

Projet de loi

régissant les archives historiques du Service de Renseignement de l'État

Avis du Conseil d'État

(2 février 2016)

Par dépêche en date du 6 août 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré à son initiative.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact et une fiche financière. Aucun avis officiel ne semble avoir été demandé. Le Conseil d'État rappelle qu'en vertu de l'article 32 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, la Commission nationale pour la protection des données doit être demandée en son avis sur tous les projets de loi portant création d'un traitement de données.

Considérations générales

Aux termes de l'exposé des motifs, le projet sous examen a pour but de créer « *une assise légale à la conservation des dossiers composant les « archives historiques » du Service de Renseignement de l'Etat* » (ci-après le « SRE ») et de répondre ainsi à une recommandation formulée par la Commission d'enquête sur le SRE dans le cadre de son rapport du 5 juillet 2013 dans les termes suivants¹ :

« Il est indéniable que l'ensemble des documents et informations figurant dans cette banque de données présente un caractère certainement historique, voire qu'il s'agit de documents d'intérêt historique national. Le traitement, l'utilisation et la conservation doivent par conséquent être confiés à un organe disposant des compétences et des connaissances techniques et scientifiques nécessairement requises, en l'occurrence à l'institut culturel des „Archives nationales de Luxembourg“. Aux termes de la loi du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'Etat, la mission légale dévolue aux „Archives nationales de Luxembourg“ est de préserver le patrimoine historique du pays. Ainsi, il serait permis de réunir tous les documents et pièces constituant cette banque de

¹ Doc. parl. n° 6565, rapport de la Commission d'enquête sur le Service de Renseignement de l'État, p. 102. La référence à « *cette banque de données* » dans la citation de ce rapport a trait à la banque de données tenue sous forme de fiches individuelles sur support papier et microfilm visée dans la recommandation afférente de la commission d'enquête. Voir l'exposé des motifs du projet de loi sous examen pour les déclarations, tant du Gouvernement que de la commission d'enquête qui ont suivi cette recommandation

données en vue de procéder à (i) une conservation, (ii) une classification et (iii) un inventaire en vue de leur utilisation à des fins historiques et administratives.

De même, il sera permis à toute personne concernée de pouvoir consulter lesdits documents conformément au cadre légal applicable.

Cette solution permettra également de participer aux efforts à déployer en vue de normaliser le rôle et au-delà, l'image du SREL. ».

Le Conseil d'État estime cependant que réserver, ainsi que le projet sous examen le prévoit en son article 5, aux seuls experts officiellement choisis par le Gouvernement un droit d'accès aux données historiques, et partant *a contrario* exclure l'ensemble des autres chercheurs, y compris ceux qui entendraient éventuellement remettre en cause les conclusions des premiers experts, non seulement constitue une enfreinte à la liberté scientifique, mais est également contraire à la volonté affichée de rendre possible une recherche objective.

En termes de volumétrie, l'envergure de la banque de données en question a connu une évolution dans le temps, à savoir que le nombre de fiches qu'elle contient avait été estimé dans un premier temps à 300.000, avait ensuite été réduit à 170.000² pour aboutir à un total final officiel³ de 4.168 fiches concernant des personnes physiques, 2.270 fiches concernant des personnes morales et 6.645 fiches concernant des certificats de sécurité établis par l'Agence nationale de sécurité et ayant dès lors une finalité distincte de celle des fiches du SRE agissant en cette dernière qualité. Ces fiches ont fait l'objet de différentes mesures de scellé sur place, au siège de ces agences à Luxembourg et, une fois ce second fonds découvert, dans le château de Senningen. Ces mesures ont par après été levées et suivies du déménagement desdites banques de données dans les locaux des Archives nationales de Luxembourg avec un régime d'accès limité, y compris pour le SRE.

Quant aux droits des personnes (physiques et morales), dont les données ont été collectées, la loi en projet prévoit un régime spécifique d'accès indirect sur lequel le Conseil d'État reviendra dans le cadre de l'analyse des articles du projet sous examen.

Le projet de loi sous examen entend dès lors mettre un terme à l'incertitude législative actuelle quant au régime des données dites « historiques » recueillies par le SRE en leur donnant un statut particulier.

À titre de considération générale finale, le Conseil d'État se pose enfin la question de savoir si le projet de loi sous examen n'a pas perdu de son utilité suite au dépôt du projet de loi n° 6913 sur l'archivage, alors que celui-ci est appelé à régir l'ensemble des fonds d'archives publiques, y compris dès lors ceux du SRE pris dans leur ensemble et donc également les données visées au projet sous examen.

