

Projet de loi

portant création de la Commission nationale pour la protection des données et la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, portant modification du Code du travail et de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État et abrogeant la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel

Avis complémentaire du Conseil d'État

(26 juin 2018)

Par dépêche du 14 mai 2018, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État de deux amendements au projet de loi sous rubrique qui ont été élaborés par le ministre des Communications et des Médias.

Au texte desdits amendements était joint un commentaire pour chacun des amendements.

Par dépêche du 17 mai 2018, le Président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série de quarante-sept amendements au projet de loi sous avis, adoptés par la Commission de l'enseignement supérieur, de la recherche, des médias, des communications et de l'espace lors de sa réunion du 14 mai 2018. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire pour chacun des amendements ainsi que d'une version coordonnée du projet de loi en question, tenant compte de l'ensemble des amendements précités.

L'avis de la Commission consultative des droits de l'homme a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 29 mai 2018.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des salariés portant sur les amendements gouvernementaux du 14 mai 2018 ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement du 6 et du 13 juin 2018.

Le deuxième avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données, ci-après la « CNPD », portant sur les amendements parlementaires du 17 mai, a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 14 juin 2018.

Examen des amendements gouvernementaux

Amendement 1

L'amendement 1 opère une réécriture de l'ancien article 71 (article 66 nouveau) du projet de loi sous avis qui a pour objet de modifier l'article L. 261-1 du Code du travail. À rappeler que ce texte avait déjà été modifié par les amendements gouvernementaux du 8 mars 2018 apportés au projet de loi dans sa version initiale.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, fixe les conditions dans lesquelles un traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance dans le cadre des relations de travail peut avoir lieu. Selon les auteurs de l'amendement, il s'agit d'indiquer plus clairement que l'article L. 261-1 du Code du travail se situe dans un contexte européen, d'où une référence expresse à l'article 6 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), ci-après le « règlement », et de préciser que le traitement doit respecter les conditions prévues à l'article L. 261-1.

Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé dans son avis du 30 mars 2018, le seul renvoi aux conditions prescrites par l'article 6 du règlement et l'abandon des cinq finalités actuellement prévues par le Code du travail permettent un traitement dans tous les cas de figure, dès lors qu'il s'inscrit dans les limites fixées par le règlement. Le Conseil d'État note par ailleurs un changement au niveau de la terminologie utilisée, en ce que l'article L. 261-1 ne vise plus spécifiquement les traitements de données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail, mais les traitements de données à caractère personnel à des fins de surveillance dans le cadre des relations de travail, reprenant ainsi le concept figurant à l'intitulé de l'article 88 du règlement.

Quant au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de prévoir que les moyens mis en œuvre doivent garantir la protection de la dignité humaine, les intérêts légitimes et les droits fondamentaux des personnes concernées. Le Conseil d'État note, d'abord, que le dispositif est repris du paragraphe 2 de l'article 88 du règlement. Or, dans le texte européen, cette référence est destinée à fonder l'adoption, par les États membres, de règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement des données dans le cadre des relations de travail. Il s'agit, dès lors, davantage d'un encadrement du pouvoir reconnu aux États membres, au regard de la finalité à poursuivre, que d'un dispositif qui doit trouver sa traduction dans une loi nationale prévoyant des règles complémentaires. La référence à la dignité humaine, aux intérêts légitimes et aux droits fondamentaux justifie l'adoption de mesures spécifiques luxembourgeoises au titre de l'article 88 du règlement, mais est dépourvue de toute signification en tant que référence présidant à la mise en œuvre du traitement. La simple reprise du dispositif précité du règlement n'assure pas « *per se* » la conformité des mesures nationales complémentaires avec la réglementation européenne.

Le Conseil d'État ajoute que le renvoi à la dignité humaine et aux droits fondamentaux est superfétatoire, dans la mesure où ces principes et droits constituent des normes de droit supérieures, de nature constitutionnelle ou internationale, et ont vocation à s'appliquer en tout état de cause. Même en l'absence du dispositif sous examen, il appartient à l'autorité de contrôle et au juge d'opérer ce contrôle et de veiller au respect de la Constitution, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales.

Le Conseil d'État insiste dès lors à voir omettre l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, étant donné que la reproduction de l'article 88, paragraphe 2, du règlement n'est pas conforme à la logique de la disposition européenne et dépourvue de plus-value normative.

Au paragraphe 2, il est redondant d'affirmer, d'une part, que la disposition s'applique « sans préjudice du droit à l'information de la personne concernée », et de préciser, d'autre part, que cette personne est informée préalablement par l'employeur. Partant, il convient de reformuler le paragraphe en question.

D'après l'alinéa 3 du paragraphe 3, le simple consentement de la personne concernée ne rend pas « d'office légitime » le traitement mis en œuvre par l'employeur. Le Conseil d'État estime que l'emploi du terme « légitime » est inapproprié dans le présent contexte puisqu'il ne s'agit pas, en l'occurrence, de déterminer la légitimité d'un traitement, mais bien la licéité de celui-ci. Le Conseil d'État est conscient que le concept « légitime » est repris du texte actuel de l'article L. 261-1 du Code du travail. Il considère toutefois qu'il y a lieu de respecter, dans le cadre des réformes opérées par la loi en projet, les termes et la logique du règlement.

Par ailleurs, la disposition en cause pose problème au regard du paragraphe 1^{er} du même article, qui se réfère explicitement à l'article 6, paragraphe 1^{er}, lettre a), du règlement, qui précise que « [l]e traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, [...] la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ».

D'après le commentaire de l'amendement, il s'agit de s'assurer que « le consentement a été donné de manière libre — principe fondamental du règlement (UE) 2016/679 ». Le Conseil d'État rappelle que l'article 4, point 11, du règlement définit le consentement comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Il en découle que le consentement de la personne concernée devra en tout état de cause respecter les conditions prescrites par le règlement, le contrôle du respect desdites conditions, et partant du caractère libre du consentement de la personne concernée relèvera, quant à lui, de l'appréciation du juge. Le dispositif prévu n'est pas conforme au règlement, en ce qu'il admet l'existence d'un consentement de la personne concernée qui ne serait pas libre au sens du règlement. Le concept de consentement simple est, d'ailleurs, étranger au règlement. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen pour violation du règlement.

Le paragraphe 3 reprend le dispositif de l'article L. 261-1, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du projet de loi, dans la version amendée du 8 mars 2018, sauf à préciser que les dispositions des articles L. 211-8 (horaire mobile), L. 414-9 (décisions à prendre d'un commun accord entre l'employeur et la délégation du personnel) et L. 423-1 (attributions du comité mixte) ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou réglementaire. Le Conseil d'État ne saisit ni la nécessité ni la portée de cette dérogation, qui énonce une évidence.

En ce qui concerne le paragraphe 4, le Conseil d'État s'était interrogé, dans son avis précité du 30 mars 2018, sur le choix d'investir la CNPD de la mission de rendre un avis préalable sur la conformité du projet de traitement, au motif que cette compétence conduirait à une confusion des rôles dans le chef de la CNPD, appelée à intervenir avant la mise en place du traitement et à le contrôler par après. Le Conseil d'État maintient intégralement ses réserves quant au cumul de fonctions différentes dans le chef de la CNPD. Il prend acte que les auteurs des amendements ont décidé de maintenir le dispositif en question tout en ajoutant, comme suggéré dans son avis précité, un délai dans lequel la demande d'avis préalable devra être introduite. Le Conseil d'État note en outre qu'il n'est pas nécessaire de préciser, en début de phrase, que les dispositions en question sont prises « en application de l'article 88 du règlement », cette précision faisant, par ailleurs, défaut à l'endroit des autres paragraphes de l'article sous revue.

Au paragraphe 5, le Conseil d'État souligne qu'il est redondant de consacrer le droit de réclamation des salariés, ce droit appartenant, en vertu de l'article 77 du règlement, à toute personne concernée, ce qui inclut évidemment les salariés dont les données font l'objet d'un traitement dans le cadre des relations de travail.

Amendement 2

L'amendement sous avis introduit un nouvel article *78bis*, dont l'objet est de régler le sort des dispositifs mis en place sous l'égide de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et du Code de travail dans sa version actuelle.

Le Conseil d'État comprend l'amendement en ce sens que l'article L. 261-1, dans sa teneur nouvelle, ne s'applique qu'aux traitements qui seront mis en œuvre après l'entrée en vigueur du nouveau dispositif.

Si telle est la volonté du législateur, il y aura lieu de reformuler l'article, en précisant que la loi en projet s'appliquera uniquement aux traitements mis en place après son entrée en vigueur, plutôt que de recourir, pour une simple règle d'application de la loi dans le temps, à une définition du concept de mise en œuvre d'un traitement.

Le Conseil d'État se demande encore si cette précision est nécessaire. En ce qui concerne les règles de fond, le traitement des données dans le cadre des relations de travail doit répondre au dispositif du règlement. L'article L. 261-1 du Code du travail ajoute, en conformité avec le règlement, des garanties complémentaires, consistant dans une procédure qu'il faut suivre avant la mise en œuvre d'un traitement. Pour le Conseil

d'État, il est évident que les nouvelles règles procédurales s'appliquent aux traitements qui seront mis en œuvre après l'entrée en vigueur du nouveau dispositif légal et qu'il ne s'agit pas soumettre les traitements existants à la nouvelle procédure prévue par l'article L. 261-1 du Code du travail, tel que modifié par les amendements sous revue.

Le dispositif pose toutefois un autre problème portant sur la portée de la notion de « modification substantielle d'un traitement existant ». La notion de « modification substantielle » ne permet pas de déterminer avec la précision requise les traitements pour lesquels il y a lieu d'appliquer la procédure prévue par le nouveau dispositif de l'article L. 261-1 du Code du travail. Qui décidera si la modification est substantielle ou non ? Dans quelle hypothèse sera-t-on en présence d'une modification d'un traitement existant ou de la mise en œuvre d'un nouveau traitement ? Le Conseil d'État ajoute que l'article L. 261-2 du Code du travail érige en infraction pénale le fait d'effectuer un traitement en violation de l'article L. 261-1 du Code du travail, ce qui requiert une détermination précise de cette infraction. Au vu de ces incertitudes, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle en raison de l'insécurité juridique qui affecte le dispositif prévu et du non-respect du principe de la légalité des incriminations au sens de l'article 14 de la Constitution, de préciser le régime transitoire mis en place en déterminant, de manière claire et précise, les traitements qui seront soumis aux dispositions du projet de loi sous revue, sinon d'omettre la référence au terme « substantiel ». La suppression du terme « substantiel » aura pour effet de soumettre l'ensemble des modifications, et ce indépendamment de leur envergure, au nouveau régime tel que prévu par les amendements sous rubrique.

Examen des amendements parlementaires

Amendement 1

L'amendement 1 modifie l'article 1^{er} du projet de loi sous examen.

En réponse à l'opposition formelle émise par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018, l'amendement limite le renvoi à des chapitres particuliers, afin d'exclure les dispositions qui s'appliquent uniquement dans un contexte institutionnel européen. Outre les chapitres relevés dans l'avis du Conseil d'État, la commission parlementaire inclut la section 1^{re} du chapitre VII, au motif que, même dans une matière purement nationale, la CNPD peut être amenée à travailler avec une autorité de contrôle d'un autre État membre. Le Conseil d'État peut suivre ce raisonnement et est en mesure de lever l'opposition formelle qu'il avait émise.

Le renvoi exprès au chapitre VI signifie que la CNPD, en tant qu'autorité nationale de contrôle, dispose, pour tous les traitements auxquels le dispositif du règlement est étendu par la loi en projet, des compétences, missions et pouvoirs qui sont les siens en vertu du règlement.

L'exclusion des traitements de données à caractère personnel opérés dans le cadre des activités qui relèvent du champ d'application du titre V, chapitre 2, du Traité sur l'Union européenne constitue une reprise de l'article 2 du règlement. Cette exclusion doit être analysée au regard du dispositif du projet de loi sous examen, qui étend le champ d'application du

règlement à tous les traitements opérés sur le territoire national qui échappent au règlement. Le Conseil d'État note que cette exclusion risque de créer une situation de vide juridique pour ces traitements qui ne relèveraient d'aucun dispositif légal. Or, une telle situation est inconciliable avec l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution, qui précise que « [l]'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi » et avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui constitue la disposition de référence en matière de protection des données à caractère personnel. Cette observation du Conseil d'État rejoint l'avis de la Cour supérieure de justice qui, tout en reconnaissant le caractère spécifique de la sécurité nationale et européenne ou de la politique étrangère, souligne le risque d'un vide juridique en matière de protection des données à caractère personnel dans ce domaine spécifique.

Dans ces conditions, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour non-respect de l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de soumettre les traitements de données opérés par les autorités luxembourgeoises, dans le cadre des activités qui relèvent du champ d'application du titre V, chapitre 2, du Traité sur l'Union européenne, à un régime de protection des données. Une solution pourrait consister dans l'extension du champ d'application du projet de loi n° 7168 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale au traitement des données ayant trait à la politique étrangère et de sécurité commune, à l'instar de la démarche suivie dans le projet de loi, précité, pour les données du Service de renseignement de l'État. Prévoir un dispositif légal similaire pour les deux catégories de données se justifie en effet au regard de la proximité de la nature des données à caractère personnel traitées au titre de la politique étrangère et de sécurité commune et des données traitées par le Service de renseignement de l'État ainsi que des finalités desdits traitements. Une autre solution consisterait dans la mise en place d'un régime légal particulier pour le traitement des données à caractère personnel relevant de la politique étrangère et de sécurité commune effectué par le Luxembourg.

Le Conseil d'État marque encore son accord avec la suppression de la notion de « organismes du secteur public », concept dont il avait critiqué la consécration dans son avis du 30 mars 2018.

Amendement 2

Sans observation.

Amendement 3

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement 3 qui introduit un nouvel article 3 dans le projet de loi destiné à remplacer les articles 3 à 5 du projet de loi dans sa version initiale et qui fait suite à des suggestions qu'il avait émises dans son avis du 30 mars 2018.

Amendement 4

Sans observation.

Amendement 5

Dans son avis du 30 mars 2018, le Conseil d'État, se référant à l'article 108*bis* de la Constitution, s'était opposé formellement au pouvoir réglementaire non autrement délimité de la CNPD, et ce conformément aux arrêts de la Cour constitutionnelle, selon lesquels « le pouvoir normatif des établissements publics est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et reste réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique, destinées à permettre à celles-ci l'exercice, de façon autonome, d'une mission de régulation sectorielle facilitant la mise en œuvre des normes établies par la loi et, le cas échéant, le règlement grand-ducal »¹.

Les auteurs de l'amendement proposent, pour rencontrer cette opposition formelle, de se référer aux compétences qui sont attribuées à la CNPD par le règlement et par les lois relatives à la protection des données à caractère personnel.

Le Conseil d'État considère qu'un tel renvoi général n'est pas de nature à répondre au prescrit constitutionnel de l'article 108*bis* de la Constitution, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle. L'approche suivie par les auteurs de l'amendement revient à investir la CNPD d'un pouvoir d'exécution similaire au pouvoir d'exécution dit « spontané » dont dispose le Grand-Duc au titre de l'article 36 de la Constitution. Or, le pouvoir réglementaire d'un établissement public ne saurait avoir la portée du pouvoir réglementaire du Grand-Duc, mais ne peut s'exercer qu'au titre d'une base légale précise qui en détermine les limites. S'ajoute à cela que, dans les matières réservées à la loi, même le Grand-Duc ne peut agir, au titre de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, qu'en vertu d'une mission expresse que lui attribue le législateur. Partant, le pouvoir réglementaire d'un établissement public ne saurait, dans ces matières, être conçu dans des termes plus larges que ceux prévus par l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution.

Les auteurs de l'amendement font encore référence aux compétences attribuées à la CNPD par le règlement et par des lois relatives à la protection des données. La référence au règlement est superflue. Dès lors que, dans le cadre des missions qui lui sont assignées par le règlement, la CNPD est appelée à prendre des actes à portée normative, à l'instar de règlements grand-ducaux, la base légale requise par l'article 108*bis* de la Constitution est donnée. Il n'est dès lors pas nécessaire de rappeler cette base par un renvoi de la loi en projet au règlement européen. En ce qui concerne la référence à des lois spéciales en matière de protection des données que le Luxembourg, en tant qu'État membre de l'Union européenne, peut prendre dans les limites autorisées par le règlement, il y a lieu, pour respecter l'article 108*bis* de la Constitution, de prévoir dans chacun de ces cadres légaux les domaines et les limites dans lesquels la CNPD peut adopter des règlements. Un simple renvoi, dans l'article tel qu'amendé sous examen, ne libère pas le législateur de l'obligation de prévoir exactement les limites du

¹ Arrêts 76-96/13 du 19 mars 2013 de la Cour constitutionnelle.

pouvoir réglementaire de la CNPD dans ces lois. Ce raisonnement vaut également pour toutes les dispositions de la loi sous examen dans lesquelles le législateur luxembourgeois, mettant à profit l'ouverture qui est donnée par le règlement, retient des dispositifs légaux nationaux complémentaires au règlement. Le Conseil d'État note à cet égard que le projet de loi sous examen contient une série de dispositions qui prévoient l'adoption d'un règlement par la CNPD, tel l'article 39 en ce qui concerne la procédure, ou encore l'article 46 sur la perception des redevances.

Le Conseil d'État voudrait, à cette occasion, rappeler que la CNPD ne peut être substituée aux États membres dans le cadre de l'adoption de règles pour les cas de figure où le règlement prévoit expressément l'obligation ou la faculté pour les États membres de prévoir des dispositions complémentaires.

Le Conseil d'État doit dès lors maintenir l'opposition formelle qu'il avait émise dans son avis du 30 mars 2018. La solution consistera à omettre l'article sous examen et à prévoir, dans chaque loi particulière relative à la protection des données à caractère personnel, de même que dans le cadre des articles de la loi en projet, qui portent sur des mesures complémentaires au règlement, ou qui règlent l'organisation de la CNPD, les limites du pouvoir réglementaire de l'autorité de contrôle.

Pour ce qui concerne la publication de ces règlements, le Conseil d'État rappelle que l'article 112 de la Constitution prévoit que « [a]ucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale ou communale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi ». Partant, la publication des règlements que la CNPD sera amenée à adopter relève du régime de droit commun tel qu'il découle de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Amendement 6

En ce qui concerne le nouvel article 8 (ancien article 11), le Conseil d'État note le maintien de la disposition en cause. Il ne formule pas d'autres observations.

Amendement 7

L'amendement sous examen maintient la disposition de l'ancien article 12 qui devient le nouvel article 9, sauf à remplacer le renvoi erroné à l'endroit de la lettre f) et à compléter la référence à la lettre j). Le Conseil d'État prend acte des explications fournies par la commission parlementaire et peut s'accommoder de la proposition visant à clarifier les compétences de l'autorité de contrôle judiciaire dans le cadre du projet de loi n° 7168 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale. Il renvoie à cet égard à son avis du 29 mai 2018, et plus spécifiquement à ses observations relatives aux articles 40 et 41 du projet de loi précité. L'opposition formelle, pour insécurité juridique, émise dans l'avis du 30 mars 2018, peut être levée en conséquence.

Amendement 8

Sans observation.

Amendement 9

Afin de tenir compte des observations du Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018, l'amendement sous examen complète l'ancien article 17 (nouvel article 14), en consacrant le pouvoir de la CNPD de porter toute violation du règlement et de la loi de transposition de la directive à l'attention des autorités judiciaires. Si le texte proposé ne donne pas lieu à observation quant à son principe, le Conseil d'État note que le libellé proposé est différent de celui du règlement. Alors que l'article 58, paragraphe 5, du règlement dispose que « chaque État membre prévoit, par la loi, que son autorité de contrôle a le pouvoir de porter toute violation du présent règlement à l'attention des autorités judiciaires [...] », le texte proposé précise que « [l]a CNPD a le pouvoir de porter les violations des dispositions adoptées en vertu du règlement [...] à la connaissance des autorités judiciaires ». La portée juridique des deux libellés n'est pas la même. Quelle est d'ailleurs la signification de la formulation « violation des dispositions adoptées en vertu du règlement » ? S'agit-il de viser le non-respect des décisions adoptées par la CNPD ? Quelles seraient, en l'occurrence, les voies envisagées pour saisir les autorités judiciaires ? Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, aux considérations qu'il avait formulées à l'endroit de l'article 17 dans son avis du 30 mars 2018.

Quant à la mise en place d'une voie de droit permettant de saisir le juge national du problème de la validité d'une décision d'adéquation adoptée par la Commission européenne, le Conseil d'État prend acte que la Commission parlementaire a décidé de ne pas le suivre sur ce point. Il se doit toutefois de réitérer les réserves émises dans son avis du 30 mars 2018, notamment au regard de l'importance de la matière visée, à savoir les droits des personnes concernées dont les données sont susceptibles d'être transférées vers des pays tiers, et du non-respect de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Amendement 10

L'amendement sous rubrique vise à répondre aux interrogations du Conseil d'État relatives à la composition de la CNPD et au statut des membres suppléants. La suppression de l'ancien article 20, de même que la reformulation de l'ancien article 21 (article 21 nouveau), n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Amendement 11

L'amendement correspond aux propositions formulées par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 et ne donne pas lieu à des observations particulières.

Amendement 12

La reformulation de l'ancien article 23 (article 19 nouveau) est destinée à apporter une réponse aux interrogations formulées par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 concernant la nationalité et les

compétences des membres de la CNPD ainsi que l'exigence de transparence de la procédure de nomination. Le Conseil d'État ne saurait admettre que le critère de la nationalité soit abandonné pour les membres suppléants. Si ce critère est retenu pour les membres de la CNPD, au motif qu'ils participent à l'exercice de la puissance publique au sens du droit européen, ce critère doit également jouer pour les membres suppléants appelés, ne fût-ce qu'occasionnellement, à exercer les mêmes prérogatives. Le Conseil d'État relève qu'il est incohérent, et, partant, contraire au principe de sécurité juridique, de même qu'au principe d'égalité consacrée à l'article 10*bis* de la Constitution, de prévoir des régimes différents. Les arguments, fondés sur des considérations pratiques, exposés dans le commentaire et consistant dans l'utilité de pouvoir investir des fonctions de suppléant des agents de la CNPD qui ne sont pas des fonctionnaires de nationalité luxembourgeoise n'emportent pas la conviction du Conseil d'État. Il ne saurait d'ailleurs concevoir que les membres suppléants de l'autorité de contrôle soient recrutés parmi les agents de la CNPD, étant donné que ces derniers se trouvent dans un rapport de subordination fonctionnelle vis-à-vis du président de l'autorité de contrôle et peuvent dès lors difficilement assumer le rôle de membres indépendants dans une affaire où ils siègent comme suppléants. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au dispositif prévu par l'amendement.

Amendement 13

L'amendement sous revue est destiné à répondre aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 en ce qui concerne le maintien dans la Fonction publique du membre du collège révoqué pour faute grave. La solution proposée consiste à réserver l'application d'éventuelles sanctions disciplinaires. Le Conseil d'État a du mal à saisir la signification de cette réserve. Si la révocation trouve sa source dans une faute grave du membre, elle constitue déjà en elle-même une sanction disciplinaire. Le système ainsi mis en place signifie-t-il que le membre sera révoqué pour faute grave, nommé au dernier grade de la fonction la plus élevée de l'un des sous-groupes de traitement, pour faire, éventuellement par la suite, l'objet d'une procédure disciplinaire complémentaire qui conduirait à une remise en cause de cette nomination en cas de « condamnation » à une sanction disciplinaire supplémentaire ? Si la révocation est motivée pour des raisons autres que la faute du membre, à savoir son incapacité à exercer ses fonctions, la réserve en ce qui concerne l'application de sanctions disciplinaires est dépourvue de sens. Le Conseil d'État rappelle que la loi modifiée du 30 mai 2005 portant : 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation ; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat vise, à l'article 11, paragraphe 4, des hypothèses de révocation différentes de celle de la faute grave commise par le membre. Le cas de figure du désaccord fondamental sur la politique ou sur l'exécution des missions de l'Institut luxembourgeois de régulation ne s'applique à l'évidence pas dans le cadre de la CNPD ; l'hypothèse de l'incapacité durable d'exercer ses fonctions peut toutefois être envisagée.

Le Conseil d'État maintient ses réserves par rapport au dispositif prévu, même amendé, et réitère ses observations relatives au régime disciplinaire prévu dans le nouvel article 26. Il propose d'omettre, dans le nouvel article 23, toute référence à l'hypothèse de la révocation ou de préciser que la révocation est limitée aux cas de figure de l'incapacité du

membre d'exercer ses fonctions. Dans ce dernier cas de figure, il faudrait toutefois prévoir un dispositif particulier qui s'inspirerait de celui prévu dans la loi précitée du 30 mai 2005.

Amendement 14

L'amendement 14 complète l'ancien article 30 du projet de loi (nouvel article 26) par un paragraphe 2 relatif aux limites d'âge applicables aux membres du collège et aux membres suppléants. Le nouveau paragraphe est formulé en vue de suivre la recommandation du Conseil d'État d'aligner la limite d'âge sur celle prévue pour la magistrature et d'omettre le recours à la décision expresse du ministre du ressort. Le texte, tel que proposé par la commission parlementaire, permet au Conseil d'État de lever l'opposition formelle qu'il avait formulée dans son avis du 30 mars 2018.

Quant à la question relative au régime disciplinaire applicable aux membres de la CNPD, le Conseil d'État note que l'ajout du paragraphe 3 déterminant le ministre compétent en matière disciplinaire n'est pas de nature à répondre aux interrogations qu'il avait formulées dans son avis du 30 mars 2018. Le Conseil d'État avait demandé une clarification du régime disciplinaire, étant donné que l'application du régime de droit commun en matière de discipline des fonctionnaires pose problème au regard de l'indépendance des membres de l'autorité de contrôle imposée par le règlement. Le nouveau paragraphe 3 introduit le concept de « ministre du ressort », qui n'est pas défini par le projet de loi sous examen ; ce dernier évite, en effet, le concept de « ministre de tutelle » normalement applicable vis-à-vis des établissements publics. Le Conseil d'État s'interroge encore sur le concept de « ministre chargé des relations avec la CNPD », sauf à admettre que le Grand-Duc, dans l'organisation de son Gouvernement, soit obligé de désigner, sous cette dénomination, un membre de ce Gouvernement.

Les explications fournies au commentaire de l'amendement, selon lesquelles l'indépendance prévue à l'article 52 du règlement n'est pas remise en cause par l'application du régime disciplinaire de droit commun, au motif que les membres du collège demeurent libres et indépendants dans l'exercice de leurs missions et de leurs pouvoirs, ne sont pas davantage de nature à convaincre le Conseil d'État. Le Conseil d'État rappelle ainsi ses considérations relatives à la nécessité de prévoir un régime disciplinaire particulier pour les membres de la CNPD.

Amendement 15

Sans observation.

Amendement 16

L'amendement sous rubrique ajoute un nouvel article 29*bis* qui prévoit que le président de la CNPD exerce les pouvoirs conférés au chef d'administration à l'égard du personnel de l'autorité de contrôle. Selon le commentaire de l'amendement, « [c]ette disposition s'impose dans le souci de respecter l'indépendance de la CNPD et de ses agents par rapport à l'exécutif ». Le Conseil d'État rappelle que, dans son avis du 30 mars 2018, il avait relevé que « [l]a loi en projet vise l'organe collégial, tantôt comme un des éléments composant la CNPD, tantôt comme organe de direction et

comme partie du cadre personnel ». La disposition sous revue a pour effet d'accentuer le caractère complexe de l'articulation entre la CNPD et le cadre du personnel. Le Conseil d'État estime, pour sa part, que l'exigence d'indépendance n'impose pas la mise en place d'une telle configuration.

Amendement 17

L'ancien article 36, paragraphe 1^{er}, (article 32 nouveau) est reformulé, en vue de suivre la recommandation du Conseil d'État de supprimer l'indication du délai dans lequel le règlement doit avoir été adopté. Le Conseil d'État prend note que la publication dudit règlement au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg est maintenue.

Le nouveau paragraphe 2 vise à répondre aux préoccupations que le Conseil d'État avait formulées à l'endroit de l'ancien article 22 relatif à la fonction de « gestion administrative » dans le chef du président. Le Conseil d'État s'interroge sur la formulation de la phrase relative à la délégation. Quelle est la portée d'une délégation qui, « le cas échéant », « doit » être fixée par le règlement d'ordre intérieur ? Soit la délégation doit être inscrite dans le règlement d'ordre intérieur, auquel cas il y a lieu d'omettre les mots « le cas échéant », soit elle peut être inscrite dans ce règlement, auquel cas il y a lieu de remplacer le mot « doit » par celui de « peut ».

Amendement 18

L'article 37 ancien tel qu'amendé (article 33 nouveau) renvoie aux « textes cités à l'article 8 » du projet de loi sous avis. Le Conseil d'État constate que ledit renvoi est erroné, étant donné que l'article 8 est devenu l'article 5 suite aux amendements parlementaires du 17 mai 2018. Il convient dès lors de modifier la phrase liminaire comme suit :

« Sous réserve des dispositions de la présente loi et sans préjudice des textes cités à l'article 5, le règlement d'ordre intérieur fixe : ».

Amendement 19

La commission parlementaire a décidé de se rallier à la solution proposée par la CNPD consistant à prévoir qu'en cas d'égalité des voix, la voix du président est prépondérante. Le Conseil d'État peut s'accommoder de cette solution et ne formule pas d'autre observation.

Amendement 20

L'amendement sous examen introduit un nouvel article 36*bis* visant à clarifier les situations dans lesquelles la CNPD peut agir. D'après le texte, la CNPD dispose d'un droit d'agir, de sa propre initiative, ou à la demande de toute personne physique ou morale, conformément aux dispositions du règlement et du projet de loi n°7168 précité. Le Conseil d'État comprend que, en cas de saisine de la part d'un particulier, elle bénéficie, à l'instar du parquet, d'une opportunité d'action.

Amendement 21

La commission parlementaire a décidé de maintenir le principe que l'enquête menée par la CNPD est à charge et à décharge, à l'instar de celle

menée par le juge d'instruction. L'amendement sous examen introduit un nouvel article 39 aux termes duquel la procédure devant la CNPD est fixée par règlement de celle-ci dans le respect du contradictoire.

Amendement 22

La reformulation de l'ancien article 50 (article 46 nouveau) est destinée à apporter une réponse aux interrogations formulées par le Conseil d'État dans son avis précité du 30 mars 2018 concernant les cas où une redevance est imposée. Si le texte proposé ne donne pas lieu à observation quant à son principe, le Conseil d'État note toutefois qu'il convient d'omettre les termes « le cas échéant ».

Par ailleurs, l'article 46, alinéa 2, dans sa teneur amendée, renvoie à l'article 15 du projet de loi. Le Conseil d'État constate que ledit renvoi est erroné, étant donné que l'article 15 est devenu l'article 12, suite aux amendements parlementaires du 17 mai 2018. Il convient dès lors de modifier l'alinéa 2, première phrase, comme suit :

« Sans préjudice de l'article 12, [...] ».

Amendement 23

Par l'amendement sous avis, seuls l'État et les communes sont exceptés des amendes administratives. Le Conseil d'État peut lever l'opposition formelle fondée sur la violation du principe d'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution qu'il avait formulée à l'encontre de la disposition dans sa version initiale.

Amendement 24

L'amendement 24 modifie l'ancien article 52 (article 48 nouveau) pour répondre à l'opposition formelle émise par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 concernant l'incohérence du régime en ce qui concerne l'imposition d'amendes et d'astreintes à l'État et aux communes. Le Conseil d'État est en mesure de lever son opposition formelle. Le Conseil d'État note toutefois que la commission parlementaire ne s'est pas prononcée sur le cas de figure où la CNPD impose une astreinte, alors que parallèlement est introduit un recours contre la décision à l'occasion de laquelle l'astreinte a été prononcée.

Amendement 25

Sans observation.

Amendement 26

Par l'amendement 26, l'ancien article 54 du projet de loi sous revue est supprimé. L'opposition formelle émise par le Conseil d'État à l'endroit de cette disposition, dans son avis du 30 mars 2018, devient sans objet.

Amendement 27

Les modifications apportées, par l'amendement sous avis, à l'ancien article 56 (article 51 nouveau) correspondent aux propositions formulées par

le Conseil d'État dans son avis précité du 30 mars 2018 et lui permettent de lever l'opposition formelle qu'il avait émise.

Amendement 28

Sans observation.

Amendement 29

L'amendement sous rubrique apporte des modifications aux articles 57 et 58 anciens (articles 52 et 53 nouveaux) relatifs à la prescription des pouvoirs d'action de la CNPD ainsi que des amendes et astreintes prononcées.

Au nouvel article 52 (ancien article 57), paragraphe 2, les auteurs retiennent, pour le point de départ de la prescription du pouvoir d'action de la CNPD, le jour où la violation du règlement ou des dispositions du projet de loi n° 7168 précité a pris fin, ce qui s'inscrit dans une logique d'infraction continue.

Pour les amendes et les astreintes, le nouvel article 53 (ancien article 57) prévoit, comme point de départ de la prescription, la date de la décision par laquelle la CNPD les a prononcées.

Ces modifications tiennent compte, dans une large mesure, des observations du Conseil d'État et l'opposition formelle formulée dans son avis du 30 mars 2018 peut dès lors être levée.

Amendements 30 et 31

Sans observation.

Amendement 32

L'amendement sous rubrique introduit un nouvel article *56bis* qui permet aux communes de désigner le Commissariat du Gouvernement à la protection des données auprès de l'État comme délégué à la protection des données.

Le système prévu aboutit à une situation où certaines communes vont désigner le Commissariat, alors que d'autres communes vont désigner un délégué au sein de l'administration communale. Le Conseil d'État rappelle que cette possibilité a pour effet d'accentuer le risque du recours à la solution de facilité qui consiste à investir le Commissariat de cette charge, tel qu'il l'avait déjà relevé dans son avis du 30 mars 2018.

Le Conseil d'État relève encore que le texte sous revue limite la faculté de désigner le Commissariat comme délégué à la protection des données aux seules communes. Dans ce contexte, il s'interroge sur la possibilité d'étendre cette faculté aux syndicats de communes et aux établissements placés sous la surveillance des communes, dont, plus particulièrement aux offices sociaux. La même observation vaut pour les établissements publics au sens de l'article *108bis* de la Constitution.

En ce qui concerne les interrogations soulevées au regard de la situation particulière des juridictions de l'ordre judiciaire et administratif, la commission parlementaire ne fournit pas d'explications.

Amendement 33

Le Conseil d'État note que la commission parlementaire maintient l'ancien article 62 (article 57 nouveau) tout en opérant certaines modifications que le Conseil d'État ne peut qu'approuver. Au point 5, il est suggéré d'écrire « le ministre ayant la Protection des données dans ses attributions ».

Amendements 34 et 35

La commission parlementaire reprend, à travers les amendements sous rubrique, la terminologie proposée par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 et supprime, comme il a été suggéré, la référence à la délégation d'attributions.

Amendement 36

L'amendement 36 modifie l'ancien article 65 (nouvel article 60) du projet de loi relatif au traitement de données à caractère personnel aux fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire. La suppression de la référence à la loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias et à la nécessité de concilier le droit à la vie privée avec la liberté d'expression permet au Conseil d'État de lever l'opposition formelle qu'il avait formulée dans son avis du 30 mars 2018. La commission parlementaire ne s'est pas prononcée sur les interrogations du Conseil d'État concernant l'accès différé prévu à l'ancien article 65 (article 60 nouveau) sous examen. La présence du président du Conseil de presse a été maintenue, vu « le rôle de la presse dans une société démocratique » et l'existence d'un « secret spécifique concernant la protection des sources ». Le Conseil d'État prend acte de ces considérations de nature politique. Il note toutefois que l'argument du rôle joué par une profession dans une société démocratique et de l'existence d'un secret professionnel peut s'appliquer à d'autres professions. Il ne comprend pas davantage que la protection des sources impose la présence du président du Conseil de presse, étant donné que ce dernier ne peut pas s'opposer à l'accès aux données ou imposer son point de vue à la CNPD.

Amendement 37

L'amendement 37 modifie le dispositif applicable au traitement de données à caractère personnel à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques.

Dans son avis du 30 mars 2018, le Conseil d'État s'est interrogé sur la portée et sur l'application de ce mécanisme. Il s'est demandé s'il s'agit d'instituer des dérogations dont les responsables du traitement peuvent se prévaloir ou bien d'investir la CNPD de la mission d'examiner, au cas par cas, si une limitation est justifiée ? Le Conseil d'État s'était opposé formellement au dispositif prévu et avait demandé aux auteurs de préciser la portée des dérogations ainsi que les critères et modalités de leur application.

Dans le texte tel qu'amendé, la formule que les droits peuvent être limités est remplacée par celle que le responsable du traitement peut déroger aux droits de la personne concernée. Cette précision, de même que la suppression de la référence au contrôle de proportionnalité, mettent en évidence que c'est le responsable de traitement qui détermine les dérogations aux droits prévus dans le règlement. Dans ces conditions, le Conseil d'État est en mesure de lever son opposition formelle.

L'amendement sous examen introduit encore un nouvel article 61*bis* qui reprend la proposition formulée à l'endroit de l'ancien article 68, paragraphe 2, dans l'avis précité du 30 mars 2018.

L'article 61 nouveau ainsi que l'article 61*bis* nouvellement insérés renvoient à l'article 62 du projet de loi. Le Conseil d'État constate que lesdits renvois sont erronés, étant donné que l'article 67 est devenu l'article 62 suite aux amendements parlementaires du 17 mai 2018. Il convient dès lors d'adapter les articles précités en conséquence.

Amendement 38

L'amendement sous examen apporte certaines modifications à l'ancien article 67 (article 62 nouveau), portant sur les garanties additionnelles en faveur des personnes physiques concernées par un traitement à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. La suppression des lettres k) et n), de même que la reformulation du dernier alinéa, répondent aux critiques émises par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 et lui permettent de lever l'opposition formelle qu'il avait émise.

Amendement 39

Sans observation.

Amendement 40

La commission parlementaire a procédé, par le biais de l'amendement sous avis, à une refonte intégrale de l'ancien article 68 (article 63 nouveau).

Le commentaire de l'amendement indique à ce sujet qu'il a été proposé de suivre la proposition du Conseil d'État en adoptant une approche fonctionnelle dans le cadre de la définition du régime légal pour le traitement des catégories particulières de données à caractère personnel.

Tout comme la CNPD², le Conseil d'État a cependant des interrogations sérieuses sur le texte issu des amendements.

Le paragraphe 1^{er} du nouvel article 63 prévoit la mise en place de mesures de sécurité additionnelles dans le cadre du traitement de catégories particulières de données à caractère personnel aux fins prévues à l'article 9, paragraphe 2, lettres b), g) et i), du règlement.

² Voir le deuxième avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données portant sur les amendements parlementaires n° 423/2018 du 8 juin 2018.

Le Conseil d'État relève que les mesures de sécurité additionnelles prévues par le dispositif sous avis, sont, comme le souligne par ailleurs la CNPD dans son avis du 8 juin 2018, prévues à suffisance par l'article 32 du règlement, qui est relatif à la sécurité des traitements, et ne sauraient dès lors être qualifiées de mesures appropriées et spécifiques permettant de sauvegarder les droits fondamentaux des personnes concernées au sens du règlement.

Le paragraphe 2 soulève plusieurs observations. Il porte sur la possibilité de communiquer les données visées à l'article 9, paragraphe 1^{er}, à des tiers. Le dispositif amendé institue également de mesures de sécurité additionnelles particulières.

Le Conseil d'État ne comprend pas la réserve de la licéité du traitement et du respect des finalités prévues à l'article 9 du règlement. Les critères de licéité et de conformité aux finalités sont imposés par le règlement, qui est d'application directe. Il n'y a pas lieu de reprendre ces critères dans le dispositif légal national ni de réserver leur application, ceci d'autant plus que l'article 9, paragraphe 4, du règlement ne prévoit pas des dérogations nationales au dispositif y prévu, mais uniquement des conditions supplémentaires pour le traitement de certaines catégories de données.

Le Conseil d'État considère encore que la terminologie utilisée ne correspond pas à celle employée par règlement. Il convient de rappeler que toute communication ou échange de données constitue une opération de traitement au sens du règlement. Le règlement européen ne réserve aucun régime juridique particulier à la communication de données à des tiers. Le Conseil État s'interroge ainsi sur la nécessité de prévoir un dispositif particulier pour la communication à des tiers de catégories particulières de données, étant donné que cette communication devra, au même titre que tout autre traitement, se conformer aux prescriptions de l'article 9 du règlement. Le Conseil d'État ne comprend pas davantage le renvoi à lettre j) du paragraphe 2, étant donné que le traitement de catégories particulières de données à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques, est couvert par les articles 61*bis* et 62 de la loi en projet.

Quant aux mesures de sécurité additionnelles y prévues, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'article sous avis en ajoutant que le traitement des données à caractère personnel rendues anonymes ne relève pas du règlement. À l'endroit du point 2^o, qui impose la conformité du traitement avec le règlement, le Conseil d'État rappelle que l'obligation de respecter le règlement résulte de la nature juridique de ce texte.

Le paragraphe 3 s'expose aux mêmes critiques que celles développées à l'occasion de l'examen du paragraphe 2 du nouvel article 63, en ce qu'il prévoit un dispositif particulier pour l'échange de catégories particulières de données ainsi que la réserve de licéité du traitement et la référence au respect de l'article 9, paragraphe 3, du règlement, qui constitue un instrument juridique directement applicable. Le Conseil relève encore qu'il n'est pas nécessaire de prévoir l'interdiction de traitement des données relatives aux opinions politiques et à l'appartenance syndicale dans le cadre des traitements opérés aux fins prévues à la lettre h) du paragraphe 2 de l'article 9 du règlement, cette interdiction découlant nécessairement des

finalités visées à ladite lettre h). En d'autres termes, le traitement de données relatives aux opinions politiques et à l'appartenance syndicale ne saurait se justifier au regard des finalités ayant trait à la médecine préventive ou la médecine du travail, à l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, au diagnostics médicaux, à la prise en charge sanitaire ou sociale, ou à la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale.

Au vu des développements qui précèdent, le Conseil d'État doit s'opposer formellement aux paragraphes 1^{ers} à 3 de l'article 63 en ce qu'ils risquent d'être interprétés comme conférant une portée différente de celle prévue par le législateur européen aux obligations qui s'imposent au responsable du traitement en vertu de l'article 32 du règlement. Le Conseil d'État rappelle, par ailleurs, que les mesures de sécurité additionnelles prévues par le dispositif sous avis ne sauraient être qualifiées de mesures appropriées et spécifiques permettant de sauvegarder les droits fondamentaux des personnes concernées au sens du règlement.

Le paragraphe 4 concerne les données génétiques. Le Conseil d'État constate que les dispositions sous revue reprennent en grande partie les dispositions de l'article 6, paragraphe 3, de la loi précitée du 2 août 2002. Le Conseil d'État voudrait rappeler que si les dispositions en cause se justifiaient au regard de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, il en va cependant différemment du dispositif sous avis, qui constitue une reprise textuelle de certaines dispositions prévues par le règlement, qui n'a pas à être transposé.

Le point 1^o reprend ainsi pour partie les règles énoncées à l'article 9, paragraphe 2, lettre a), du règlement tout en ajoutant que le traitement de données génétiques ne peut être opéré que dans les seuls domaines de la recherche en matière de santé ou de la recherche scientifique et historique. Se situant toujours erronément dans une démarche de transposition d'une directive, les auteurs des amendements ont repris la réserve relative aux cas où la loi prévoit que l'interdiction ne peut pas être levée par le consentement de la personne concernée. Le Conseil d'État souligne qu'il appartient au législateur de définir les cas dans lesquels le consentement ne peut pas constituer une condition de licéité du traitement de données génétiques. En omettant de préciser ces cas, la réserve est dénuée de toute valeur normative. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la réserve de l'indisponibilité du corps humain, réserve qui est actuellement inscrite dans la loi précitée du 2 août 2002, mais qui soulève des questions quant à sa portée, étant donné qu'il s'agit d'un principe au contenu variable qui n'est pas consacré explicitement dans le droit luxembourgeois.

Les points 2^o à 6^o reprennent textuellement les exemptions visées à l'article 9, paragraphe 2, du règlement.

Quant au point 6^o, il porte sur les traitements de données génétiques dans le cadre de l'administration de la preuve en justice, pour l'identification des personnes ainsi que la prévention et la répression d'une infraction pénale. Le Conseil d'État s'interroge sur l'insertion de ce dispositif dans la loi en projet. En effet, le traitement de données génétiques, dès lors qu'il a lieu dans le cadre de procédures judiciaires, relève du

dispositif prévu dans la loi en projet n° 7168 précitée, les données génétiques revêtant dans ce cas la nature de données judiciaires. Si des garanties particulières doivent être adoptées, elles ne le seront pas au titre de l'article 9, paragraphe 4, du règlement, mais en vertu de la loi en projet n° 7168 précitée.

Au regard de l'applicabilité directe du règlement et de l'interdiction de la reproduction, même partielle, de ses dispositions, le Conseil d'État doit s'opposer formellement aux points 2 à 6 du paragraphe 4.

En ce qui concerne le dernier alinéa de l'article 63, le Conseil d'État en est à se demander si la condition visée par les termes « lorsque les données génétiques fournissent également des informations concernant le patrimoine génétique d'un membre de la famille de la personne concernée » s'applique aux seules finalités prévues à l'article 9, paragraphe 2, lettre e), ou bien aux finalités prévues à l'article 9, paragraphe 2, lettres d) et e).

Amendement 41

L'amendement 41 introduit un nouveau chapitre 4 ainsi qu'un nouvel article 63*bis* mettant en œuvre la possibilité offerte aux États par l'article 90 du règlement d'adopter des règles spécifiques relatives à la définition des pouvoirs des autorités de contrôle à l'égard des responsables du traitement ou des sous-traitants qui sont soumis à une obligation de secret professionnel. Dans le commentaire est expliqué que le nouveau dispositif est destiné à tenir compte des avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg et de la Chambre des notaires.

Le Conseil d'État considère qu'un renvoi général aux règles de procédure prescrites par les lois et règlements pour les professions soumises au secret professionnel n'est pas de nature à répondre aux exigences du règlement. Quelles sont les professions visées et en quoi consistent les règles de procédure particulières régissant l'accès aux données détenues par ces professionnels dont il est question au commentaire de l'amendement ? À part les règles spécifiques prévues pour les perquisitions et saisies opérées par le juge d'instruction dans un cabinet d'avocats, le Conseil d'État n'entrevoit pas de quelles règles il peut s'agir. Le Conseil d'État demande, par conséquent, et sous peine d'opposition formelle pour insécurité juridique, de préciser le dispositif sur ce point, soit en intégrant les règles spécifiques au projet sous revue, soit en effectuant un renvoi précis aux dispositions spécifiques visées. Une autre solution consiste à omettre le texte sous examen et à prévoir, dans chacune des lois organisant les professions concernées, des règles particulières d'accès aux données traitées.

Amendement 42

Sans observation.

Amendement 43

L'amendement omet, comme suggéré par le Conseil d'État, de prévoir expressément l'abrogation des autorisations délivrées au titre de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des

données à caractère personnel. L'amendement sous revue n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

Amendements 44 à 47

Sans observation.

Observation concernant l'ancien article 8 (nouvel article 5)

Il convient de noter que l'article sous examen ne fait pas l'objet d'amendements. Le Conseil d'État avait cependant remarqué, dans son avis du 30 mars 2018, que « [c]ette disposition soulève une nouvelle fois des interrogations quant au champ d'application du projet de loi » et que « [l]'article 8 limite la compétence de la CNPD au contrôle des dispositions du règlement et de la loi en projet transposant la directive ». Cette observation demeure pertinente, étant donné que la disposition sous avis omet de se référer au présent projet de loi, et plus spécifiquement au titre II de la loi en projet qui prévoit des dispositions spécifiques en droit luxembourgeois de même qu'aux autres textes légaux prévoyant des dispositions spécifiques en matière de protection des données à caractère personnel.

Partant, le Conseil d'État demande de compléter le texte comme suit :

« **Art. 5.** La CNPD est chargée de contrôler et de vérifier si les données soumises à un traitement sont traitées en conformité avec les dispositions :

1° du règlement (UE) 2016/679 ;

2° de la présente loi ;

3° de la loi du jj/mm/aaaa relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale ; et

4° des textes légaux prévoyant des dispositions spécifiques en matière de protection des données à caractère personnel ».

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Dans la mesure où il ne s'agit pas de modifier un acte en vigueur mais d'amender une loi en projet, il convient de noter que les articles à insérer dans l'acte autonome en projet ne peuvent comporter des articles suivis du qualificatif *bis*, *ter*, etc., vu que la numérotation originelle de tout acte doit être continue.

Lorsqu'on se réfère au premier paragraphe, les lettres « er » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour lire « 1^{er} ».

Ces observations valent aussi bien pour les amendements gouvernementaux du 14 mai 2018 que pour les amendements parlementaires du 17 mai 2018.

Amendements gouvernementaux

Intitulé

Le Conseil d'État demande d'employer l'intitulé proposé dans son avis du 30 mars 2018 qui se lira comme suit :

« Projet de loi portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et mise en œuvre du règlement [...] ».

Par ailleurs, il convient de noter que lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il y a lieu de citer l'intitulé complet du règlement européen dont question pour lire « règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) ».

Le Conseil d'État rappelle encore que l'abrogation d'un acte dans son intégralité n'est pas mentionnée dans l'intitulé de l'acte qui le remplace pour ne pas allonger inutilement celui-ci. Partant, il convient de faire abstraction des termes « et abrogeant la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

Amendement 1

Le Conseil d'État signale qu'il convient également d'adapter l'intitulé du titre VI du livre II du Code du travail pour lire « Titre VI - Traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance dans le cadre des relations de travail ».

Il convient d'écrire les termes « **Art. 71.** » en caractères gras.

À l'article 71, phrase liminaire, il y a lieu d'écrire « L. 261-1 » et d'omettre le terme « dorénavant ». Par ailleurs, les guillemets sont à ouvrir avant le texte à remplacer. En outre, le texte à remplacer est à faire précéder par le terme « L. 261-1. », étant donné qu'à l'occasion du remplacement d'articles dans leur intégralité, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné, au lieu d'être mis en gras, pour mieux le distinguer du numéro des articles de l'acte modificatif.

À l'article 71, l'observation relative à la citation de l'intitulé du règlement (UE) 2016/679 vaut également pour le paragraphe 1^{er}.

Toujours au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, lorsqu'on se réfère à des lettres alphabétiques dans le cadre d'énumérations, il convient de renvoyer en l'espèce aux « lettres a) à f) » et non pas aux « points a) à f) ». Il convient également d'entourer les termes « lettres a) à f) » par des virgules.

Au paragraphe 2, il y a lieu d'insérer le terme « pour » entre les termes « ainsi que » et les termes « les personnes ».

Toujours au paragraphe 2, le Conseil d'État recommande aux auteurs d'avoir recours à une numérotation des différents éléments énumérés.

Au paragraphe 3, phrase liminaire, il faut supprimer les parenthèses entourant le chiffre faisant référence au paragraphe en question, pour lire « au paragraphe 1^{er} ».

En outre, il y a lieu de supprimer le terme « ou » au point 1 comme étant superfétatoire.

Au point 3, le Conseil d'État préconise d'écrire « conformément aux dispositions du présent code ».

Il convient encore de supprimer le terme « respectivement » comme étant superfétatoire.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État signale que lors des renvois le point à la suite des numéros d'articles est à omettre, pour lire « [...] L. 211-8, L. 414-9 et L. 423-1 [...] ». »

Finalement, le texte à remplacer est à faire suivre par des guillemets fermants.

Amendement 2

Le Conseil d'État renvoie à son observation quant à l'insertion de qualificatifs dans un projet de loi qu'il s'agit d'amender. En outre le Conseil d'État renvoie à son observation ci-dessus relative à l'indication de l'article qui est également à rédiger en caractères non gras et soulignés en cas d'insertion d'articles. Subsidiairement, le Conseil d'État signale que lorsqu'il est fait référence à un qualificatif tel que « *bis, ter, etc.* », celui-ci est à écrire en caractères italiques.

En outre, lors des renvois, le point à la suite des numéros d'articles est à omettre.

Amendements parlementaires

Observation générale

Le Conseil d'État rappelle que les institutions, administrations, services, etc., prennent une majuscule au premier substantif. Partant, il y a lieu d'écrire « Admistration de l'enregistrement et des domaines ».

Amendement n° 1 – Article 1^{er} du projet de loi

À l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, dans sa teneur amendée, le Conseil d'État signale que lorsqu'on se réfère à la première section, les lettres « re » sont à insérer en exposant derrière le numéro, pour lire « [...] les dispositions du chapitre I^{er}, article 4, des chapitres II à VI, VIII et IX et du chapitre VII, section 1^{re}, du règlement (UE) 2016/679 [...] ».

Au paragraphe 2, point 1°, il convient d'écrire « dans le cadre d'activités qui relèvent du champ d'application du titre V, chapitre 2, du Traité sur l'Union européenne ».

Amendement n° 2 – Article 2 du projet de loi

Lors des renvois, il y a lieu d'écrire les groupements d'articles avec une lettre initiale minuscule, pour lire « [l]es dispositions du titre II [...] ».

Amendement n° 7 – Ancien article 12 du projet de loi déposé – Nouvel article 9 du projet de loi

À l'article 9, point 7°, tel qu'amendé, il faut supprimer les termes « au paragraphe 3 de », pour lire « [...] conformément au ~~paragraphe 3 de~~ à l'article 17, paragraphe 3, [...] ».

Amendement n° 12 – Ancien article 23 du projet de loi déposé – Nouvel article 19 du projet de loi

À l'alinéa 2, il y a lieu d'accorder le terme « ressortissant » au féminin pluriel, pour lire « [...] des personnes [...] qui sont ressortissantes d'un État membre de l'Union européenne ».

Amendement n° 14 – Ancien article 30 du projet de loi déposé – Nouvel article 26 du projet de loi

À l'article 26, paragraphe 3, dans sa teneur amendée, il faut supprimer les termes « de la présente loi », car superfétatoires.

Par ailleurs, il convient de viser le ministre compétent en se référant aux compétences ministérielles retenues dans l'arrêté grand-ducal du 28 janvier 2015 portant constitution des Ministères, en écrivant « ministre ayant les Relations avec la Commission nationale pour la protection des données dans ses attributions ».

Amendement n° 33 – Ancien article 62 du projet de loi déposé – Nouvel article 57 du projet de loi

À l'article 57 tel qu'amendé, le Conseil d'État tient à rappeler que pour caractériser les énumérations, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°, ...).

Amendement n° 40 – Ancien article 68 du projet de loi déposé – Nouvel article 63 du projet de loi

À l'article 63, dans sa teneur amendée, le Conseil d'État rappelle que lorsqu'on se réfère à des lettres alphabétiques dans le cadre d'énumérations, il convient de renvoyer à titre d'exemple à la « lettre b) » et non pas au « point b) » et d'ajouter, le cas échéant, une virgule à la suite de ces termes.

À l'article 63, paragraphe 4, le Conseil d'État propose de placer le terme « lorsque » à la fin de la phrase liminaire, pour lire « Les données génétiques ne peuvent faire l'objet d'un traitement que lorsque : ».

Au paragraphe 4, point 1°, il convient d'écrire « l'interdiction visée à l'article 9, paragraphe 1^{er}, ».

Au paragraphe 4, points 1°, alinéa 2, 4° et 5°, les termes « de la présente loi » sont à supprimer, car superfétatoires.

Toujours au paragraphe 4, point 6°, les tirets sont à remplacer par des numérotations simples (1°, 2°). En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets opérées à l'occasion de modifications ultérieures. En procédant de cette manière, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

Au paragraphe 4, dernier alinéa, il convient de préciser qu'est visé le règlement (UE) 2016/679, pour lire « Il en est de même pour les finalités prévues à l'article 9, paragraphe 2, lettre d) du règlement (UE) 2016/679 et pour celles prévues à l'article 9, paragraphe 2, lettre e) du règlement (UE) 2016/679 [...] ».

Amendement n° 41 – Insertion d'un nouveau Chapitre 4 et ajout d'un nouvel article 63bis

Le Conseil d'État recommande de remplacer les termes « en ce qui concerne » par le terme « aux », pour lire « Ces règles ne sont applicables qu'aux données à caractère personnel [...] ».

Amendement n° 44 – Ancien article 76 du projet de loi déposé – Nouvel article 71 du projet de loi

Le Conseil d'État rappelle qu'il y a lieu d'écrire le terme « président » avec une lettre initiale minuscule.

Texte coordonné

Le Conseil d'État constate que la teneur des amendements parlementaires du 17 mai 2018 proprement dits ne coïncide pas avec le texte coordonné versé auxdits amendements. À titre d'exemple, le Conseil d'État cite l'article 9, point 7°, dont les libellés diffèrent en ce qui concerne les termes « au paragraphe 3 de ». Il en est de même des renvois à l'intérieur du dispositif qui contrairement aux amendements proprement dits ont été adaptés audit texte coordonné.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 26 juin 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes