente loi.* » Mais quelles autorités judiciaires ? « Ester en justice » devant quelle juridiction compétente ? Et comment faire respecter les dispositions de la présente loi ? Afin de rendre effectif un éventuel recours aux instances judiciaires, il faudrait indiquer la juridiction compétente pour connaître de telles actions, et il faudrait préciser les mesures pouvant être ordonnées dans le cadre de la présente loi.

Ou il faut tout simplement supprimer le dernier alinéa de l'article 44 (1) du projet de loi dont le libellé actuel ne saurait être maintenu.

Les seules sanctions pénales instituées par le présent projet de loi sont celles prévues aux paragraphes (2) et (7) de l'article 49 du projet de loi.

En ce qui concerne le paragraphe (6) de l'article 49, la soussignée réitère ses observations développées ci-dessus. Il y a lieu de le supprimer.

Chap. VIII Dispositions finales

Ce chapitre comporte des dispositions modificatives concernant notamment des domaines qui étaient, jusqu'à l'entrée en vigueur du présent de loi, soumis à la compétence de l'autorité de contrôle prévue à l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des données à l'égard du traitement de données à caractère personnel, et qui relèveront désormais de la compétence de la Commission nationale pour la protection des données.

Il est également envisagé de faire de la Commission nationale pour la protection des données « *l'autorité nationale désignée* » ou « *l'autorité nationale compétente* » dans le cadre de l'exercice des droits d'accès de la personne concernée, lorsqu'il s'agit d'opérations de traitement de données effectuées par Eurojust, Europol, la Police et le SRE.

Dans la mesure où les autorités concernées n'ont manifesté aucune objection à ce sujet, la soussignée n'a pas d'observation particulière à formuler, sauf en ce qui concerne Europol. En effet, l'article 51 du projet de loi propose de remplacer l'article 3 de la loi modifiée du 29 mai 1998 portant approbation de la Convention sur la base de l'article K.3 sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (convention Europol), signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995. Or, cette convention a été remplacée par une Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol) (2009/371/JAI)¹⁵. Il y a dès lors lieu de retenir dans le cadre de l'article 51 du présent projet de loi que « *L'autorité de contrôle prévue à l'article 3, point 15) a), de la loi du jj/mm/aaaa relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale est désignée comme l'autorité nationale compétente prévue à l'article 30, paragraphe 2, de la Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol) (2009/371/JAI).* »

Ce chapitre comporte encore des dispositions transitoires et des dispositions relatives à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, qui n'appellent pas de commentaires.

*Pour le Procureur Général d'Etat,
Le premier avocat général,
Marie-Jeanne KAPPWEILER*

¹⁴ Cf. article 44 relatif aux pouvoirs de l'autorité de contrôle judiciaire

¹⁵ Article 1^{er} de la Décision du Conseil : « *La présente décision remplace les dispositions 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 (ci-après dénommée « convention Europol »).* »