

Projet de loi

portant sur certaines modalités d'application et les sanctions du règlement (UE) n° 2019/881 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA (Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité) et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications, et abrogeant le règlement (UE) n° 526/2013 et portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS

Avis du Conseil d'État

(29 juin 2023)

Par dépêche du 22 décembre 2022, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Économie.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière, du texte coordonné de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS que la loi en projet sous examen tend à modifier, ainsi que du texte du règlement (UE) n° 2019/881 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers, demandés selon la lettre de saisine, ne sont pas encore parvenus au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen vise à mettre en œuvre le règlement (UE) n° 2019/881 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA (Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité) et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications, et abrogeant le règlement (UE) n° 526/2013 (règlement sur la cybersécurité), ci-après « règlement (UE) n° 2019/881 », à travers l'insertion dans l'ordre juridique national d'un certain nombre de mesures d'application du texte européen.

Le règlement (UE) n° 2019/881 procède à une refonte du cadre organisationnel de l'Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité (ENISA). Il vise par ailleurs à améliorer les conditions de fonctionnement du marché intérieur en renforçant le niveau de cybersécurité au sein de l'Union européenne et en mettant en place une approche harmonisée en ce qui concerne les schémas européens de certification de cybersécurité qui forment un ensemble de règles, d'exigences techniques, de normes et de procédures

qui constituent un cadre pour la certification ou l'évaluation de la conformité des produits TIC (Technologies de l'information et de la communication), des services TIC et des processus TIC.

Dans ce contexte, les auteurs du projet de loi soulignent encore que le mandat confié à l'ENISA et l'établissement d'un cadre européen de certification de cybersécurité ont pour but, d'une part, de garantir un niveau adéquat de cybersécurité des produits, services et processus liés aux technologies de l'information et de la communication dans le marché intérieur de l'Union européenne, et, d'autre part, d'éviter la fragmentation du marché intérieur des schémas de certification de cybersécurité, qui sont souvent source de protectionnisme au sein de l'Union européenne.

Le Conseil d'État note que les auteurs du projet de loi ont fait le choix de procéder à la mise en œuvre du règlement (UE) n° 2019/881 à travers un texte de loi autonome, texte qui touche aux missions de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (ci-après « ILNAS »), tout en modifiant encore ensuite, sur un point, la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS en vue de son adaptation aux nouvelles missions de ILNAS.

Le Conseil d'État aurait, pour sa part, une préférence pour un ancrage du dispositif dans la loi précitée du 4 juillet 2014 de façon à réunir les missions de l'ILNAS, dans la mesure du possible, dans un seul texte.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} désigne l'ILNAS comme autorité nationale de certification de cybersécurité au sens de l'article 58 du règlement (UE) n° 2019/881 en précisant que l'ILNAS est responsable des tâches de supervision visées à la disposition en question.

Le Conseil d'État constate que, parallèlement, l'article 11 du projet de loi modifie la loi précitée du 4 juillet 2014 en confiant à l'« Organisme luxembourgeois de la confiance numérique » nouvellement créé et qui remplace l'actuel « département de la confiance numérique » auprès de l'ILNAS la mission d'« assumer les tâches d'autorité nationale de certification de cybersécurité (...) au sens de l'article 58 du règlement (UE) n° 2019/881 ».

Les auteurs du projet de loi ne justifient pas autrement cette modification de la loi qui organise les cadres de l'ILNAS et se limitent à préciser qu'il s'agit « d'une réorganisation interne au sein de l'ILNAS ».

Le Conseil d'État note que l'article 58 du règlement (UE) n° 2019/881 invite les États membres à désigner une ou plusieurs autorités nationales de certification de cybersécurité sur leur territoire « comme responsables des tâches de supervision dans l'État membre qui procède à la désignation ».

Le Conseil d'État part cependant du principe qu'en l'occurrence l'Organisme luxembourgeois de la confiance numérique, qui constitue une subdivision de l'ILNAS, se limitera à assumer les fonctions d'autorité

nationale de certification de cybersécurité pour le compte de l'ILNAS, administration qui constitue l'autorité désignée. Le Conseil d'État renvoie dans ce contexte à ses avis émis en relation avec le projet de loi qui est devenu la loi du 23 décembre 2022 portant modification entre autres de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS¹, avis dans lesquels il avait recommandé d'éviter des situations dans lesquelles des compétences administratives étaient attribuées à une subdivision de l'ILNAS, plutôt qu'à l'ILNAS lui-même, soustrayant ainsi les activités en question à l'autorité du directeur de cette administration qui en est pourtant censé être le chef hiérarchique.

Le Conseil d'État note encore qu'à l'exposé des motifs les auteurs du projet de loi expliquent que « les activités d'accréditation et de certification étant incompatibles au sein d'une même entité, étant donné que l'OLAS, au sein de l'ILNAS, est l'organisme luxembourgeois d'accréditation et de surveillance, l'ILNAS ne peut pas exercer de tâches de certification » et qu'il est dès lors prévu que la tâche de certification sera confiée à une autre entité nationale ou à un autre État membre de l'Union européenne.

Le Conseil d'État constate que ce sont normalement les organismes d'évaluation de la conformité qui délivrent, de façon autonome, les certificats de cybersécurité européens (article 56, paragraphe 4, du règlement européen n° 2019/881), et que ce n'est que par exception que cette tâche revient à une autorité nationale de certification de cybersécurité ou à un organisme public accrédité en tant qu'organisme d'évaluation de la conformité ou à un organisme d'évaluation de la conformité sur approbation préalable ou délégation préalable de l'autorité nationale de certification (article 56, paragraphes 5 et 6, du règlement européen n° 2019/881). D'après les termes de l'article 58, paragraphe 4, du règlement européen n° 2019/881, les États membres doivent veiller à ce que les activités des autorités nationales de certification de cybersécurité liées à la délivrance de certificats de cybersécurité européens et visées à l'article 56 précité « soient strictement distinctes de leur activité de supervision (...) et à ce que ces activités soient exécutées indépendamment l'une de l'autre ». Plutôt que de cibler une ségrégation des tâches d'accréditation et de certification, il s'agira dès lors, en l'occurrence, de veiller à ce que les tâches de surveillance et de certification, certes limitées de l'autorité nationale de certification, soient effectuées de façon distincte les unes des autres.

Il conviendra en tout état de cause de mettre sur pied cette autorité de certification pour parfaire la mise en œuvre du règlement européen. Le projet de loi sous avis aurait pu prêter son cadre pour l'instauration de cette autorité. Le Conseil d'État est par ailleurs d'avis que l'instauration de cette autorité pourrait se faire au niveau de l'ILNAS, étant entendu qu'il conviendra de veiller à ce que l'autorité en question dispose d'une indépendance opérationnelle effective, d'un personnel propre, de lignes hiérarchiques séparées et d'un processus décisionnel distinct par rapport aux services qui assurent les tâches de supervision. Le Conseil d'État renvoie à titre d'exemple

¹ Avis du Conseil d'État (N° CE 60.531) du 16 novembre 2021 sur le projet de loi portant modification : 1° de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS ; 2° de la loi modifiée du 17 mai 1882 sur les poids et mesures ; 3° de la loi du 26 janvier 1922 portant certaines modifications au service de la vérification des poids et mesures (doc. parl n° 7767⁴) ; avis complémentaire du Conseil d'État (N° CE 60.531) du 27 septembre 2022 ((doc. parl n° 7767⁷) ; deuxième avis complémentaire du Conseil d'État (N° CE 60.531) du 15 novembre 2022 ((doc. parl n° 7767⁹)).

aux dispositions des articles 12-4, paragraphe 5, et 12-6 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, dispositions qui ont trait à l'organisation du conseil de résolution et du service de résolution.

Article 2

Sans observation.

Article 3

L'article 3 instaure, en son paragraphe 1^{er}, un comité national de certification de cybersécurité dont les attributions sont calquées, au niveau national, sur celles du Groupe européen de certification de cybersécurité. D'après le commentaire des articles, il s'agirait notamment d'assurer « l'échange d'informations entre les acteurs étatiques principaux que sont le ministère de l'Économie et le ministère d'État ».

Le Conseil d'État donne à considérer que si les intentions des auteurs du projet de loi sous avis, telles qu'elles ressortent de la lecture du commentaire de l'article sous examen, étaient traduites au niveau du dispositif du projet de loi en question, ce dispositif viserait à organiser la façon dont deux départements ministériels travaillent ensemble. Or, une telle disposition serait contraire à l'article 76, alinéa 1^{er}, de la Constitution qui réserve le pouvoir d'organiser le gouvernement au Grand-Duc. À l'avenir, après l'entrée en vigueur de la Constitution révisée au 1^{er} juillet 2023, la même disposition se heurterait au texte de l'article 92 de la Constitution révisée, selon les termes duquel « [l]e Gouvernement détermine son organisation et son fonctionnement par voie de règlement interne, approuvé par arrêté grand-ducal, à l'exception des matières que la Constitution réserve à la loi. » Étant donné que les prédites intentions des auteurs du projet de loi ne ressortent cependant pas du libellé du texte, le Conseil d'État peut s'accommoder du dispositif, dans sa teneur envisagée.

Au paragraphe 2, lettre e), on peut s'interroger sur l'identité des « parties prenantes concernées » dans le cadre de la certification de cybersécurité. Bien que lesdites parties prenantes concernées ne fassent pas l'objet d'une définition, ni à travers le projet de loi sous examen, ni au niveau du règlement (UE) n° 2019/881, ce dernier énumère néanmoins à travers son dispositif une multitude d'exemples relevant tant du secteur privé que du secteur public. À titre d'exemple, l'on peut mentionner les entreprises du secteur des TIC, les fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques accessibles au public, les PME, les opérateurs de services essentiels, les organisations de consommateurs, les experts universitaires en matière de cybersécurité, les organisations européennes de normalisation ainsi que les autorités chargées de l'application de la loi et les autorités de contrôle de la protection des données. Il devrait ainsi être possible de mieux cerner les parties prenantes que le comité est censé informer en relation avec le processus consultatif prévu à l'article 56, paragraphe 3, point c), du règlement (UE) n° 2019/881.

Observation générale concernant les articles 4 à 7

Les articles 4 à 7 forment le chapitre 2 du projet de loi intitulé « Obligations ». Cet intitulé tout à fait général recouvre un ensemble de

situations très diverses allant des obligations des opérateurs sur le marché des TIC envers les consommateurs jusqu'à l'obligation pour les organismes d'évaluation de la conformité de demander une accréditation, en passant par les obligations d'information des opérateurs susvisés vis-à-vis de l'autorité nationale et par le secret professionnel.

Une meilleure structuration du projet de loi sur ce point et des intitulés reflétant mieux le contenu des articles qui suivent seraient de nature à augmenter la lisibilité du projet de loi.

Article 4

Sans observation.

Article 5

L'article 5 impose un certain nombre d'obligations aux titulaires de certificats de cybersécurité européens, aux émetteurs de déclaration de conformité de l'Union européenne et aux organismes d'évaluation de la conformité dans leurs relations avec l'Autorité nationale.

Ainsi, le paragraphe 1^{er} prévoit l'obligation pour les acteurs en question d'accorder à l'autorité nationale un accès à « toute information, document, personne, équipement et local dont elle a besoin pour pouvoir assurer sa tâche de supervision ». Le Conseil d'État constate que ces obligations pour les opérateurs découlent directement, notamment en ce qui concerne l'accès aux locaux, des pouvoirs qui sont énumérés à l'article 58, paragraphe 8, du règlement (UE) n°2019/881, pouvoirs dont l'autorité nationale doit, aux termes de l'article 58 en question, disposer au minimum. Plutôt que de faire apparaître le pouvoir qui est conféré à l'autorité nationale dans un texte qui impose des obligations aux opérateurs, le Conseil d'État aurait une préférence pour une solution qui renverrait expressément aux pouvoirs conférés à l'autorité nationale par le règlement européen, ce renvoi pouvant ensuite être complété, si nécessaire, par une énumération précise des pouvoirs supplémentaires dont le législateur national veut doter l'autorité pour exercer ses pouvoirs de supervision des acteurs du secteur.

Le Conseil d'État note encore que les conditions d'accès aux locaux des acteurs ici visés ne sont pas précisées. Dans son avis n° 50.397 du 11 novembre 2014², le Conseil d'État s'était exprimé en ces termes à ce sujet: « Le droit des fonctionnaires précités de pénétrer dans des locaux d'habitation tout comme les locaux professionnels doit être interprété restrictivement. Les conditions d'accès à ces locaux, de même que les perquisitions et saisies des documents, doivent également répondre aux principes de légalité et de proportionnalité afin de protéger les personnes contre les atteintes arbitraires des pouvoirs publics aux droits garantis aussi bien par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que par l'article 15 de la Constitution et être inscrites dans le texte de la loi. ». Dans son avis n° 60.346 du 22 juin 2021³, le Conseil d'État avait repris cette même observation en l'assortissant cette fois-ci d'une

² Avis du Conseil d'État du 11 novembre 2014 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 21 novembre 1980 portant organisation de la direction de la santé et la loi modifiée du 16 août 1968 portant création d'un Centre de logopédie et de services audiométrique et orthophonique (doc. parl. n° 6646).

³ Avis du 22 juin 2021 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 21 mars 2012 relative aux déchets (doc. parl. n° 7659).

opposition formelle. Le Conseil d'État en était arrivé en effet à la conclusion qu'« [é]tant donné que ces garanties ne sont pas données dans le texte sous examen, le Conseil d'État est amené à s'opposer formellement à celui-ci ».

Dans le cadre de son avis complémentaire du 18 janvier 2022⁴, le Conseil d'État avait décidé de lever l'opposition formelle mentionnée ci-avant en argumentant comme suit : « Dans son avis précité du 22 juin 2021, le Conseil d'État avait demandé, sous peine d'opposition formelle, que les pouvoirs et prérogatives de contrôle des « personnes visées à l'article 45, paragraphe 1^{er} », de la loi précitée du 21 mars 2012 soient encadrés des garanties nécessaires au respect des principes de légalité et de proportionnalité. Par l'amendement sous revue, les auteurs ajoutent la condition d'existence d'« indices graves faisant présumer une infraction à la présente loi ou à ses règlements d'exécution », ainsi que la mention selon laquelle « [l]es actions de contrôle entreprises respectent le principe de proportionnalité par rapport aux motifs invoqués ». Ces garanties supplémentaires répondent aux observations formulées par le Conseil d'État à l'égard de la disposition faisant l'objet de l'amendement sous revue et lui permettent de lever son opposition formelle. »

Le Conseil d'État précise néanmoins qu'il ne sera pas nécessaire de viser expressément le principe de proportionnalité au niveau de la loi en projet dans la mesure où le principe en question est reconnu comme principe de droit à valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle⁵.

Toujours concernant le pouvoir de l'ILNAS d'avoir accès aux locaux des acteurs visés à l'article 5, paragraphe 1^{er}, du projet de loi sous avis, l'article 58, paragraphe 8, lettre d), du règlement (UE) n°2019/881 dispose que celui-ci est exercé « conformément au droit procédural de l'Union ou au droit procédural d'un État membre ». Le Conseil d'État constate que les auteurs du projet de loi sous examen n'ont pas assorti le pouvoir d'accès, notamment aux locaux, d'un dispositif procédural.

Au vu de ce double manque d'encadrement, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte de l'article 5, paragraphe 1^{er}, du projet de loi

Le Conseil d'État attire par ailleurs l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que l'article 10 du projet de loi sanctionne pénalement le fait d'entraver les enquêtes de l'autorité nationale. Il conviendrait de compléter ces sanctions par un dispositif procédural qui pourrait s'inspirer des dispositions de l'article 15, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 4 juillet 2014, qui fait intervenir les officiers et agents de police judiciaire de l'ILNAS lorsqu'il s'agit d'accéder aux locaux, installations, sites et moyens de transport à la condition que des indices graves faisant présumer une infraction existent.

En conclusion, et afin de lui permettre de lever l'opposition formelle qu'il vient de mettre en avant, le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi de compléter le texte qu'ils proposent par un dispositif reprenant les conditions et les éléments procéduraux figurant à l'article 15, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 4 juillet 2014.

⁴ Avis complémentaire du Conseil d'État du 18 janvier 2022 sur le projet de loi modifiant : 1° la loi modifiée du 21 mars 2012 relative aux déchets ; 2° la loi modifiée du 31 mai 1999 portant institution d'un fonds pour la protection de l'environnement (doc. parl. n° 7659).

⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 146/21 du 19 mars 2021 (Mém. A-no 232 du 23 mars 2021).

Le paragraphe 2 reprend une obligation d'information de l'autorité nationale par les titulaires de certificats de cybersécurité européens, les émetteurs de déclaration de conformité de l'Union européenne et les organismes d'évaluation de la conformité qui figure à l'article 56, paragraphe 8, du règlement (UE) n°2019/881, en l'assortissant d'un délai et de modalités. La mise en œuvre du dispositif respectant le cadre tracé par le règlement européen, le Conseil d'État peut marquer son accord avec la disposition proposée.

Article 6

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen dispose que « [t]oute personne chargée ou ayant été chargée de procéder à des audits par l'autorité nationale auprès des fabricants ou fournisseurs de produits TIC, services TIC et processus TIC est tenue au secret professionnel [...] ».

Dans l'hypothèse d'un recours à un cabinet d'audit par l'autorité nationale, le Conseil d'État estime qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une obligation additionnelle au secret professionnel telle que celle inscrite au paragraphe 1^{er}, étant donné que les cabinets d'audit sont déjà soumis à l'obligation du secret professionnel inscrite tant à l'article 458 du Code pénal qu'à l'article 28, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 23 juillet 2016 relative à la profession de l'audit⁶.

Article 7

Le paragraphe 1^{er} ne fait que reproduire la substance de l'article 60 du règlement (UE) n° 2019/881 en imposant aux organismes d'évaluation de la conformité qui souhaitent certifier des produits TIC, des services TIC et des processus TIC l'obligation de se faire accréditer. La disposition est dès lors à la limite superfétatoire. Conformément à l'article 5 de la loi précitée du 4 juillet 2014, l'accréditation se fera par l'Office luxembourgeois d'accréditation et de surveillance (OLAS) qui constitue un département de l'ILNAS.

D'après le paragraphe 2, l'organisme d'évaluation de la conformité accrédité au sens de l'article 60 du règlement (UE) n° 2019/881, en informe dans un délai de soixante-douze heures l'autorité nationale. Si le Conseil d'État lit correctement cette disposition, l'organisme d'évaluation de la conformité accrédité par l'OLAS, c'est-à-dire en fin de compte l'ILNAS, devra informer l'ILNAS en tant qu'autorité nationale de son accréditation. Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant la structuration de l'ILNAS en départements rappelées ci-dessus en relation avec l'article 1^{er} du projet de loi.

Les paragraphes 3 et 4 ne donnent pas lieu à des observations de la part du Conseil d'État.

Article 8

L'article 8 impose à l'autorité nationale certaines obligations et la dote de moyens lui permettant d'exercer ses pouvoirs.

⁶ Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A, n°141 du 26 juillet 2016.

Le paragraphe 1^{er} charge l'autorité nationale de notifier à la Commission européenne tout organisme d'évaluation de la conformité accrédité. En son alinéa 2, le paragraphe prévoit que l'autorité nationale peut, sous certaines conditions, adresser une demande à la Commission européenne pour retirer de la liste tenue par la Commission européenne des organismes d'évaluation de la conformité. Le Conseil d'État ne formule pas d'observations de principe. Il n'est cependant pas très clair à quel élément du dispositif se rapportent les termes « tel que défini dans l'article 61 du règlement (UE) n° 2019/881 ». S'il s'agit de la notification dont a fait l'objet l'organisme d'évaluation de la conformité, il conviendra d'écrire « définie ». Si c'est le schéma européen de certification de cybersécurité qui est visé, il conviendra de se référer, non pas à l'article 61 du règlement européen, mais à son article 46 qui traite du cadre européen de cybersécurité.

Le paragraphe 2 prévoit tout d'abord que si l'autorité nationale constate que les activités d'un organisme d'évaluation de la conformité qui émet des certificats de cybersécurité européens aux niveaux d'assurance dits « élémentaire » et « substantiel » ne sont pas conformes « aux exigences du règlement (UE) n° 2019/881, des actes d'exécution pris en son exécution, des schémas européens de certification de cybersécurité correspondants et à la présente loi », elle invite l'organisme concerné à se conformer à ces exigences.

Au paragraphe 2, deuxième phrase, il est ensuite prévu qu'au cas où l'acteur concerné ne se met pas en conformité dans le délai imparti par l'administration, il pourra se voir infliger « les sanctions administratives prévues à l'article 9 » ou s'exposer à la dénonciation des « infractions par rapport à l'article 10 de la [...] loi ».

Cette façon de procéder des auteurs du projet de loi pose un problème dans la mesure où le but poursuivi par le dispositif ne ressort pas clairement du texte proposé, et cela en raison de l'imbrication de la disposition avec les articles 9 et 10 du projet de loi sous examen.

En effet, si les auteurs ont pour objectif d'assortir une non-conformité aux exigences « du règlement (UE) n°2019/881, des actes d'exécution pris en son exécution, des schémas européens de certification de cybersécurité correspondants et à la présente loi » d'une sanction administrative ou pénale, ou plus précisément d'une dénonciation dans le second cas, au-delà des comportements précis énumérés aux articles 9 et 10, le prescrit de l'article 14 de la Constitution, dont découlent des principes de la légalité des peines et la spécification des incriminations, ne serait pas respecté. Le Conseil d'État note que les articles 9 et 10 visent exclusivement des infractions au règlement (UE) n° 2019/881 et non pas des infractions à la loi en projet. Par contre, si l'intention des auteurs est d'accorder un délai pour que les acteurs puissent se conformer aux exigences qui découlent des cas de figure précis repris aux articles 9 et 10, le Conseil d'État estime qu'il conviendrait de reformuler le paragraphe 2, pour en faire ressortir clairement l'objectif. Le Conseil d'État note encore que le commentaire des articles n'apporte pas davantage d'éclaircissements à ce sujet. En tout état de cause, le dispositif tel qu'envisagé par les auteurs du projet de loi devra se limiter aux comportements visés aux articles 9 et 10, qui sont les seuls à être incriminés de façon précise par les dispositions en question.

Tenant compte des observations qui précèdent et de sa lecture du dispositif, le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi de reformuler le paragraphe 2 comme suit :

« (2) Si l'autorité nationale constate qu'un organisme de la conformité qui émet des certificats de cybersécurité européens aux niveaux d'assurance dits « élémentaire » et « substantiel », tels que définis à l'article 52 du règlement (UE) n° 2019/881 précité, a un comportement visé aux articles 9 et 10 et sanctionné par les articles en question, elle invite l'organisme d'évaluation de la conformité à y remédier, dans les délais qu'elle détermine. Si, passé ce délai, l'organisme d'évaluation de la conformité n'y a pas remédié, l'autorité nationale peut appliquer les sanctions administratives afférentes prévues à l'article 9 ou dénoncer les infractions afférentes prévues à l'article 10 ».

Ces observations valent également pour les paragraphes 3 et 4.

Le Conseil d'État constate qu'en ce qui concerne la dénonciation des infractions, il conviendrait de se référer correctement à la « dénonciation des comportements incriminés par l'article 10 de la loi ». L'objet principal de l'article 10 se limite en effet à la définition des sanctions pénales par rapport aux comportements qui y sont incriminés. Cette observation vaut également pour les paragraphes 3 et 4, à chaque fois par rapport à la deuxième phrase.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État demande de reformuler la partie de la phrase qui se réfère aux « activités d'un organisme d'évaluation de la conformité, tel que défini dans l'article 56 paragraphe 6 a) ou b) du règlement (UE) n° 2019/881 ». Cette formulation laisse en effet croire que la disposition du règlement européen (UE) n° 2019/881 fournit une définition de ce qu'il faut entendre par « organisme d'évaluation de la conformité », ce qui n'est pas le cas. Il convient de viser « les activités d'un organisme d'évaluation de la conformité, qui intervient dans les conditions de l'article 56, paragraphe 6, lettre a) ou b) ».

Au paragraphe 5, il est prévu qu'en cas de violation grave « par un titulaire de certificats, d'un émetteur d'une déclaration de conformité ou d'un organisme d'évaluation de la conformité des exigences fixées dans le règlement (UE) 2019/881, [...] » l'autorité nationale peut en informer les ministères compétents. Au commentaire des articles, les auteurs précisent qu'il est nécessaire de communiquer ces informations aux autorités compétentes pour des questions de sécurité nationale ou autres. Au regard de cette précision, le Conseil d'État en est à se demander si, en cas de violation grave, les ministères compétents ne devraient pas obligatoirement en être informés.

Au paragraphe 6, première phrase, il est superflu de préciser que les vérifications auxquelles l'autorité nationale peut procéder à tout moment peuvent être déclenchées, « aussi sur demande dûment justifiée de personnes intéressées ». La référence à des « personnes intéressées » est par ailleurs insuffisamment circonscrite. Enfin, et au niveau de la deuxième phrase du même paragraphe, le Conseil d'État recommande de détailler les frais d'experts qui seront « couverts par les titulaires de certificats de cybersécurité européens, les émetteurs de déclaration de conformité de l'Union européenne et les organismes d'évaluation de la conformité », et cela à l'instar de ce qui est prévu par exemple à l'article 4, paragraphe 2, de la loi précitée du 4 juillet

2014. Par ailleurs, il y aurait lieu d'écrire que les frais d'experts sont « refacturés » aux personnes contrôlées.

Le paragraphe 7, deuxième phrase, permet à l'autorité nationale lorsqu'elle « rencontre des difficultés dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle » de « requérir l'assistance de la Police grand-ducale en vertu des dispositions contenues aux articles 27 et [suivants] dans la loi du 18 juillet 2018 sur la Police Grand-Ducale ». Le Conseil d'État renvoie dans ce contexte à son avis précité du 16 novembre 2021 concernant le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS dans lequel il avait critiqué la possibilité du recours par les services de l'ILNAS, lors de contrôles, à l'assistance de la Police grand-ducale. Le dispositif en question avait par la suite été retiré du projet de loi par voie d'amendement. Par conséquent, le Conseil d'État propose d'omettre le paragraphe 7, deuxième phrase. En tout état de cause, l'article 10 du projet de loi sous avis, qui prévoit des sanctions pénales en cas d'entrave aux enquêtes de l'autorité nationale, permettra de déclencher l'intervention des officiers et agents de police judiciaire relevant du cadre de la Police grand-ducale.

Le paragraphe 8 ne donne pas lieu à des observations de la part du Conseil d'État.

Articles 9 et 10

Les articles 9 et 10 définissent le régime des sanctions administratives et pénales que l'ILNAS peut appliquer en cas de manquement aux dispositions du règlement (UE) n° 2019/881 et des schémas européens de certification de cybersécurité. Le texte proposé met ainsi en œuvre les dispositions de l'article 65 du règlement (UE) n° 2019/881 qui prévoit que « [I]es États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions du présent titre et aux violations des schémas européens de certification de cybersécurité et prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre de ces sanctions. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. »

Le Conseil d'État constate qu'à travers l'article 9, paragraphe 4, lettres f) et g) et l'article 10 paragraphe 1^{er}, lettres b) et c), les auteurs du projet de loi prévoient des sanctions administratives et des sanctions pénales pour les mêmes acteurs, à savoir les titulaires de certificats de cybersécurité européens, au niveau d'assurance dit substantiel, pour ce qu'ils considèrent être des infractions à l'article 58, paragraphe 8, point a°, du règlement (UE) n° 2019/881 (non mise à la disposition de l'ILNAS de toute information dont l'administration a besoin pour l'exécution de ses tâches), et à l'article 58, paragraphe 8, point b°, du règlement (UE) n° 2019/881 (entrave aux enquêtes de l'ILNAS). Cette approche comporte le risque que dans une même affaire, l'ILNAS puisse infliger une amende administrative et les autorités judiciaires une amende pénale pour sanctionner les mêmes faits, façon de procéder qui se heurterait au principe *non bis in idem*⁷. Le Conseil d'État doit dès lors s'y

⁷ Avis du Conseil d'État (n° CE 60.531) du 16 novembre 2021 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS (doc. parl. n° 7767⁴), p. 25.

Voir aussi les arrêts de la CEDH, *A et B c. Norvège* [GC], du 15 novembre 2016, n°s 24130/11 et 29758/11, § 130 ; *Mihalache c. Roumanie* [GC], du 8 juillet 2019, n° 54012/10, § 84. Voir aussi le Conseil constitutionnel, décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, *Société Akka technologies et autres*, points 19 et suivants.

opposer formellement et exige que les auteurs optent en l'occurrence pour une des deux voies de répression, administrative ou pénale.

Par ailleurs, le Conseil d'État note que la disposition du règlement (UE) n° 2019/881 à laquelle il est fait référence en l'occurrence, à savoir l'article 58, paragraphe 8, points a° et b°, ne renseigne pas des obligations à charge des acteurs du secteur, mais des attributions de l'autorité nationale que les opérateurs peuvent entraver. Il ne s'agit dès lors pas d'une disposition que les acteurs du secteur pourraient enfreindre comme le prévoient les articles 9 et 10. L'entrave à l'action de l'autorité nationale devrait dès lors faire l'objet d'un dispositif séparé.

Article 11

L'article 11 modifie la loi précitée du 4 juillet 2014 sur deux points.

En son point 1°, il renomme une des subdivisions de l'ILNAS, à savoir le « département de la confiance numérique », en « Organisme luxembourgeois de la confiance numérique ». Le point 2° charge ensuite l'Organisme luxembourgeois de la confiance numérique de la mission d'assumer les tâches d'autorité nationale de certification de cybersécurité conformément à l'article 58 du règlement (UE) n° 2019/881.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations formulées à l'endroit de l'article 1^{er} du projet de loi.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Le terme « CHAPITRE » s'écrit en minuscules, à l'exception de la lettre initiale qui prend une majuscule.

Les intitulés des chapitres et sections ne sont pas à faire suivre par un point final, étant donné qu'ils ne forment pas de phrase.

Les institutions, ministères, administrations, services, organismes, etc., prennent une majuscule au premier substantif uniquement. Lorsque les termes génériques sont visés, tous les substantifs s'écrivent en lettres minuscules. À titre d'exemple, il y a lieu d'écrire « Autorité nationale de certification de cybersécurité », « Groupe européen de certification de cybersécurité », « Comité national de certification de cybersécurité » et « Organisme national d'accréditation ».

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur. En outre, au cas où un règlement européen a déjà fait l'objet de modifications, il convient d'insérer les termes « , tel que modifié » après l'intitulé. Partant, il faut écrire, à la première occurrence de l'intitulé de l'acte en question à l'article 1^{er} « règlement (UE) n° 2019/881 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA (Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité) et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications, et abrogeant le règlement (UE) n° 526/2013 (règlement sur la cybersécurité), tel que modifié ». Aux

occurrences suivantes, il peut être exceptionnellement recouru aux termes « règlement (UE) n° 2019/881 précité ».

La subdivision de l'article se fait en alinéas, ou en paragraphes. Les paragraphes se distinguent par un chiffre arabe, placé entre parenthèses : (1), (2), ... Les subdivisions complémentaires en points, caractérisés par un numéro suivi d'un exposant « ° » 1°, 2°, 3°, ..., elles-mêmes éventuellement subdivisées en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante a), b), c), ... à nouveau subdivisées, le cas échéant, en chiffres romains minuscules suivis d'une parenthèse fermante i), ii), iii), ..., sont utilisées pour caractériser des énumérations.

Lorsqu'il est renvoyé à une lettre faisant partie d'une subdivision a), b), c), ..., il y a lieu d'utiliser le terme « lettre » avant la lettre référée, et non le terme « point ». En outre, il y a lieu d'insérer une parenthèse fermante à la suite de la lettre référée, et non un exposant « ° » comme c'est par exemple le cas aux articles 8 à 10.

Le Conseil d'État signale que lors des renvois, les différents éléments auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules. En outre, il y a lieu d'indiquer avec précision et de manière correcte les textes auxquels il est renvoyé, en commençant par l'article et ensuite, dans l'ordre, le paragraphe, l'alinéa, le point, la lettre et la phrase visés. Ainsi, il faut écrire, à titre d'exemple, à l'article 3, paragraphe 2, lettre e), « à l'article 56, paragraphe 3, alinéa 3, lettre c), du règlement (UE) n° 2019/881 précité ».

Pour marquer une obligation, il suffit généralement de recourir au seul présent de l'indicatif, qui a, comme tel, valeur impérative, au lieu d'employer le verbe « devoir ».

Le Conseil d'État invite les auteurs du projet de loi sous examen d'avoir systématiquement recours aux guillemets utilisés en langue française (« »).

Il convient d'écrire systématiquement « à l'annexe », « à l'article », et « aux articles ».

Le Conseil d'État signale que les auteurs emploient le terme « respectivement » de manière inappropriée, de sorte que les formulations en question sont à revoir.

L'ajout des mots « et suivants » ou « et ss » à la suite du numéro d'un article est à proscrire. Cette technique peut semer le doute quant au dernier article visé.

Les nombres s'écrivent en toutes lettres. Ils s'expriment uniquement en chiffres s'il s'agit de pour cent, de sommes d'argent, d'unités de mesure, d'indices de prix ou de dates.

Article 1^{er}

Il est indiqué d'écrire « [...], ci-après « ILNAS », [...] ». Cette observation vaut également pour l'article 3, paragraphe 1^{er}.

Article 3

Au paragraphe 2, lettre a), le Conseil d'État suggère de remplacer le terme « aviser » par ceux de « conseiller le ministre en ce qui concerne le programme de travail », étant donné que l'emploi du verbe « aviser » dans ce contexte est dépourvu de sens.

Article 4

Une définition de l'acronyme « TIC » faisant défaut, le Conseil d'État suggère d'écrire :

« Lorsque les produits, services et processus des technologies de l'information et de la communication (TIC) des titulaires de certificats de cybersécurité européens [...] ».

Article 5

Au paragraphe 1^{er}, il convient d'écrire « [...] donnent accès à l'autorité nationale à toute information, document, [...] ».

Article 6

Au paragraphe 1^{er}, les termes « de la présente loi » sont à supprimer.

Article 7

Le Conseil d'État recommande de reformuler le paragraphe 2 comme suit :

« (2) L'organisme d'évaluation de la conformité accrédité au sens de l'article 60 du règlement (UE) n° 2019/881 précité informe, dans un délai de soixante-douze heures, l'autorité nationale de son accréditation. »

Article 8

Au paragraphe 2, première phrase, il y a lieu d'écrire :

« [...] les activités d'un organisme d'évaluation de la conformité qui émet des certificats de cybersécurité européens aux niveaux d'assurance dits « élémentaire » et « substantiel », tels que définis à l'article 52 du règlement (UE) n° 2019/881 précité, ne sont pas conformes aux exigences [...]. »

Au paragraphe 5, première phrase, le Conseil d'État recommande d'écrire « par un titulaire de certificats, un émetteur d'une déclaration de conformité ou un organisme d'évaluation de la conformité ».

Au paragraphe 7, il est rappelé que lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement. En outre, il y a lieu d'insérer le terme « modifiée » entre la nature et la date de l'acte en question, étant donné que celui-ci a déjà fait l'objet de modifications depuis son entrée en vigueur. Partant, il faut écrire « loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la Police grand-ducale ».

Article 9

Aux paragraphes 1^{er} à 5, le Conseil d'État signale que les termes « chef de l'administration de l'ILNAS » sont à remplacer par les termes « directeur de l'ILNAS ».

Au paragraphe 1^{er}, lettre b), les termes « l'article 54, » et « paragraphe 1^{er} » sont à séparer par une espace.

Au paragraphe 2, phrase liminaire, en ce qui concerne les montants d'argent, les tranches de mille sont séparées par une espace insécable pour écrire « 25 000 euros ».

Au paragraphe 2, lettre a), il est signalé que lorsqu'on se réfère au premier paragraphe, les lettres « er » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour écrire « 1^{er} ».

Au paragraphe 4, lettres b) et c), il y a lieu d'écrire correctement « les dispositions ».

Article 10

Au paragraphe 5, phrase liminaire, le Conseil d'État recommande de remplacer le terme « tous » par le terme « les ».

Article 11

À l'indication de l'article sous revue, il faut ajouter un point après la forme abrégée « Art ».

Le point 2^o est à reformuler comme suit :

« 2^o À l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 5^o, le point final est remplacé par un point-virgule et un point 6^o nouveau est ajouté *in fine*, libellé comme suit :

« 6^o [...] ». »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 29 juin 2023.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz