

N° 6543⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI**relatif à l'archivage électronique et portant modification:**

- 1. de l'article 1334 du Code civil;**
- 2. de l'article 16 du Code de commerce;**
- 3. de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier**

* * *

DEUXIÈME AVIS COMPLÉMENTAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

(16.6.2015)

Par dépêche du 3 avril 2015, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'une série d'amendements proposés par la Commission de l'économie à la suite de l'avis complémentaire que le Conseil d'État avait émis le 10 mars 2015.

Les amendements proprement dits comportent chacun un commentaire justificatif. Ils sont précédés d'observations préliminaires et complétés par un texte coordonné reprenant les propositions que le Conseil d'État avait formulées dans son avis précité du 10 mars 2015 et que la commission parlementaire a fait siennes, ainsi que les amendements nouveaux retenus par la commission.

Les amendements en question ne sont pas numérotés mais se réfèrent directement aux articles dans l'ordre dans lequel ceux-ci apparaissent dans le texte coordonné qui y était joint.

Le Conseil d'État a pris acte des observations préliminaires du dossier soumis à son examen et constate que la commission parlementaire y prend soin d'expliquer pourquoi elle n'entend pas suivre les propositions formulées dans l'avis précité du 10 mars 2015 en ce qui concerne en particulier le recours à l'acronyme PSDC aux articles 4 et 10, le maintien de l'article 1er, alinéa 1er, l'insertion de la définition de la notion de „certificateur“, le maintien en l'état de la définition de la notion de „dématisation“ et l'opportunité de garder dans la définition du „prestataire de services de dématérialisation ou de conservation“ le critère de „[l'inscription] sur la liste visée à l'article 4(3)“. Enfin, la commission parlementaire entend maintenir dans le cadre des articles 29-5 et 29-6 censés être ajoutés à la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier les paragraphes 3 respectifs prévoyant la collaboration de la CSSF et de l'ILNAS dans le domaine de la surveillance des prestataires de services de dématérialisation du secteur financier.

Quant au point de ne pas suivre le Conseil d'État au sujet d'un renvoi aux dispositions concernant l'accréditation des organismes d'évaluation de la conformité prévues à l'article 5 de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS, plutôt que de prévoir une nouvelle définition de la notion de „certificateur“ pour les besoins propres de la loi en projet, notion couverte selon les définitions internationales par le terme plus large de l'„organisme d'évaluation de la conformité“, la loi en projet omet de fixer les conditions de reconnaissance des certificateurs par l'ILNAS. Or, la liberté de l'activité de certification est garantie par l'article 11(6) de la Constitution, et seule la loi formelle peut y apporter des restrictions. Dans ces conditions, l'ILNAS ne pourra refuser aucune demande de reconnaissance qui lui sera soumise dans ce contexte, alors que l'ILNAS ne pourra pas agir selon son bon plaisir et refuser pareille reconnaissance en l'absence de dispositions légales autorisant des restrictions à l'accès ou à l'exercice de l'activité de certificateur dans le domaine de la certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation. Le Conseil d'État estime dès lors qu'il y aura avantage que soit les conditions pour accéder à ladite activité et pour exercer cette activité seront prévues dans la loi en projet, soit celle-ci renverra aux conditions d'accréditation des organismes

d'évaluation de la conformité de la loi précitée du 4 juillet 2014 en vue de les rendre applicables à l'accréditation, voire à la reconnaissance des certificateurs visés.

La nouvelle forme de rédaction des intitulés des articles ne donne pas lieu à observation.

Il convient toutefois d'omettre les parenthèses devant et derrière le numéro des paragraphes auxquels certaines dispositions du texte de loi sous examen renvoient.

*

Quant aux amendements proprement dits, ils donnent lieu aux observations suivantes.

Amendement de l'article 3 (ancien article 8)

L'insertion nouvelle de l'ancien article 8 du projet de loi initial, avec le libellé approuvé par le Conseil d'État le 10 mars 2015, comme article 3 nouveau à la fin du chapitre 1er ne donne pas lieu à observation.

Amendement de l'article 4, paragraphe 1er (ancien article 6, paragraphe 1er)

La commission parlementaire entend donner suite à l'opposition formelle du Conseil d'État qui avait rappelé dans son avis du 10 mars 2015 que l'obligation des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation de se faire certifier conformément à la loi sous objet, y compris les critères à respecter en vue de l'obtention de la certification et de l'exercice de leur activité, constitue une restriction à la liberté de commerce, consacrée à l'article 11(6) de la Constitution, et relève dès lors des matières que la Constitution a réservées à la loi formelle. En effet, le Conseil d'État a lu le projet de loi en ce sens qu'il instaure une nouvelle activité professionnelle indépendante pour compte de tiers. Il observe ainsi que la restriction à la liberté de commerce est à apprécier par rapport à l'activité du prestataire de service certifié indépendant et non pas par rapport à la nature juridique que la loi en projet est censé conférer aux opérations de dématérialisation et de conservation qu'il effectue. Dans ces conditions, le pouvoir réglementaire d'attribution dont question à l'article 32(3) de la Constitution ne peut jouer qu'à condition que l'essentiel du cadrage normatif, y compris les fins, les conditions et les modalités, soit prévu dans la loi.

Quant au nouveau libellé du paragraphe 1er, il se demande si la notion de „règles“ utilisée aux alinéas 1er, 2 et 3 a toujours la même signification, et si notamment, lorsqu'il est question à l'alinéa 2 des „règles visées au premier alinéa“, les auteurs entendent viser les „règles relatives à l'établissement et à la gestion d'un système de la sécurité de l'information et à une gestion opérationnelle spécifiques aux processus de dématérialisation ou de conservation“, règles auxquelles renvoie l'alinéa 3 en disant que celles-ci „sont déterminées par règlement grand-ducal“.

Quant aux dispositions de l'alinéa 2, ajouté nouvellement, celles-ci déterminent, dans l'esprit des auteurs de l'amendement sous avis, la finalité des règles censées gouverner la certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation, alors que leur objet est de „[permettre] que des garanties fiables existent [tant en matière de dématérialisation de documents que de conservation de copies numériques]“.

Il en résulte que ni les conditions d'accès à l'activité du prestataire certifié et d'exercice de cette activité ni les modalités de la certification ne sont reprises dans la loi même, mais que, selon les auteurs de l'amendement sous examen, il appartiendrait au règlement grand-ducal prévu à l'alinéa 3 d'établir celles-ci.

Il n'a pas été possible au Conseil d'État d'avancer une proposition de texte, parce qu'il ignore selon quelles conditions et quelles modalités les auteurs de la loi en projet entendent concevoir la certification prévue, et la façon de déterminer les critères de fond et de forme à respecter par lesdits prestataires.

Afin d'obtenir de plus amples renseignements, le Conseil d'État a eu, en date du 21 mai 2015, une entrevue avec des représentants du Ministère de l'économie, département initiateur du projet de loi sous avis. Lors de cette entrevue, il est apparu que, d'après les explications fournies, le statut de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation n'est pas une condition pour pouvoir exercer les activités visées. La seule conséquence pour une entreprise n'ayant pas demandé ce statut est qu'elle devra, le cas échéant, prouver en justice que ses fichiers ont été créés et archivés selon les règles de l'art.

Si cette approche est partagée par la Chambre des députés, l'amendement parlementaire n'est plus sujet à critique au regard de l'article 32(3) de la Constitution, alors que la loi en projet ne constituerait

plus une restriction à la liberté de commerce. Dans ces conditions, le Conseil d'État sera en mesure d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Amendement de l'article 4, paragraphes 2 à 5 (ancien article 6, paragraphes 2 à 5)

Le Conseil d'État n'entend pas revenir sur le fond de ses observations du 10 mars 2015 que la commission parlementaire n'entend pas suivre. Il constate seulement que le certificateur peut, en vertu des dispositions de la deuxième phrase de l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article soumis à amendement, être appelé à collaborer avec l'autorité administrative ILNAS pour vérifier le maintien des conditions de la certification dont bénéficie le prestataire de services de dématérialisation ou de conservation qui avait auparavant eu recours à ses services en vue d'être certifié.

En ce qui concerne le paragraphe 4, il est superfétatoire de préciser que l'obligation y prévue s'applique auxdits prestataires „une fois [inscrits] sur la liste visée au paragraphe (3)“, alors que le texte de l'article prend dans son ensemble soin de faire la différence entre les „demandeurs d'inscription“ et „les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation“, par définition certifiés et inscrits sur la liste. Quant à l'obligation en question proprement dite, il serait plus correct aux yeux du Conseil d'État d'imposer au prestataire inscrit d'établir chaque année vis-à-vis de l'ILNAS que les conditions qu'il a dû remplir en vue de sa certification, sont toujours remplies (au lieu de devoir communiquer les éléments de maintien de son inscription sur la liste). Aussi le Conseil d'État propose-t-il de libeller comme suit ledit paragraphe 4:

„(4) Le prestataire de services de dématérialisation ou de conservation est tenu d'établir annuellement vis-à-vis de l'ILNAS qu'il remplit les conditions du paragraphe 2, alinéa 1er. L'ILNAS peut à tout moment vérifier ou faire vérifier de sa propre initiative l'existence de ces conditions.“

Amendement de l'article 5, paragraphe 1er (ancien article 7, paragraphe 1er)

Dans son avis du 10 mars 2015, le Conseil d'État avait admis que la certification d'un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation donnerait directement à ce prestataire le droit d'exercer son activité, l'inscription sur la liste tenue par l'ILNAS s'avérant dans ces conditions une pure formalité administrative, destinée à faire disposer le public intéressé des informations utiles sur les prestataires certifiés.

Du vœu de la commission parlementaire, ce ne sera pourtant que l'inscription sur cette liste qui permettra au prestataire préalablement certifié d'exercer son activité dans les conditions légales prévues. L'inscription effectuée par l'ILNAS revêt dans ces circonstances le caractère d'une décision administrative formelle. Et le Conseil d'État de se demander s'il s'avère dès lors opportun de confier à l'ILNAS la compétence de la décision d'inscription, tout en attribuant au ministre ayant l'ILNAS dans ses attributions le pouvoir de procéder à la révocation ou à la suspension de la décision d'inscription.

Selon le Conseil d'État, le parallélisme des formes commande de laisser entre les mains d'une même autorité tant la décision d'inscription que la révocation ou la suspension éventuelle de celle-ci, tout en laissant à l'appréciation de la Chambre des députés si cette autorité sera l'ILNAS ou le membre du Gouvernement qui exerce son autorité sur cette administration. Il échet encore de rappeler que les règles de la procédure administrative non contentieuse s'appliquent à pareille révocation ou suspension, même si le texte de loi sous examen n'a pas besoin de préciser explicitement ce point.

Amendement de l'article 9 (ancien article 12, paragraphe 1er)

Sans observation.

Amendement de l'article 10 (ancien article 11 nouveau)

Sans observation.

Amendement de l'article 11 (ancien article 12 nouveau)

Le Conseil d'État constate qu'il n'a pas été suivi dans son approche plus amplement exposée dans son avis du 10 mars 2015 quant à la présomption de conformité à l'original des copies numériques réalisées par un prestataire certifié.

Dans ces conditions, le Conseil d'État renonce à tout commentaire supplémentaire au sujet des modifications que la commission parlementaire a retenues à l'endroit des articles 1333 et 1334 du Code civil.

Amendement de l'article 15 (ancien article 15)

Sans observation.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LÉGISTIQUE

Amendement de l'article 4, paragraphe 1er (ancien article 6, paragraphe 1er)

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'État tient à relever qu'à l'alinéa 1er du paragraphe 1er du nouvel article 4, il échet d'écrire „liste visée au paragraphe 3“ en faisant abstraction des termes „du présent article“. Par ailleurs, à l'alinéa 3 du même paragraphe il y a lieu d'écrire dans la phrase introductive „que les règles visées à l'alinéa 1er permettent ...“.

Amendement de l'article 4, paragraphes 2 à 5 (ancien article 6, paragraphes 2 à 5)

Sur le plan formel, il y a lieu d'écrire dans la phrase introductive de l'alinéa 1er du paragraphe 2: „... visée au paragraphe 1er ...“, en omettant les mots „du présent article“.

À l'alinéa 2 de ce paragraphe il convient d'employer la forme de l'indicatif présent en écrivant „L'ILNAS peut ...“.

Au paragraphe 5, il faut omettre les parenthèses entourant les numéros des paragraphes auxquels il est renvoyé en écrivant respectivement „paragraphe 3 de l'article 5“ et „à l'exception de son paragraphe 1er“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 juin 2015.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente,
Viviane ECKER