

N° 6675¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI

- 1) portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat;**
- 2) modifiant**

- la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat,
- la loi du 31 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques,
- le Code d'Instruction criminelle,
- la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et
- la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité;

- 3) abrogeant**

- la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(6.10.2014)

Le projet de loi sous avis (ci-après dénommé, le „Projet“) a pour objet de définir un nouveau cadre légal pour le fonctionnement du Service de Renseignement de l'Etat (ci-après dénommé, le „SRE“) en abrogeant la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat au profit d'un texte devant mettre en place, suivant les termes de l'exposé des motifs du Projet, „*un service de renseignement national mieux régulé et disposant d'un cadre législatif clair doté des mécanismes et procédures de contrôle appropriés*“. Ce faisant, le Projet doit également apporter une série de modifications ponctuelles à diverses lois qui s'en trouvent affectées¹.

*

¹ Les modifications portent sur les lois suivantes: (i) Loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat; (ii) Loi du 31 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques; (iii) Code d'Instruction Criminelle; (iv) Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel; et (v) Loi du 5 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité.

RESUME SYNTHETIQUE

Le Projet a pour objet de doter le SRE d'un cadre légal plus performant et transparent. Il convient en effet de remédier aux dysfonctionnements importants révélés courant 2012 dans le cadre de l'affaire „*Bommeleeër*“ qui ont déstabilisé le précédent gouvernement, provoquant ainsi une crise politique importante, ainsi que des élections législatives anticipées.

La Chambre de Commerce se félicite du principe d'une réforme du SRE telle que prévu par le Projet, mais, eu égard au caractère fortement intrusif dans la vie privée des mesures de recherches proposées, elle recommande de les assortir de garanties encore plus fortes que celles prévues dans le Projet. Elle recommande, par ailleurs, d'exclure le secteur financier du champ d'application de ces mesures au vu de la sensibilité des données bancaires qui doivent faire l'objet d'une protection toute particulière, la réglementation actuelle semblant en effet mieux protéger ce secteur tout en permettant de répondre efficacement aux objectifs du Projet.

S'agissant des mesures de recherche soumises à autorisation interne, la Chambre de Commerce regrette le non-respect du principe des quatre yeux qui implique notamment la séparation des diverses fonctions, des contre-vérifications et un régime de doubles signatures. La Chambre de Commerce regrette également que certaines „*inspections*“, s'apparentent dans certains cas à de réelles perquisitions car la notion de „*lieu public*“ telle que définie dans le Projet est trop large. Ainsi, en considération de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée, la „CEDH“), la Chambre de Commerce recommande que les inspections-perquisitions soient effectuées sous l'autorité et le contrôle d'un juge dans le créneau horaire 6.30 à 20 heures. Aussi, la Chambre de Commerce recommande de s'inspirer de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et du Code d'instruction criminelle pour définir les garanties minimales applicables aux inspections.

S'agissant des mesures de recherche soumises à autorisation externe, en ne soumettant pas le suivi de leur exécution au contrôle par un juge, le Projet contrevient non seulement aux principes énoncés dans la CEDH, mais également à la séparation des pouvoirs puisque le contrôle de la bonne exécution des mesures de recherche ne revient pas à l'ordre judiciaire. Par ailleurs, la discrétion et la confidentialité, en l'état actuel du Projet, ne sont pas suffisamment garanties, que ce soit pour la communication des requêtes ou des données, notamment bancaires. Le Projet ne contient en outre pas de référence suffisante à la confidentialité des demandes, ni au canal de communication à utiliser. La Chambre de Commerce recommande à cet égard de prévoir l'obligation de confidentialité *ad eaternam* pour les anciens membres du SRE et de l'assortir de sanctions pénales pour violation du secret professionnel. Plus généralement, la Chambre de Commerce recommande d'appliquer les procédures du droit commun, qui, au lieu de présenter les inconvénients décrits dans le commentaire des articles et que la Chambre de Commerce n'estime pas fondés, permettraient au contraire d'éviter certains écueils tels la désuétude de la loi du 27 octobre 2010² (ci-après dénommée, la „Loi anti-blanchiment“) et un conflit de compétences entre le SRE et le Procureur d'Etat.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord sur le Projet que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

2 Loi du 27 octobre 2010 portant renforcement du cadre légal en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme; portant organisation des contrôles du transport physique de l'argent liquide entrant au, transitant par ou sortant du Grand-Duché de Luxembourg; relative à la mise en oeuvre de résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies et d'actes adoptés par l'Union européenne comportant des interdictions et mesures restrictives en matière financière à l'encontre de certaines personnes, entités et groupes dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme; modifiant [diverses lois].

Appréciation du projet de loi

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	0
Transposition de la directive	n.a.
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	-
Développement durable	+

Appréciations: ++ : très favorable
+ : favorable
0 : neutre
- : défavorable
-- : très défavorable
n.a. : non applicable

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Suite à la révélation dans la presse, courant 2012, de l'enregistrement non autorisé d'une conversation entre Jean-Claude Juncker et Marco Mille, ancien directeur du SRE, au sujet d'un autre entretien, cette fois entre Jean-Claude Juncker et le Grand-Duc concernant l'affaire „*Bommeleeër*“, des dysfonctionnements importants du SRE ont été mis en lumière. S'ils ont mené à la chute du gouvernement Juncker et ont ainsi provoqué une crise politique importante, ils ont également donné lieu à la mise sur pied d'une commission d'enquête³ qui a formulé toute une série de recommandations pour l'amélioration du fonctionnement du SRE.

Le Projet vise ainsi à réformer le SRE pour remédier aux dysfonctionnements, notamment d'ordre structurel en travaillant sur les trois axes que sont (i) le contrôle, (ii) la gestion du personnel et des membres du SRE et (iii) l'échange et la communication des informations.

S'agissant de ce dernier point, au vu de la réussite économique et financière du Luxembourg qui en fait une cible de choix pour les activités d'espionnage, notamment économique et industriel, il est primordial d'encadrer strictement les mesures d'échange d'informations pouvant être adoptées par le SRE, non seulement pour pouvoir continuer à bénéficier des échanges de renseignements avec d'autres pays ayant des standards plus exigeants, mais surtout pour lutter contre une infiltration des pratiques de blanchiment d'argent à grande échelle qui viendrait irrémédiablement nuire à la place.

C'est dans ce contexte que l'article 8 du Projet établit les règles applicables à la recherche de renseignements. Etant donné que les mesures prévues peuvent s'avérer intrusives dans la vie privée des personnes concernées et porter atteinte aux droits fondamentaux, la décision de recourir à ces mesures est soumise à certains principes tels que la proportionnalité, la subsidiarité, la légitimité et la finalité, énoncés au paragraphe 2 de l'article 8 du Projet.

Les moyens de recherche comportent, d'une part, des mesures soumises à simple autorisation interne (i.e. sur simple autorisation du seul directeur du SRE) car moins intrusives de la vie privée, et, d'autre part, des mesures plus lourdes soumises à autorisation externe. L'autorisation externe repose sur la décision du Comité ministériel suite à l'assentiment d'une commission composée du Président de la Cour supérieure de Justice, du Président de la Cour administrative et du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et après demande écrite dûment motivée du Directeur du SRE (sauf urgence, auquel cas, le Premier Ministre en personne pourra de sa propre autorité ordonner les mesures).

³ Rapport de la Commission d'enquête sur le Service de Renseignement de l'Etat produit par la Commission d'enquête sur le service de renseignement de l'Etat en date du 5 juillet 2013.

La Chambre de Commerce, tout en saluant le fait que des mesures puissent et doivent être prises lorsque la sécurité de l'Etat est en jeu, s'interroge toutefois quant aux modalités de leur mise en oeuvre, tout particulièrement lorsque celles-ci s'appliquent aux acteurs bancaires. Elle relève également l'utilisation de termes vagues ou non définis.

*

COMMENTAIRES

1. S'agissant des modalités de mise en oeuvre des mesures de recherche

a. Moyens et mesures de recherche soumis à autorisation interne

La Chambre de Commerce déplore le non-respect du principe des quatre yeux communément admis dans les entreprises privées. Ce principe fait aujourd'hui partie des règles de bonne gouvernance, qui implique notamment la séparation des diverses fonctions, des contre-vérifications, le double contrôle des actifs, un régime de doubles signatures, etc. Applicable aux entreprises privées, en particulier dans le domaine bancaire et financier, il n'y a aucune raison justifiant que ce principe ne soit pas également d'application dans l'administration publique. Il fait partie des principes de saine gestion et permettrait d'éviter les dysfonctionnements que le Projet vise précisément à écarter à l'avenir. Il est certes prévu que le membre du SRE chargé des recherches doit formuler une demande écrite motivée et que par là, avec l'autorisation du Directeur du SRE, deux personnes sont impliquées dans le processus d'autorisation mais ce dispositif n'apparaît pas suffisant pour garantir une certaine objectivité. Il faudrait à tout le moins que deux personnes, dont le Directeur du SRE, analysent la demande formulée par une troisième personne, la personne en charge des recherches.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce estime que la CEDH n'est pas respectée. En l'état actuel du Projet, il n'est pas exigé que les inspections doivent être effectuées sous l'autorité et le contrôle d'un juge ni dans le créneau horaire 6.30-20.00. Ce créneau horaire est celui qui est retenu pour toute mesure de perquisition ordonnée suivant l'article 65 du Code d'instruction criminelle (sauf infraction flagrante) et l'article 16 (6) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Si les inspections au sens des mesures de recherche soumises à autorisation interne ne peuvent se dérouler que dans des lieux publics, les ressortissants de la Chambre de Commerce – en ce compris les personnes morales, étant à considérer comme des personnes privées, en ce compris les établissements bancaires malgré l'affirmation erronée à cet égard dans le commentaire des articles du Projet, ils devraient de ce fait bénéficier de ces garanties dans la procédure de recherche soumise à autorisation externe⁴.

Enfin, à titre de comparaison, la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence prévoit au moins que, lorsque le Conseil procède aux inspections nécessaires auprès des entreprises concernées, les enquêteurs „devront en tout état de cause présenter au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant la décision du conseiller désigné ordonnant l'inspection. Cette décision doit contenir, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but“. A défaut pour le Projet de prévoir des dispositions particulières, rien ne permettrait à l'établissement concerné de s'assurer que les personnes se présentant pour une inspection dans les locaux de la banque sont bien des agents du SRE.

b. Moyens et mesures de recherche soumis à autorisation externe

La Chambre de Commerce note que les mesures de recherche soumises à autorisation externe doivent être, conformément à l'article 8 de la CEDH et à la jurisprudence récente, „subordonné[es] à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante dont la décision vise à limiter l'accès aux données et leur utilisation à ce qui est strictement nécessaire aux fins d'atteindre l'objectif poursuivi et intervient à la suite d'une demande motivée de ces autorités présentée dans le cadre de procédures de prévention, de détection ou de poursuites pénales⁵“. Les mesures de recherche doivent également être contrôlées par un juge sous peine d'enfreindre le principe de la séparation des pouvoirs.

⁴ Arrêt Société Colas Est et Autres contre France (Requête n° 37971/97) du 16 avril 2002.

⁵ Arrêts Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres et Kärntner Landesregierung (C-594/12) et autres du 8 avril 2014.

Or, dans le Projet, le SRE, service administratif relevant du pouvoir exécutif, agissant sur décision d'un Comité ministériel, est doté à la fois du pouvoir d'ordonner des mesures, de les exécuter, d'instruire et d'enquêter. Un service administratif se trouve dès lors doté de pouvoirs relevant de l'ordre judiciaire, ce qui est contraire à la séparation des pouvoirs. Certes, l'autorisation préalable de la commission des magistrats est requise, ce que la Chambre de Commerce salue par rapport au régime actuellement en place, mais le contrôle de la bonne exécution des mesures de recherche est volontairement toujours assuré par l'Exécutif⁶.

Par ailleurs, la discrétion exigée dans les hypothèses où la sûreté de l'Etat est en jeu n'est pas assurée. En effet, le seul fait qu'un agent du SRE se présente, par exemple dans un établissement bancaire, suffira à éveiller l'intérêt des employés de banque, qui ne sont pas liés par le secret dans une telle hypothèse. Il en va différemment de l'exécution d'une simple commission rogatoire, qui revêt en soi une certaine banalité, et n'éveillera pas plus d'intérêt chez le banquier que toute autre mesure ordonnée par un juge.

Selon la Chambre de Commerce, la confidentialité serait mieux assurée sous les procédures de droit commun en place, que ce soit au niveau des requêtes ou au niveau des données, notamment bancaires.

S'agissant des requêtes, le Projet ne requiert aucune obligation de confidentialité. Or, comme l'exprime l'exposé des motifs du Projet lui-même, il est nécessaire que les activités du SRE soient entourées d'une certaine confidentialité. La Chambre de Commerce estime par conséquent que si les demandes étaient effectuées par l'intermédiaire des autorités judiciaires, les demandes en question seraient entourées de la confidentialité nécessaire, ce que les juges d'ailleurs ne manquent pas de rappeler dans le libellé de leurs ordonnances.

Par ailleurs, le Projet ne contient aucune indication quant au canal de communication à utiliser. Il faudrait utiliser les moyens de droit commun, soit (i) le canal de communication sécurisé entre les banques et les autorités judiciaires („plateforme e-file“) suivant en cela les directives énoncées par la CSSF dans sa circulaire 13/566 du 6 juin 2013 ou (ii) la Cellule de renseignement financier.

Au niveau de la confidentialité des données bancaires, l'article 21 du Projet prévoit que les membres du SRE sont déliés de leur secret dans tous les cas vingt ans après leur départ du SRE et après cinq ans seulement si les membres exercent ensuite une activité professionnelle analogue. La Chambre de Commerce estime qu'il faudrait garantir la confidentialité *ad aeternam* et appliquer les sanctions pour violation du secret professionnel prévues par l'article 458 du Code pénal.

Ne pas utiliser la procédure de droit commun amènerait, par ailleurs, à une multiplication inutile des procédures, contraire à la volonté de simplification administrative. Pire, s'agissant des moyens prévus dans la Loi anti-blanchiment dont sont dotées les autorités judiciaires, le Projet tendrait, de ce fait, à priver *de facto* celles-ci de leurs pouvoirs alors qu'elles ont précisément été dotées de pouvoirs spécifiques dans le domaine de la sûreté de l'Etat et du terrorisme.

La Chambre de Commerce recommande donc de soumettre toutes les mesures de recherche sujettes à autorisation externe au droit commun actuel, ou à tout le moins de leur offrir des garanties identiques.

En outre, il ne faudrait pas non plus négliger le conflit de compétence qui pourrait survenir du dédoublement de procédures pour les domaines relevant de la compétence exclusive octroyée au Procureur d'Etat par la loi du 27 octobre 2010 qui a modifié l'article 26 du Code d'instruction criminelle. Ainsi, celui-ci est seul compétent pour les infractions aux articles 112-1, 135-1 à 135-6 et 135-9 du Code pénal, ce qui recouvre les attentats contre les personnes jouissant d'une protection internationale, les actes de terrorisme ainsi que les attentats terroristes à l'explosif. Or, ces domaines sont précisément visés parmi les compétences du SRE, au titre de ses missions telles qu'elles sont déterminées par l'article 3 du Projet. Si la recherche de renseignements est induite par „*un ou plusieurs indices concordants relatifs à une menace actuelle (...)*“, il est alors probable que ceux-ci tombent également dans le champ de la compétence du Procureur d'Etat, puisque ce dernier a dans ses attributions de „*faire procéder à tous les actes nécessaires à la recherche (...) des infractions à la loi pénale*“. Le

6 Cf. Commentaire de l'article 10 du Projet: „*le contrôle de l'application des différents moyens et méthodes n'appartient plus au Premier Ministre, Ministre d'Etat, seul, mais il est désormais imparti à un organe spécifique composé de représentants du pouvoir exécutif, à savoir le Comité ministériel*“ et „*En outre, seront garanties ainsi la discrétion des recherches et la non-judiciarisation automatique des renseignements collectés. Lorsqu'il apparaît que des entités étatiques étrangères sont impliquées dans des activités non déclarées, la judiciarisation automatique serait en effet contraire aux intérêts de l'Etat*“.

Projet risque de ce fait de créer un conflit de compétences pour les domaines relevant de la compétence exclusive du Procureur d'Etat.

Finalement, la Chambre de Commerce n'est pas convaincue par les arguments invoqués par les auteurs du Projet pour se départir du droit commun.

En effet, il est inexact d'affirmer, dans le commentaire de l'article 10 du Projet, que „*la coopération entre le SRE et la Commission de Surveillance du Secteur Financier (la „CSSF) est entravée du fait que les informations financières dont le SRE a besoin pour l'exercice de sa mission (prolifération, espionnage, terrorisme) ne peuvent être collectées auprès des institutions financières dans l'état actuel du droit que par l'intermédiaire des circulaires publiques de la CSSF*“. Les procédures de commissions rogatoires effectuées dans les établissements de crédit ne sont pas non plus à qualifier de procédures „*dénuées de rapidité*“. Ces procédures sont par nature soumises à des exigences de célérité et, s'agissant des banques, elles sont priées de les exécuter avec toute l'urgence requise. Il est ainsi généralement exigé qu'elles répondent aux autorités judiciaires dans les 24 heures.

2. S'agissant de la formulation du texte du Projet

La Chambre de Commerce relève que la terminologie employée devrait être améliorée à certains égards.

Ainsi le texte de l'article 10, paragraphe 4, point b) du Projet utilise l'expression de „*véritable bénéficiaire économique*“. Le terme exact, pour reprendre la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme est celui de „*bénéficiaire effectif*“. Cette même disposition envisage des mesures à l'égard des „*titulaires ou mandataires qui, pendant une période déterminée, ont ou avaient accès à un ou plusieurs coffres bancaires de la personne visée par la mesure de recherche*“. *Stricto-sensu*, un „*titulaire*“ de coffre-fort n'existe pas. Tout au plus existe-t-il des locataires de coffres-forts.

L'exposé des motifs justifie la nécessité de discrétion dans les recherches, notamment en raison de l'existence de „*virements bancaires occultes*“. Or, suite aux exigences relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, de tels virements occultes ne sont pas possibles. En effet, conformément au Règlement CE n° 1781/2006⁷, les informations relatives au nom du donneur d'ordre dans les virements de fonds doivent dans tous les cas être connues. Une telle mention est juridiquement incorrecte et devrait être supprimée de l'exposé des motifs.

Plus généralement, une uniformisation du vocabulaire employé par le Projet serait souhaitable pour la Chambre de Commerce. En effet, le Projet utilise les termes „*sécurité nationale*“. Dans l'exposé des motifs, les termes „*sûreté publique*“ sont parfois utilisés. Or, le Code pénal ne connaît que les termes „*sûreté de l'Etat*“ suivant les articles 101 à 136 relatifs aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat. Il en est de même du Code d'instruction criminelle. Dans la mesure où les pouvoirs conférés au SRE doivent se rapporter, par souci de sécurité juridique et de cohérence des textes entre eux, à des crimes et délits qualifiés comme tels par le droit pénal luxembourgeois, les termes „*sûreté de l'Etat*“ devraient se substituer à ceux de „*sécurité nationale*“ dans l'ensemble du Projet.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord sur le Projet que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

⁷ Règlement (CE) n° 1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds.