² Voir, pour ces chiffres, Laurence HART, C'était ça, la démocratie, Les archives du SREL mettent au jour un espionnage politique systématisé, Le Jeudi, 13 juin 2013, p. 6

³ Doc. parl. 6565, p. 48

Observation préliminaire sur le texte en projet

Le Conseil d'État estime que l'intitulé du projet de loi prête à confusion. En effet, il opère un amalgame entre deux notions certes voisines, mais ayant juridiquement une existence autonome, à savoir celle d' « archives » et celle de « données personnelles ».

En effet, le projet ne vise précisément pas les archives du SRE, entendues comme « *tous les documents, quels que soient leur date, leur forme matérielle, leur stade d'élaboration ou leur support, (qui) sont destinés, par leur nature, à être conservés par une autorité publique ou par une personne privée, une société ou une association de droit privé, dans la mesure où ces documents ont été reçus ou produits dans l'exercice de leurs activités, de leurs fonctions ou pour maintenir leurs droits et obligations.* »⁴. Il découle en effet de cette définition que presque tous les documents produits ou reçus par un producteur d'archives sont considérés comme des archives.

Tout au contraire, le projet sous examen ne s'applique qu'à une partie des documents détenus par le SRE, à savoir à la seule « *banque de données tenue par le SRE, constituée d'un fichier de données à caractère personnel établi sur support papier, à savoir des cartes nominatives comportant des références qui renvoient à des microfiches, ainsi que du double de ces mêmes documents* »⁵, et cela encore seulement pour les fiches et dossiers établis sur une période délimitée dans le temps, à savoir les années entre 1960 et 2001⁶.

Il s'ensuit que, loin de régler le sort des archives du SRE au sens strict du terme, le projet de loi ne fait que créer un régime dérogatoire au droit commun quant aux traitements de données personnelles effectués par ledit service pendant la période visée au projet et qui vient se substituer uniquement pour ces traitements et pour cette période de temps en tant que *lex specialis* à la loi précitée du 2 août 2002, qui reste entièrement applicable pour les autres traitements effectués par le SRE. Il met de même en place un régime dérogatoire à la législation applicable aux archives.

On est donc bien loin de la mise en place d'un cadre législatif qui permette de mener « *un effort collectif de réflexion autour de la question des archives secrètes* »⁷, alors que le projet sous examen se limite aux seules fiches individuelles, sans prendre en compte les autres éléments se trouvant aux archives du SRE.

Il y a par conséquent lieu de modifier l'intitulé du projet pour mieux en cerner l'objet, et le Conseil d'État de proposer le texte suivant :

⁴ Définition tirée de l'arrêté royal (belge) du 18 août 2010 portant exécution des articles 5 et 6 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, Moniteur belge, 23 septembre 2010. La même définition se retrouve d'ailleurs dans la loi française n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, ainsi qu'à l'article 1^{er} du projet de loi n° 6913 sur l'archivage

⁵ Voir article 2, alinéa 1^{er}, point 1, du projet sous examen

⁶ Voir article 1^{er} du projet sous examen

⁷ Josée KIRPS, La passion du secret, les « archives du SREL », in : Forum 337, pp. 20 et 21

« Loi portant mise en place d'un statut spécifique pour certaines données à caractère personnel traitées par le Service de Renseignement de l'État ».

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} définit le champ d'application de la loi, notamment en le restreignant par rapport à la période de temps concernée (uniquement les années 1960 à 2001) et par rapport à la matière étant donné qu'en vertu des définitions reprises à l'article 2, point 1), la notion de « *données collectées par le Service de Renseignement de l'Etat* » est limitée aux seules données personnelles pré-mentionnées.

Si la date de 1960 fait évidemment référence à la loi du 30 juillet 1960 concernant la protection des secrets intéressant la sécurité extérieure de l'État⁸ et qui a « *institué un service de renseignement* », l'origine de celle de 2001 n'est guère précisée sauf que le rapport de la commission d'enquête⁹ contient l'information que ce serait à partir de cette date que le SRE aurait commencé à « *traiter les données à caractère personnel dans le cadre d'un fichier informatique* ».

Le Conseil d'État estime qu'il serait plus précis de délimiter le champ d'application de la loi sous examen non pas par rapport à des dates de collecte des informations, mais par rapport aux données objet des saisies effectuées tant par la commission spéciale de la Chambre des députés, que par la chambre criminelle du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Ce procédé aurait l'avantage de décrire, avec toute la précision requise, quelles données du SRE sont concernées, étant rappelé que ces données font actuellement l'objet d'un dépôt dans un local dédié auprès des Archives nationales.

Le Conseil d'État propose par conséquent de libeller comme suit l'article 1^{er} du projet sous examen :

« Art. 1^{er}. – Champ d'application

La présente loi s'applique aux données collectées par le Service de Renseignement de l'État telles que saisies tant par la commission spéciale de la Chambre des députés, que par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, actuellement déposées aux Archives nationales. Elle autorise leur conservation et utilisation dans le but d'en garantir et d'en permettre une exploitation à des fins historiques. »

Pour ce qui est de la limitation de l'impact du projet aux seules « fiches » personnelles établies par le SRE, le Conseil d'État part du principe que, même si le commentaire des articles est muet à ce propos, l'ensemble des autres archives détenues par ce service reste assujéti au régime général des archives publiques au sens, tant, de la législation actuelle sur les archives que de celui du projet de loi n° 6913 sur l'archivage, précité.

⁸ Mémorial no. 49 du 6 août 1960, p. 1210, voir art. 2 pour l'institution dudit service

⁹ Doc. parl. 6565, p. 35

En conséquence de cette limitation du champ d'application du projet sous examen, le Conseil d'État estime que ce dernier devrait se borner à régir les seuls aspects liés au traitement des fichiers concernés pour autant que ce traitement soit dérogatoire au droit commun tel qu'il découle de la loi du 2 août 2002.

Enfin, l'article sous examen introduit encore une limitation quant à la finalité du traitement des données personnelles, en autorisant, certes, leur conservation au-delà de leur utilité administrative, mais uniquement en vue « *d'en garantir et d'en permettre une exploitation scientifique* ».

Il découle de l'exposé des motifs¹⁰ que cette exploitation scientifique, du moins selon l'intention des auteurs du projet de loi, ne serait cependant pas illimitée, mais aurait une finalité bien définie, à savoir celle « *d'examiner, si le Service de Renseignement de l'Etat a, pendant la période visée, effectué un espionnage de la vie et des activités politiques à Luxembourg ou s'il s'est tenu à l'observation des menaces contre l'Etat luxembourgeois telles que les menaces se présentaient pendant la Guerre Froide* », et cela en garantissant « *une objectivité du travail scientifique* »¹¹.

Le Conseil d'État note que, contrairement à l'exposé des motifs, le champ de recherche proposé par les auteurs du projet à l'article sous examen ne se limite pas aux seuls points y visés, mais entend permettre une recherche scientifique sans indiquer les finalités précitées, ce qui est davantage conforme au vœu de la commission spéciale.

Article 2

L'article 2 du projet sous examen fournit la définition de certains des termes utilisés dans ledit projet.

Ainsi que le Conseil d'État l'a rappelé plus haut, le projet sous examen ne vise pas l'ensemble des archives du SRE, de telle sorte qu'il y a lieu d'en tenir compte en tout premier lieu au niveau des définitions.

Il propose dès lors de remplacer le terme « archives historiques » par « banques de données historiques », afin de faire apparaître avec toute la clarté requise que l'ensemble des autres éléments se trouvant aux archives du SRE est exclu du champ d'application de la loi.

Évidemment, ce remplacement devra se faire à tous les endroits du projet où les termes définis sont utilisés, et le Conseil d'État se dispensera de soulever ce point à chaque occurrence dans la suite du présent avis.

Au regard de cette proposition et pour des considérations de précision rédactionnelle, le Conseil d'État propose de reformuler la définition prévue au point 1) comme suit:

« 1. « banque de données historiques »: les données traitées par le Service de Renseignement de l'État comprenant les cartes nominatives ainsi que les microfiches auxquelles ces cartes renvoient,

¹⁰ Doc. parl. 6850, p. 6

¹¹ *Eod. loco*

ainsi que les doubles de ces documents, telles que ces données ont été saisies tant par la commission spéciale de la Chambre des députés, que par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, actuellement déposées aux Archives nationales ; ».

L'ajout « telles que ces données ont été saisies tant par la commission spéciale de la Chambre des députés, que par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, actuellement déposées aux Archives nationales » renvoie à l'étendue des données visées définie à l'article 1^{er}.

Le Conseil d'État estime par ailleurs qu'il y a lieu d'éviter le recours à la notion de « pièce » définie au point 5) qu'il propose dans une optique de protection de données personnelles conformément à la loi précitée du 2 août 2002, de la remplacer par celle de « données ». Il y aurait ainsi lieu d'omettre la définition prévue au point 5). Les adaptations en ce sens devront être faites à travers tout le dispositif du projet de loi.

Article 3

Aux termes de l'exposé des motifs, l'article 3 du projet a pour objet :

- la création d'une équipe de chercheurs-historiens,
- la définition de leurs missions,
- la définition des règles de classement des archives à inventorier en tenant compte des niveaux de classification des pièces à classer,
- les règles appelées à régir la protection de la vie privée et de la confidentialité des mêmes pièces, et
- la définition des contours du rapport final que l'équipe des chercheurs-historiens est appelée à dresser.

Le Conseil d'État suit en son principe la décision du Gouvernement de faire procéder par des experts-historiens¹² à un travail scientifique sur les fichiers historiques du SRE et cela même dans les limites étroites découlant du champ d'application restreint de la loi sous examen, bien que d'autres voies eussent été possibles, à l'instar notamment du choix opéré par l'Allemagne pour ce qui est du *Bundesnachrichtendienst*¹³ et qui auraient permis une étude plus large de l'histoire de ce service en s'appuyant sur l'ensemble de ses archives¹⁴.

L'article sous examen, en son paragraphe 1^{er}, « autorise » le membre du Gouvernement ayant le SRE dans ses attributions à lancer un appel de candidature en vue de la mise en place d'une mission scientifique telle que décrite au projet.

¹² La question est d'ailleurs permise si le travail d'inventoriage et de tri ne serait pas mieux effectué par des experts en archivistique que par des historiens, dont le métier n'est pas l'archivage, mais la recherche historique. Il échet de relever à ce propos que la Commission spéciale avait d'ailleurs expressément préconisé le recours aux Archives nationales en vue d'une future utilisation des données par des chercheurs historiens (voir la citation du rapport de cette commission sous les considérations générales de cet avis)

¹³ Au travers de la « *Forschungs- und Arbeitsgruppe « Geschichte des BND »* », voir http://www.bnd.bund.de/DE/Organisation/Geschichtsaufarbeitung/geschichtsaufarbeitung_node.html ainsi que le site du comité <http://www.uhk-bnd.de/>

¹⁴ En effet, ainsi qu'il a été dit plus haut, l'accès aux autres fonds d'archives du SRE restera soumis au droit commun, ce qui exclut tout accès à la plupart de ces fonds en raison du délai d'interdiction de consultation qui n'est à l'heure actuelle pas encore révolu pour la plupart des documents concernés, ce qui fait que la recherche ne pourra nécessairement être que fragmentaire

Il s'agit ainsi de l'adjudication d'un marché public de services par lequel le Ministère d'État, en tant que ministère de tutelle du SRE, charge un ou plusieurs prestataires de service, en l'espèce une équipe de chercheurs-historiens, d'exécuter, après avoir été sélectionnée par un comité d'évaluation, une mission de recensement, d'exploitation et de tri des fichiers historiques de ce service, mission qui est appelée à se terminer par un rapport public sur l'exécution de cette mission et les conclusions à tirer sur les questions posées par le pouvoir adjudicataire.

Le Conseil d'État note que la voie ainsi choisie diffère de celle retenue en d'autres occasions pour des services similaires. En effet, ni la « *Commission spéciale pour l'étude des spoliations des biens juifs au Luxembourg pendant les années 1940-1945* » (« rapport Dostert » du 15 juillet 2007), ni les travaux ayant mené au rapport sur « *La « Question juive » au Luxembourg (1933-1941), l'État luxembourgeois face aux persécutions antisémites nazies* » (« rapport Artuso » du 9 février 2015), pour ne citer que les rapports les plus récents établis dans le domaine historique, n'ont fait l'objet d'une telle loi d'organisation, le rapport Dostert ayant été commandé suite à une décision du Gouvernement en conseil du 20 septembre 2001¹⁵, tandis que le rapport Artuso est le fruit d'une convention signée entre le Gouvernement et l'Université du Luxembourg le 16 avril 2013 à l'initiative de Jean-Claude Juncker, Premier ministre de l'époque¹⁶.

Il échet à cet endroit de rappeler que l'origine première du rapport Dostert se trouve dans une proposition de loi émanant du député Ben Fayot¹⁷, tendant à instituer par une loi auprès du Premier ministre une commission chargée de l'étude du sujet en question ainsi que de l'élaboration de recommandations pratiques, proposition que le Gouvernement n'a néanmoins pas suivie en rappelant que, tout en se déclarant d'accord dans une large mesure tant avec l'argumentation de l'auteur de la proposition qu'avec les objectifs qu'elle poursuit, il n'en serait pas moins obligé de s'en distancer « *pour une raison formelle : la mise en place de la commission ne (requérant) pas une décision du législateur* »¹⁸. Dans son avis relatif à cette proposition de loi, le Conseil d'État a encore rappelé que la mise en place d'une telle commission par la voie législative serait en contradiction avec l'article 76 de la Constitution pour constituer une ingérence du Parlement dans les attributions du Chef de l'État¹⁹.

Le Conseil d'État note cependant qu'à la différence notamment du rapport Dostert, l'article sous examen, s'il peut être considéré comme techniquement superfétatoire pour autant qu'il « *autorise* » le Gouvernement à procéder à un acte pour lequel celui-ci n'a pas besoin d'une telle autorisation du législateur, n'en contrevient pour autant pas à l'article 76 de la Constitution, alors que la loi en projet, tout en pouvant être considérée comme l'expression du souhait du législateur de voir le Gouvernement

¹⁵ Rapport Dostert, p. 7, *adde* doc. parl. 4744¹, p. 3

¹⁶ Rapport Artuso, p. 10

¹⁷ Doc. parl. 4744

¹⁸ Position citée à l'avis du Conseil d'État du 28 janvier 2003, doc. parl. 4744¹. Le passage afférent de la prise de position du Gouvernement se lit comme suit : « *Le Gouvernement partage l'objectif poursuivi par la proposition de loi de M. Fayot. Force lui est cependant de constater que point n'est besoin de légiférer afin d'instituer une commission spéciale chargée de l'étude de ce chapitre noir de l'histoire récente.* » (doc. parl. 4744¹, p. 3)

¹⁹ Doc. parl. 4744²

procéder à une telle mission de recherche, ne s'imisce pas dans son organisation.

Le paragraphe 2 n'appelle pas d'observation.

Il en va de même du paragraphe 3, sauf qu'il n'appartient pas à la loi de décider de la façon dont la Chambre des députés ou l'Université du Luxembourg procèdent à la désignation de leurs représentants.

Le paragraphe 4 n'appelle pas d'observation.

Le paragraphe 5, en ce qu'il prévoit une nomination des membres du comité d'évaluation provenant de la Chambre des députés par arrêté ministériel, crée un empiètement du Gouvernement sur les prérogatives de la Chambre des députés. Il n'appartient en effet pas au Gouvernement de nommer les représentants de la Chambre des députés dans un comité tel que celui mis en place par le projet sous examen. Le Conseil d'État s'y oppose dès lors formellement en ce que cette manière de procéder serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

Au regard de ces considérations, le Conseil d'État propose de rédiger le paragraphe 3 en y englobant les dispositions du paragraphe 5 comme suit :

« (3) Le comité d'évaluation est composé de six membres à savoir :

- un délégué du membre du Gouvernement ayant le Service de Renseignement de l'État dans ses attributions et un délégué du membre du Gouvernement ayant les Archives nationales dans ses attributions, nommés par un arrêté ministériel du membre du Gouvernement ayant le Service de Renseignement de l'État dans ses attributions sur proposition du Gouvernement;
- deux professeurs de l'Université du Luxembourg, nommés par un arrêté ministériel du membre du Gouvernement ayant le Service de Renseignement de l'État dans ses attributions sur proposition de l'Université du Luxembourg ;
- deux députés désignés par la Chambre des députés. »

Il pourra ainsi être fait abstraction du paragraphe 5. La numérotation des paragraphes subséquents devra toutefois être adaptée en conséquence.

Le paragraphe 6 détaille la mission des experts, qui est triple, à savoir : (1) procéder à un recensement des données visées par le projet de loi, (2) les exploiter et (3) sélectionner les données revêtues d'un intérêt historique national et dont les experts proposent le versement aux Archives nationales. Le Conseil d'État s'interroge toutefois sur la signification de la notion d'« intérêt historique national » qui figure au projet et note que cette notion ne se retrouve pas dans le projet de loi n° 6913 sur l'archivage, qui met en place un système de versement d'archives aux Archives nationales basé sur l'établissement de tableaux de tri²⁰. Cette solution aurait l'avantage de la neutralité de l'appréciation de la valeur du document concerné ainsi que de la permanence dans le temps, au contraire de la notion utilisée au projet sous examen, et dont l'appréciation risque d'évoluer dans le temps et partant comporte le risque majeur de vouer à la destruction des données

²⁰ Voir notamment les articles 6 et 7 dudit projet de loi

apparemment de peu d'importance à l'heure du tri, mais qui pourraient se révéler cruciales plus tard.

Le Conseil d'État suggère encore aux auteurs du projet de loi de préciser à l'endroit du paragraphe sous examen ce qu'ils entendent par le terme « exploiter » et propose d'y ajouter « par la méthode historique la mieux adaptée » pour bien souligner la finalité historique de cette mission. En outre, étant donné que le paragraphe 7 ajoute un élément à la mission telle que définie au paragraphe 6, il y aurait lieu de compléter ce dernier en écrivant *in fine* que « La mission confiée aux experts consiste encore en l'exécution des opérations de classement visées au paragraphe 7. »

Le paragraphe 7 ajoute en effet une nouvelle facette aux travaux des experts en leur imposant la charge de différencier, « *après avoir examiné les archives inventoriées* », les données collectées selon plusieurs critères y détaillés. En combinant ce paragraphe avec l'article 4 du projet sous examen, on peut noter que ce travail est à effectuer sur toutes les données collectées, et non pas, ce qui aurait pu être une seconde voie, seulement sur celles retenues comme présentant une valeur historique nationale.

Les critères de classement sont au nombre de quatre :

- l'origine nationale ou étrangère de la donnée,
- le niveau de classification, et la possibilité de déclassification de la donnée,
- le caractère d'intérêt historique national de la donnée, et
- le besoin du Service de Renseignement de l'État de pouvoir continuer à utiliser la donnée dans le cadre de ses missions.

Au vu du paragraphe 10, les experts peuvent se faire assister, sur leur demande, par des membres du SRE dans l'exercice, notamment, de cette mission de classement et de tri. Le Conseil d'État voit en effet mal des experts-historiens décider des besoins actuels du SRE sans l'assistance de ce dernier.

Les paragraphes 8 à 17 n'appellent pas d'observation.

Article 4

L'article 4 du projet sous examen, aux termes de l'exposé des motifs, a pour but de « consolider » par la voie législative le dépôt provisoire des fichiers historiques établis par le SRE aux Archives nationales après la levée des scellés apposés, et ce pendant une période transitoire qui comprend le temps pris par les experts pour l'établissement de leur rapport ainsi qu'une période de six mois après la signature de leur rapport final. Cette dernière demi-année est destinée à permettre au SRE, sous la responsabilité de son directeur, de procéder à l'affectation définitive des données en suivant les conclusions des experts.

Les données sont ainsi réparties en trois catégories, à savoir (1) les données non classifiées au sens de la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité, revêtues d'un intérêt historique national, qui sont versées aux Archives nationales à titre définitif, (2) les données encore revêtues d'une utilité administrative pour le SRE et

celles, classifiées, provenant de services analogues étrangers, qui sont (re-) versées aux archives actives du service et (3) les données qui ne sont plus nécessaires aux activités du SRE, mais qui ne sont pas revêtues d'un caractère historique, qui seront détruites par le service.

Le projet règle encore la désignation du responsable du traitement des données ainsi définitivement affectées au sens de la loi précitée du 2 août 2002.

Le Conseil d'État rappelle à nouveau que, par rapport au dépôt du projet de loi n° 6913 sur l'archivage, se pose la question de l'agencement entre l'article 4 sous examen et les dispositions spécifiques aux archives du SRE dans ce dernier projet, alors qu'il est évident que même les fichiers historiques, en leur qualité de données personnelles au sens de la loi du 2 août 2002, tombent sous le champ d'application de ce projet, quitte à ce que tout élément d'identification personnel ait été retiré en raison de la mise en œuvre de l'article 4, paragraphe 2, de la loi précitée du 2 août 2002.

Cette question se pose notamment, mais pas exclusivement, pour ce qui est de la décision de versement aux Archives nationales (le versement est obligatoire au vœu du projet de loi n° 6913), de celle relative à la sélection des archives (qui doit se faire de concert entre le producteur d'archives et les Archives nationales) et de celle relative à la destruction des données dénuées de valeur historique (qui doit notamment respecter des tableaux de tri spécifiques).

Article 5

L'article 5 du projet sous examen règle l'accès aux données historiques déposées aux Archives nationales, et cela (1) pour les personnes concernées par les données ainsi que pour leurs ayant-droits, (2) pour les membres du SRE dans le cadre de l'exercice de leur mission et, finalement, (3) pour les experts chargés de la mission d'inventoriage et d'étude.

Pour ce qui est des personnes ayant fait l'objet d'une surveillance et de leurs ayant-droits, les auteurs du projet de loi ont choisi, pour l'essentiel, de maintenir le système provisoirement mis en place après la découverte des fichiers, à savoir le recours à une demande à adresser à l'autorité de contrôle prévue à l'article 17, paragraphe 2, alinéa 5, de la loi précitée du 2 août 2002.

La solution d'instaurer un droit d'accès pour les personnes concernées au travers de la mise en place d'un interlocuteur spécifique pour les fichiers historiques s'inspirant par exemple de celui instauré en Allemagne pour les fichiers de la STASI de l'ancienne République démocratique allemande (« *Gauck-Behörde* »)²¹, ou en Suisse (« *Sonderbeauftragter für Staatsschutzakten* »)²², n'a dès lors pas été retenue par les auteurs du projet luxembourgeois.

²¹ *Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik vom 14. November 1991* (<http://www.gesetze-im-internet.de/stug/BJNR022720991.html>), plus particulièrement l'article 13 sur les droits d'accès des concernés

²² À la suite du rapport du 22 novembre 1989 de la commission d'enquête parlementaire (« *Bericht über unsere Abklärungen betreffend die Vorkommnisse im Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement* »), (www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10051331), ayant motivé la « *Verordnung vom 5.*

Le Conseil d'État note que le choix opéré par les auteurs du projet de se référer, pour ce qui est des droits d'accès des personnes concernées, aux dispositions formulées dans la loi précitée du 2 août 2002, au lieu de régler ces droits selon la législation, actuelle et future, sur les Archives nationales, démontre à nouveau avec toute la clarté requise que la loi sous examen est bien relative à un traitement de données personnelles historiques et non pas à des dossiers historiques.

Les dispositions proposées vont au-delà de la loi précitée du 2 août 2002 en ce que la mission de l'autorité de contrôle visée à l'article 17 de cette loi dépasse celle y inscrite, étant donné que cette autorité pourra autoriser une communication – certes éventuellement limitée conformément aux dispositions du projet²³ – du dossier au demandeur, et ne devra pas se borner, ainsi que cela est le cas dans la loi précitée du 2 août 2002, à simplement « *informer la personne concernée que le traitement en question ne contient aucune donnée contraire aux conventions, à la loi et à ses règlements d'exécution* », sans pouvoir accorder un droit d'accès direct.

Les dispositions sous examen dépassent encore le cadre de la loi précitée du 2 août 2002 en ce qu'elles règlent les droits d'accès et de communication en cas de décès de la personne concernée, hypothèse qui ne figure pas en tant que telle à la loi précitée du 2 août 2002, bien que le Conseil d'État eût préféré une définition plus précise de la notion de « *personne qui au moment du décès a vécu avec* » la personne concernée.

Le Conseil d'État propose aussi de remplacer à l'endroit du paragraphe 4 les termes « à ses enfants » par « à ses descendants en ligne directe », étant donné qu'il estime que ce droit d'accès doit rester acquis également au-delà de la première génération de descendants, toute personne ayant le droit de connaître sa propre histoire familiale.

Pour ce qui est des accès des membres du SRE aux données archivées dans le cadre non pas du travail des experts, mais dans l'exercice de leur mission première, le Conseil d'État estime que ce régime spécifique n'a pas de raison d'être. Si le Conseil d'État peut admettre qu'au moment de la saisie des données par la commission d'enquête et la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le tri entre données encore actives et données classées n'a pas pu être fait pour des raisons évidentes, cela devrait pourtant être le cas après le tri par la commission d'experts, qui, si elle l'estime nécessaire, pourra se faire assister dans cette tâche par le SRE.

Au cas où les auteurs du projet ne devaient pas suivre le Conseil d'État et maintenir un droit d'accès au profit du SRE, les considérations suivantes s'imposent.

März 1990 über die Behandlung von Staatsschutzakten des Bundes » (AS 1990, p. 386, abrogée par la *Verordnung* du 10 janvier 2001, AS 2001, p. 189); voir également Pia OPPEL, « *An alle Schweizerbürger ...* », *Über die Staatsschutzakten von Victor und Marianne Fenigstein und den Umgang der Schweiz mit ihrer Geheimdienstaffäre*, in. *Forum* 327, pp. 10-12; adde Markus Büschi, *Fichiert und archiviert, Die Staatsschutzakten des Bundes 1960 – 1990*

²³ Voir article 5 (3)

Il découle du commentaire des articles, sans que par ailleurs cette précision se retrouve dans le projet de loi, que l'accès des agents du SRE ne serait prévu que « *pendant les travaux des experts* »²⁴ seulement, ce qui semble exclure tout accès par le SRE après cette période transitoire. Mais, comme le texte sous examen est muet sur ce point, le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de le compléter en insérant une référence expresse à la période de temps, à l'instar du droit concédé aux personnes concernées.

En outre, si le projet sous examen soumet bien tout accès d'agents du SRE à une obligation de documentation par le biais d'un registre des consultations à tenir auprès des Archives nationales, la loi devrait spécifier les indications à porter sur ce registre et qui devraient notamment inclure la finalité de l'accès avec toute la précision requise pour pouvoir juger de sa légalité et de sa légitimité. Le Conseil d'État suggère que les auteurs du projet s'inspirent à cette fin de l'article 48-24 du Code d'instruction criminelle.

Enfin, en limitant les droits d'accès à la période de temps précisée ci-dessus, est-ce que les auteurs du projet entendent dire qu'après cette période, l'ensemble des données conservées se verra appliquer les dispositions de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point d), de la loi précitée du 2 août 2002, et que ces données seront par conséquent apurées de tout élément permettant l'identification des personnes concernées, alors que leur durée de conservation légitime sera alors définitivement révolue et que le maintien des données concernées ne pourra plus se faire qu'en application du paragraphe 2 du même article ? Si tel est le cas, qui sera chargé de cette anonymisation, alors que les fichiers ne sont déjà plus à l'heure actuelle entre les mains de leur auteur ?

Le Conseil d'État rappelle encore que le projet de loi sur l'archivage, respectivement ses règlements d'application, mettent en place un régime de droit commun réglant l'accès des producteurs d'archives aux documents qu'ils ont déposés, régime qui devrait également s'appliquer aux données visées par le projet de loi sous examen.

En dernier lieu, l'article sous examen règle les droits d'accès des experts chargés de l'inventaire, du tri et de l'étude des fiches données.

Le Conseil d'État s'interroge cependant sur la conformité d'un tel accès par des tiers avec les engagements internationaux pris par le Luxembourg en matière d'accès aux informations classifiées, et le Conseil d'État de rappeler que la question de l'accès aux pièces de provenance étrangère a été, aux yeux de ses auteurs, un enjeu majeur dans le cadre du projet de loi n° 6675 portant organisation du SRE (...) ²⁵, de telle sorte qu'il met en doute la cohérence entre les positions restrictives prises dans ce dernier projet et celles d'une ouverture totale prônée dans le cadre du projet sous examen, qui préconise pour les experts un accès illimité et sans même

²⁴ Exposé des motifs, p. 13

²⁵ Voir doc. parl. 6675, projet initial, p. 41, et la décision de la Cour constitutionnelle 104/13 du 25 octobre 2013 (Mém. A 2013, no. 194) qui est à l'origine de l'article 7 dudit projet 6675 sur le point des informations en provenance de services « amis » ; voir également l'avis du Conseil d'État à ce propos, doc. parl 6675³, p. 16

qu'ils soient porteurs d'une quelconque habilitation de sécurité y compris aux pièces d'origine étrangère²⁶.

Sous réserve de ce point particulier, le Conseil d'État peut cependant admettre qu'en droit interne, une loi spéciale vienne créer un régime particulier afin de régler une situation spécifique, de telle sorte qu'il ne voit pas d'objection à voir accorder aux experts un accès hors habilitation aux pièces d'origine nationale.

Article 6

L'article 6 du projet sous examen, qui règle l'entrée en vigueur de la loi, n'appelle pas d'observation particulière.

Observations d'ordre légistique

Article 2

Le Conseil d'État propose d'omettre les définitions prévues aux points 2, 3, 4, et 6 en ce qu'elles ne constituent pas des définitions, mais des renvois à des définitions prévues à l'article 2 de la loi précitée du 2 août 2002 et qui sont d'ailleurs superflus.

Article 5

Sous réserve de ses observations concernant l'article 5 ci-avant, le Conseil d'État propose de commencer le paragraphe 1^{er} par « en vertu » au lieu de « au sens ».

Il y a lieu de remplacer la référence à l'article 17, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 2 août 2002 qui est prévue au paragraphe 2 par un renvoi à l'article 17, paragraphe 2, alinéa 5, de cette loi.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 février 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker

²⁶ Le Conseil d'État constate que la Suisse, dans la *Verordnung* du 20 mars 1990, a retenu une solution qui, transposée au Luxembourg, aurait permis d'éviter l'écueil des pièces étrangères (voir, plus spécialement, art. 4 et 5 de ce texte). L'ensemble du système mis en place par la Suisse aurait par ailleurs été parfaitement adaptable à la situation des données dites historiques du SRE grand-ducal, et on peut regretter que les auteurs du projet sous examen ne s'en soient pas plus inspirés