

Projet de règlement grand-ducal

**déterminant les règles prévues à l'article 4 (1) de la loi du
..././.... relative à l'archivage électronique.**

Avis du Conseil d'État

(25 mars 2015)

Par dépêche du 21 novembre 2014, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État du projet de règlement grand-ducal sous objet, élaboré par le ministre de l'Économie.

Au texte du projet de règlement grand-ducal proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière et une fiche d'évaluation d'impact. L'annexe du règlement grand-ducal comportant la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation qui était également jointe est à considérer comme faisant partie intégrante du projet de règlement grand-ducal.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 24 décembre 2014..

Le 7 janvier 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a encore fait parvenir au Conseil d'État un amendement gouvernemental au projet de règlement grand-ducal.

L'avis de la Chambre de commerce sur l'amendement gouvernemental du 7 janvier 2015 a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 15 janvier 2015. L'avis de la Chambre des métiers sur le projet de règlement grand-ducal et sur l'amendement gouvernemental précité a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 25 février 2015.

Considérations générales

En vertu de l'article 4, paragraphe 1^{er}, du 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 (doc. parl. n° 6543), les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation doivent être certifiés en vue de pouvoir exercer leur activité. Selon le deuxième avis complémentaire du Conseil d'État du 10 mars 2015 relatif audit projet de loi, cette certification aura avantage à être l'œuvre d'un organisme d'évaluation de la conformité accrédité dans les conditions de l'article 5 de la loi du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS.

En vue de la certification des prestataires de services visés, l'organisme d'évaluation de la conformité accrédité devra respecter les normes techniques internationales prévues à cet effet et, en l'absence de telles normes, des règles nationales destinées à assurer « une gestion de la

sécurité de l'information et [une] gestion opérationnelle spécifiques aux processus de dématérialisation ou de conservation ». La version du projet de loi précité, annexée aux amendements parlementaires y relatifs du 20 octobre 2014, prévoit, sous réserve d'une prise en compte de l'opposition formelle confirmée par le Conseil d'État dans son avis précité du 10 mars 2015 au sujet du libellé du paragraphe 1^{er} de l'article 4 en question, que les règles régissant cette certification sont fixées par règlement grand-ducal.

Le projet de règlement grand-ducal sous examen est censé établir les règles de certification en question.

À ces fins, il se limite à reprendre comme annexe une règle technique qui, à en juger par l'avis précité de la Chambre de commerce, communiqué par dépêche du 24 décembre 2014, « a été élaborée par l'ILNAS à partir de normes internationales publiées et maintenues par l'Organisation Internationale de Normalisation, spécialement les normes ISO 27001 et ISO 27002 applicables en matière de gestion de la sécurité de l'information dont le contenu est amendé et complété de manière à couvrir spécialement les processus de dématérialisation et de conservation ».

Tout en cherchant vainement dans l'exposé des motifs ou le commentaire des articles joints au projet de règlement grand-ducal d'autres explications à cet égard, le Conseil d'État croit pouvoir déduire de l'avis de la Chambre de commerce que la règle technique jointe au texte réglementaire en projet a été élaborée dans les conditions de l'article 3 de la loi précitée du 4 juillet 2014 comme norme volontaire, validée par l'Organisme luxembourgeois de normalisation (OLAS), subdivision administrative de l'ILNAS.

En reprenant cette norme dans le règlement grand-ducal en projet, les auteurs entendent y conférer un caractère contraignant, alors que les conditions de la « règle technique » doivent être respectées en vue de la certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation.

Or, tout en annexant simplement la règle technique à un règlement grand-ducal en vue d'y conférer la qualité contraignante d'un acte réglementaire, les auteurs du projet de règlement grand-ducal sous examen se passent de toute explication concernant les dispositions reprises dans la règle technique. Dans ces conditions, le Conseil d'État se voit dans l'impossibilité d'apprécier le contenu de la règle technique à l'instar de l'analyse qu'il réserve communément aux projets à caractère réglementaire.

Il estime cependant que, du moment qu'une norme technique à caractère volontaire qui a été élaborée sous l'égide de l'ILNAS est élevée au rang d'acte réglementaire, la norme réglementaire doit éviter de dépasser le cadre posé par la loi qui lui sert de base légale, et les règles de la légistique formelle applicables aux règlements grand-ducaux doivent être respectées.

Il rappelle que les règles d'accès à l'exercice de la profession de prestataire de service de dématérialisation ou de conservation relèvent des matières réservées à la loi formelle prévues par l'article 11(6) de la Constitution, de sorte que les règlements grand-ducaux pris en exécution des dispositions légales en projet précitées ne peuvent être édictées que dans le respect de l'article 32(3) de la Constitution prévoyant que les fins, les

conditions et les modalités selon lesquelles lesdits règlements peuvent être pris doivent être spécifiés dans la loi. Or, l'annexe au règlement grand-ducal en projet apparaît à maints égards comme ignorant cette réserve légale. Dans ces conditions, le règlement grand-ducal en projet risque d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution.

Un autre problème tient à l'applicabilité des règles auxquelles il est fait référence. Alors qu'il est question de l'observation de normes internationales de la série ISO/IEC, le Conseil d'État rappelle que l'applicabilité de dispositions à caractère contraignant n'est donnée que si ces dispositions ont fait l'objet d'une publication en due forme, conformément aux exigences de l'article 112 de la Constitution. Comme il n'est fait état ni dans le dispositif de la loi de base ni dans aucune autre disposition légale de la forme que prendrait cette publication, toute modification de la norme technique, approuvée par le règlement grand-ducal en projet, devra faire à son tour l'objet d'un règlement grand-ducal à publier au Mémorial.

Dans un ordre d'idées voisin, le Conseil d'État note que l'ensemble des pages sur lesquelles est reproduite la règle technique comporte une note aux termes de laquelle « La version à jour de ce document est disponible sur <http://www.eco.public.lu>. Les versions imprimées ne sont pas gérées ». Est-ce dire que des mises à jour futures de la règle technique soient prévues sans les reprendre dans un acte réglementaire ? Si pareille option était envisagée, la règle technique risquerait d'encourir la sanction de l'inapplicabilité prévue par l'article 95 de la Constitution dès sa première modification non reprise dans un règlement grand-ducal. Aussi le Conseil d'État doit-il insister sur la suppression de ladite note en bas de page.

Sans ambition d'exhaustivité, le Conseil d'État relève encore que les textes réglementaires, y compris leurs annexes, doivent se limiter à des dispositions à caractère normatif. Dans ces conditions, par exemple, les parties « Historique au document », « Table des matières » ou « Bibliographie » n'ont pas leur place dans l'annexe d'un règlement grand-ducal. Par ailleurs, le fait de joindre à une « annexe » des appendices également appelés « annexes » sont sources de confusion pour le lecteur. Le Conseil d'État aimerait encore relever qu'il a été suivi par la Chambre des députés qui a décidé d'abandonner la subdivision des prestataires certifiés et leur évocation par les sigles « PSDC-DC », « PSDC-D » et « PSDC-C » dans le cadre de la loi en projet. Dans ces conditions, il convient de faire de même dans les règlements d'exécution de la loi en projet. Enfin, le caractère normatif des notes insérées dans les différentes subdivisions de la règle technique n'est pas établi. S'il s'agit d'éléments normatifs, alors le terme « note » risque d'induire en erreur. S'il s'agit d'éléments purement explicatifs, leur place ne se trouve pas dans un texte normatif.

Plutôt que de procéder à un examen critique complet de l'annexe du règlement grand-ducal en projet, le Conseil d'État entend se limiter aux quelques exemples énoncés pour montrer que la technique retenue pour la rédaction des normes techniques reprises de la pratique internationale et leur caractère normalement volontaire posent problème dès lors qu'il est question de reprendre ces normes comme normes juridiquement contraignantes revêtant la forme d'un règlement grand-ducal. Le libellé retenu ne convient pas, si ces normes sont intégrées dans un texte réglementaire, ne fût-ce qu'à titre d'annexe. Aussi le Conseil d'État

demande-t-il aux auteurs du règlement grand-ducal en projet, soit de reprendre la règle technique dans le dispositif du règlement en respectant à cet effet les exigences communément appliquées pour les règlements grand-ducaux, soit de considérer la règle technique en question comme une norme volontaire, tout en renonçant dans ce cas à l'intégrer dans un texte réglementaire.

C'est dès lors à titre subsidiaire que le Conseil d'État procède à l'examen du texte proprement dit du projet de règlement grand-ducal.

Examen des articles

Intitulé

Le propre d'un règlement grand-ducal étant l'exécution de la loi, le Conseil d'État propose d'en tenir compte dans le libellé de l'intitulé et d'écrire :

« Projet de règlement grand-ducal portant exécution de l'article 4, paragraphe 1^{er} de la loi du *jj mm aaaa* relative à l'archivage électronique. »

Préambule

Au niveau du fondement légal, il échet de préciser la base légale, conformément à ce qui est prévu à l'intitulé, en écrivant :

« Vu la loi du *jj mm aaaa* relative à l'archivage électronique et notamment son article 4, paragraphe 1^{er}. »

Le visa relatif aux avis des chambres professionnelles consultées doit, le cas échéant, être adapté en tenant compte des avis effectivement parvenus au Gouvernement au moment où le projet de règlement grand-ducal sera soumis à la signature du Grand-Duc.

Article 1^{er}

Sans préjudice de ses observations critiques figurant dans les considérations générales et concernant l'annexe jointe au règlement grand-ducal en projet, le Conseil d'État propose de reformuler comme suit le texte de l'article 1^{er} :

« **Art. 1^{er}.** La certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation prévue à l'article 4, paragraphe 1^{er} de la loi du *jj mm aaaa* relative à l'archivage électronique intervient selon les conditions et modalités de l'annexe. »

Articles 2 et 3

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 mars 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker