

Objet : Projet de loi n°7184 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 de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat et abrogeant la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Projet de règlement grand-ducal portant fixation du siège de la Commission nationale pour la protection des données et abrogeant le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant transfert du siège de la Commission nationale pour la protection des données.

Projet de règlement grand-ducal portant fixation des indemnités revenant au Président, aux membres et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données et abrogeant le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant fixation des indemnités revenant au président, aux membres effectifs et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données. (4921SBE)

*Saisine : Ministre des Communications et des Médias
(13 septembre 2017)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Au Luxembourg, la protection des données à caractère personnel est actuellement régie par les dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après, la « Loi modifiée du 2 août 2002 »). Sur le fond, cette loi a transposé dans le droit national 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 (ci-après, la « Directive 95/46/CE ») et a institué la Commission nationale pour la protection des données (ci-après, la « CNPD ») en tant qu'autorité indépendante de contrôle en la matière. La Loi modifiée du 2 août 2002 est complétée notamment par deux règlements grand-ducaux du 7 juillet 2003, l'un portant transfert du siège de la Commission nationale pour la protection des données et l'autre 2003 portant fixation des indemnités revenant au président, aux membres effectifs et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données.

L'ensemble de ces textes, à savoir la Directive 95/46/CE, la Loi modifiée du 2 août 2002 et les règlements grand-ducaux du 7 juillet 2003, vont être abrogés avec effet au 25 mai 2018.

En effet, c'est à cette date que doivent entrer simultanément en vigueur les quatre nouveaux textes fixant au Luxembourg **le nouveau régime en matière de protection des données à caractère personnel**, à savoir :

- 1) Le 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, désigné dans le projet de loi sous avis «règlement (UE) 2016/679 » mais plus communément appelé « règlement général sur la protection des données » ou en abrégé « RGPD » comme dans le présent avis de la Chambre de Commerce.
- 2) une future loi, actuellement le projet de loi n°7184 sous avis (i) portant **création de la Commission nationale pour la protection des données et mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679**, (ii) portant modification de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État et (iii) abrogeant la Loi modifiée du 2 août 2002 (ci-après, le « Projet de loi n°7184 ») ;
- 3) un futur règlement grand-ducal portant **fixation du siège** de la Commission nationale pour la protection des données et abrogeant le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant transfert du siège de la Commission nationale pour la protection des données, dont le projet fait l'objet du présent avis ;
- 4) un futur règlement grand-ducal portant **fixation des indemnités** revenant au Président, aux membres et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données et abrogeant le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant fixation des indemnités revenant au président, aux membres effectifs et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données, dont le projet fait l'objet du présent avis.

Quelques définitions fondamentales

Donnée à caractère personnel	Toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement (appelée « personne concernée ») <i>Exemples</i> : un nom, un numéro d'identification (sécurité sociale, carte d'identité), une adresse (y compris une adresse électronique), un numéro de téléphone, des données de localisation, un identifiant en ligne, un élément spécifique propre à son identité physique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale
Traitement de données	Toute opération appliquée à des données à caractère personnel, effectuée ou non à l'aide de procédés automatisés (traitement sur support papier ou informatique) <i>Exemples</i> : la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction
Responsable du traitement	la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement
Sous-traitant	Toute personne physique ou morale, autorité publique, service ou tout autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable de traitement <i>Exemples</i> : une fiduciaire (traitement des salaires), un data center (archivage informatique)

Résumé synthétique

Les projets de loi et de règlements grand-ducaux sous avis sont la déclinaison dans le droit luxembourgeois du RGPD fixant le régime général de la protection des données, lequel forme ensemble avec deux directives visant les traitements de données en matière pénale le nouveau « paquet européen » sur la protection des données qui doit entrer en vigueur le 25 mai 2018.

Alors que l'essentiel des dispositions du projet de loi sous avis organisent la « nouvelle CNPD » en raison de l'abrogation de la Loi modifiée du 2 août 2002, la Chambre de Commerce s'est particulièrement penchée sur les dispositions du projet de loi qui mettent en œuvre le RGPD et avec lequel elles forment un tout indissociable étant donné que les dispositions du RGPD seront directement et automatiquement applicables au Luxembourg et dans tous les Etats membres de l'Union européenne à compter du 25 mai 2018.

La Chambre de Commerce prend donc acte du nouveau paradigme introduit directement par le RGPD qui traduit le passage d'une conformité formelle (actuellement organisée autour de procédures de notifications et d'autorisation préalable) à une responsabilité accrue des responsables de traitement tant du secteur public que du secteur privé (principe d'« *accountability* »).

Si les sanctions pénales actuellement prévues par la Loi modifiée du 2 août 2002 ne sont pas reprises dans le projet de loi sous avis, ce dont la Chambre de Commerce se félicite, elles sont par contre remplacées par des sanctions financières très lourdes, qui pourront être infligées par les autorités de contrôle nationales. Le RGPD prévoit en effet des amendes administratives dissuasives en laissant aux Etats membres la possibilité de mettre en place d'autres sanctions.

A cet égard, la Chambre de Commerce s'interroge quant à l'article 50 du projet de loi sous avis qui reconnaît à la CNPD le pouvoir d'assortir ses injonctions d'une astreinte. Elle se demande en particulier si cette disposition est bien conforme à l'article 84, paragraphe 1 du RGPD qui autorise les Etats à déterminer d'autres sanctions que les amendes administratives pour autant qu'elles sanctionnent des violations différentes.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce demande que les articles L. 261-1 et L. 261-2 du Code du travail concernant le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail soient formellement abrogés afin de lever toute insécurité juridique sur ce point.

Pour le surplus, hormis l'article 50 du projet de loi sous avis, la Chambre de Commerce observe avec satisfaction que le Luxembourg n'a pas introduit un trop grand nombre de dispositions spécifiques supplémentaires au RGPD et salue la décision prise par le Gouvernement de ne pas produire une législation surabondante qui rendrait tout objectif de conformité irréaliste du point de vue des entreprises.

La Chambre de Commerce souligne que les changements que doivent opérer ces dernières aux niveaux organisationnel, informatique et juridique ainsi qu'au niveau des processus opérationnels afin de se mettre en conformité au RGPD sont déjà générateurs

d'une importante charge administrative et nécessitent des ressources à la fois financières et humaines conséquentes.

Au vu des nouvelles menaces de sanctions qui vont peser sur les entreprises, la Chambre de Commerce demande donc à la CNPD de faire preuve de flexibilité, au moins dans les premiers mois suivant l'entrée en vigueur de la réforme, dans le cadre de sa mission de surveillance des nouvelles dispositions du RGPD et de la future loi.

La Chambre de Commerce veut croire que le RGPD peut néanmoins constituer une belle opportunité de susciter la confiance qui permettra le développement de l'économie numérique, ce que soutiennent particulièrement le Gouvernement et la Chambre de Commerce.

Quant aux projets de règlements grand-ducaux sous avis, ils n'appellent pas de commentaire de fond de la part de la Chambre de Commerce.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver les projets de loi et de règlements grand-ducaux sous rubrique sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation des projets de loi et de règlements grand-ducaux:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	0
Impact financier sur les entreprises	-- ¹
Transposition de directive	n.a.
Simplification administrative	-- ²
Impact sur les finances publiques	- ³
Développement durable	+

Légende :

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

¹ La mise en conformité au RGPD implique pour les entreprises des changements aux niveaux organisationnel, informatique et juridique ainsi qu'au niveau des processus opérationnels qui nécessitent des ressources à la fois financières et humaines importantes.

² La mise en conformité au RGPD implique pour les entreprises des changements aux niveaux organisationnel, informatique et juridique ainsi qu'au niveau des processus opérationnels, qui sont générateurs d'une importante charge administrative.

³ Les nouvelles règles du RGPD et de mise en place de la « nouvelle CNPD » auront un impact budgétaire annuel estimé à 160.000 euros brut (cf. fiche financière).

Avant d'analyser le projet de loi et les projets de règlements grand-ducaux sous avis, la Chambre de Commerce estime utile, pour la bonne compréhension des commentaires qui suivront, de revenir sur l'adoption d'un nouveau cadre européen qui a présidé à leur origine.

Le paquet européen sur la protection des données

Initié en 2012 par la Commission européenne afin de tenir compte de l'évolution technologique et sociétale des deux dernières décennies, le « paquet européen » sur la protection des données adopté le 27 avril 2016 par le Parlement européen et le Conseil, constitue une réforme du cadre juridique européen existant. Ce paquet se compose d'un règlement, le RGPD, qui détermine le régime général de la protection des données (A), et de deux directives qui régles spécifiquement les règles applicables en matière pénale (B).

A. Le régime général de la protection des données : le RGPD

Dans un souci d'harmonisation au niveau européen, l'Union européenne a décidé de recourir à un règlement, le RGPD, pour fixer le régime général de la protection des données. Ainsi, tous les traitements de données relèvent donc du RGPD sauf exceptions.

Le RGPD entrera en vigueur dans tous les Etats membres le 25 mai 2018 en abrogeant simultanément la Directive 95/46/CE sur laquelle repose le régime actuel.

Par sa nature et contrairement à une directive, le RGPD a vocation à s'appliquer automatiquement, c'est-à-dire sans que des mesures nationales de transposition soient nécessaires. Ainsi, l'objet du Projet de loi sous avis, bien qu'étroitement lié au RGPD, n'est pas de transposer ce dernier mais de le compléter. Le RGPD prévoit en effet que dans certains domaines précis, des limitations, dérogations ou dispositions spécifiques peuvent être prévues par les États membres afin d'assurer sa mise en œuvre. Les deux textes (RGPD et Projet de loi sous avis) doivent donc se lire conjointement.

B. Les régimes spécifiques : le cas des traitements de données en matière pénale

En complément du RGPD, l'Union européenne a par ailleurs adopté deux directives qui traitent plus spécifiquement des traitements de données en matière pénale.

Il s'agit tout d'abord de la **directive (UE) 2016/680** relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil. Au Luxembourg, la transposition de cette directive, dont le délai est fixé au 6 mai 2018 au plus tard, doit être assurée par le 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, qui a été déposé par le Ministre de la Justice (ci-après, le « Projet de loi n°7168 »). Ce projet de loi est avisé en parallèle par la Chambre de Commerce.

Il s'agit ensuite de la **directive (UE) 2016/681** relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR⁴) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière. Au Luxembourg, la transposition de cette directive, dont le délai est fixé au 25 mai 2018 au plus tard, doit quant à elle être assurée par le projet de loi n°7151 relative au traitement des données des dossiers passagers dans le cadre de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave, qui a été déposé par le Ministre de la sécurité intérieure (ci-après, le « Projet de loi n°7151 »).

Même si lesdits projets de loi précités font chacun l'objet d'un avis distinct⁵ de la Chambre de Commerce, les trois projets de loi s'articulent conjointement et doivent se lire ensemble, à l'instar du paquet européen.

Considérations générales sur le Projet de loi sous avis

Le projet de loi sous avis a principalement pour objet de « créer » la CNPD (en ce sens qu'il s'agira de la future loi organique de la CNPD en raison de l'abrogation de la Loi modifiée du 2 août 2002) et de mettre en œuvre le RGPD. En outre et compte tenu de l'ampleur de la réforme introduite, le projet de loi sous avis comporte un ensemble de dispositions modificatives, abrogatoires et transitoires. Ces trois points, qui forment les trois chapitres du projet de loi sous avis, seront successivement commentés par la Chambre de Commerce.

Si la Chambre de Commerce souligne que le projet de loi sous avis doit se lire conjointement avec le RGPD, elle précise également que l'objet du présent avis n'est pas de commenter à proprement parler les dispositions du RGPD, lesquelles seront directement et automatiquement applicables dans tous les Etats membres de l'Union européenne à compter du 25 mai 2018.

A. Concernant les dispositions relatives à la CNPD (chapitre 1 du projet de loi sous avis)

Le projet de loi sous avis, qui désigne la CNPD comme « autorité publique indépendante » en vue de veiller à l'application de la législation sur la protection des données, a vocation à constituer la nouvelle organique de cette autorité de contrôle nationale, en remplacement de la Loi modifiée du 2 août 2002 qui sera abrogée.

1. La « nouvelle CNPD » : un statut juridique et une indépendance confirmés

La Chambre de Commerce observe que le statut juridique et l'indépendance de la CNPD, déjà garantis par la loi actuelle, sont confirmés par le projet de loi sous avis à plusieurs niveaux :

- ainsi, sur le plan statutaire, la CNPD est organisée en tant qu'autorité indépendante prenant la forme d'un établissement public (placée sous la tutelle du Ministre d'Etat) ;

⁴ « PNR » signifie « Passenger Name Records ».

⁵ Concernant le Projet de loi n°7168, la Chambre de Commerce renvoie à son avis émis le 13 décembre 2017.

- ce qui implique qu'elle dispose de la personnalité juridique, d'une autonomie au niveau de ses ressources humaines, techniques et financières, ainsi que de l'infrastructure nécessaire ;
- quant aux membres de la CNPD, ils font l'objet d'un mode de nomination transparent, sont soumis à des incompatibilités et des règles de non-cumul, disposent d'un mandat de six ans renouvelable une fois, sont tenus au secret professionnel (tel que prévu par le Code pénal).

La Chambre de Commerce relève en outre les nouveautés suivantes :

- la composition de l'organe collégial à qui revient la responsabilité de diriger la CNPD, passera de 3 à 4 membres⁶ dont un Président, ceci afin de tenir compte de l'augmentation sensible des missions et pouvoirs conférés à la CNPD ;
- les membres du collège, qui portent actuellement le nom de « membres effectifs », seront désignés comme « commissaires à la protection des données » ; ils devront justifier d'une expérience professionnelle dans le domaine de la prévention, la recherche, la constatation et la poursuite des infractions pénales.

2. La « nouvelle CNPD » : des compétences élargies

Actuellement, en vertu de la Loi modifiée du 2 août 2002, coexistent deux autorités de contrôle en matière de protection des données :

- d'une part, la CNPD qui, en tant qu'autorité de contrôle de droit commun, est compétente pour toute matière sauf disposition légale contraire ;
- d'autre part, une autorité spécifique en matière pénale, de sûreté de l'Etat, de défense et de sécurité publique, prévue par l'article 17 de la Loi modifiée du 2 août 2002, communément appelée « Autorité article 17 ».

Or, suite à l'adoption du paquet européen sur la protection des données (spécialement la Directive 2016/680), le Projet de loi n°7168 dans le cadre duquel la Chambre de Commerce a rendu un avis distinct en date du 5 février 2018, procède à une réorganisation des autorités de contrôle⁷ en attribuant à la « nouvelle CNPD » une compétence générale⁸ pour veiller au respect des principes de protection des données **y compris les traitements de données effectués en matière pénale et sécurité nationale tombant dans le champ d'application du Projet de loi n°7168**⁹. Parallèlement, l'« Autorité article 17 » instituée par la Loi modifiée du 2 août 2002 sera supprimée.

Toutefois, les traitements de données à caractère personnel **effectués par les juridictions judiciaires et administratives dans l'exercice de leurs fonctions**

⁶ Cf. article 19 du projet de loi sous avis

⁷ Le Projet de loi n°7168 crée par ailleurs, par dérogation à la compétence de principe de la CNPD, une « autorité de contrôle de la protection des données judiciaires » (désignée comme « autorité de contrôle judiciaire ») qui sera compétente pour veiller sur tous les traitements de données à caractère personnel effectués par les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Ce point est plus amplement commenté par la Chambre de Commerce dans son avis distinct du 5 février 2018 sur ledit projet de loi.

⁸ La CNPD surveille également les traitements des données des dossiers passagers dans le cadre de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave tombant dans le champ d'application du Projet de loi n°7151.

⁹ Cf. article 10 du projet de loi sous avis et article 40 du Projet de loi n°7168

juridictionnelles, échapperont par contre à la compétence générale de la CNPD et seront soumis au contrôle d'une **autorité de contrôle « judiciaire »**¹⁰.

Le Projet de loi n°7168 est donc à mettre en relation étroite avec le projet de loi sous avis dans la mesure où il constitue le fondement du rôle élargi de la CNPD. Ce point est plus particulièrement développé par la Chambre de Commerce dans l'avis précité et auquel elle renvoie pour autant que de besoin.

3. La « nouvelle CNPD » : des pouvoirs sensiblement renforcés

Le renforcement des pouvoirs reconnus aux autorités de contrôle nationales, et donc à la CNPD, constitue un des points les plus importants de la réforme orchestrée au niveau européen et est la conséquence :

- du changement de paradigme opéré par le RGPD qui prévoit de remplacer l'actuel système de contrôle *ex ante* par un système de contrôle *ex post*¹¹ reposant sur le principe de responsabilisation du « responsable de traitement » et du « sous-traitant »;

- de l'augmentation du niveau de protection des « personnes concernées » (avec la reconnaissance de nouveaux droits tels que le droit à l'effacement (ou « droit à l'oubli »), droit à la portabilité des données, droit à être informé en cas de violation de données)¹²,

- de la réorganisation des autorités de contrôle (décrite ci-avant) qui conduit à attribuer à la « nouvelle CNPD » une compétence générale¹³ pour veiller au respect des principes de protection des données y compris les traitements de données effectués en matière pénale et sécurité nationale tombant dans le champ d'application du Projet de loi n°7168.

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce juge utile de s'attarder sur la nature et l'étendue des pouvoirs qui seront prochainement conférés à la CNPD¹⁴ en vertu du RGPD, du projet de loi sous avis mais aussi du Projet de loi n°7168¹⁵ (qui prévoit que la CNPD deviendra l'autorité de contrôle de droit commun en matière pénale).

Les pouvoirs qui pourront être exercés par la CNPD **en vertu du RGPD**¹⁶, à compter du 25 mai 2018, à l'encontre des « responsables de traitement » et/ou des « sous-traitants » sont les suivants :

- **pouvoirs d'enquête** : la CNPD qui dispose déjà du droit d'accéder aux données et aux locaux où celles-ci sont stockées, pourra procéder à des audits sur la protection des données ;

¹⁰ Cf. article 41 du Projet de loi n°7168

¹¹ La disparition du contrôle *ex ante* impliquera donc la fin des procédures actuelles de notifications de traitements à la CNPD et d'autorisations préalables de la part de la CNPD.

¹² Cf. articles 12 à 21 du RGPD

¹³ La CNPD surveille également les traitements des données des dossiers passagers dans le cadre de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave tombant dans le champ d'application du Projet de loi n°7151.

¹⁴ La Chambre de Commerce souligne que l'autorité de contrôle judiciaire, mise en place par le projet de loi n°7168, se verra octroyer des pouvoirs semblables à la CNPD.

¹⁵ Cf. article 16 du projet de loi sous avis

¹⁶ Cf. article 58 du RGPD

- **pouvoir d'adopter des mesures correctrices** : en plus du pouvoir de prendre des décisions telles que l'avertissement, l'interdiction temporaire ou définitive de procéder à un traitement, la décision de verrouiller, d'effacer ou de détruire des données faisant l'objet d'un traitement illégal, la CNPD pourra ordonner de satisfaire aux demandes présentées par la « personne concernée » en vue d'exercer ses droits ou de communiquer à la personne concernée une violation de données ;
- **pouvoir d'autorisation** : la CNPD aura le pouvoir de délivrer les agréments¹⁷ (requis par le RGPD) aux organismes de certifications.

A côté de ses pouvoirs, la CNPD disposera pour l'avenir et **en vertu des dispositions issues du projet de loi sous avis**¹⁸, du **pouvoir de prendre des règlements** qui seront publiés au Journal officiel du Grand-Duché du Luxembourg. La Chambre de Commerce relève que la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit de la CNPD (qui fait défaut dans la Loi modifiée du 2 août 2002) est justifiée par les auteurs dans le commentaire des articles, par le souci de donner à la CNPD la possibilité de guider ou de spécifier certaines règles dans un objectif de donner si nécessaire, davantage de sécurité juridique et ce, en s'appuyant sur l'article 108bis de la Constitution¹⁹.

Enfin, la grande nouveauté du nouveau cadre législatif en matière de protection des données consiste dans l'octroi à la CNPD du **pouvoir d'imposer des amendes administratives** en cas de non-respect par le « responsable de traitement » ou le « sous-traitant » des obligations leur incombant en vertu du RGPD²⁰ ou de non-respect d'une injonction émise par la CNPD.

Afin de sensibiliser les responsables de traitement et sous-traitants sur ce point (alors que l'article 49 du projet de loi sous avis est très sommaire et se limite à un renvoi au RGPD), la Chambre de Commerce souligne que la liste des violations susceptibles de faire l'objet de telles amendes administratives est étendue et comporte notamment le non-respect des dispositions du RGPD concernant :

- la tenue du registre des activités de traitement ;
- la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées (« *privacy by default* » et « *privacy by design* ») ;
- les droits dont bénéficient les personnes concernées (droit d'information, droit d'accès, de rectification, droit à l'effacement, droit à la limitation du traitement, droit à la portabilité, droit d'opposition) ;
- les transferts de données à caractère personnel hors de l'Union européenne.

La Chambre de Commerce souligne encore que :

- le montant de ces amendes administratives, qui est fixé par le RGPD, pourra aller jusqu'à **20 millions d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4% du**

¹⁷ Le projet de loi a opté pour la CNPD alors que le RGPD offrait la possibilité d'un agrément au choix par l'autorité de contrôle ou l'organisme national d'accréditation ou les deux.

¹⁸ Cf. article 5 du projet de loi sous avis

¹⁹ Selon cet article, les établissements publics disposent d'un pouvoir réglementaire dans la limite de leur spécialité.

²⁰ Cf. article 83 du RGPD

chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent (le montant le plus élevé étant retenu) ;

- en vertu de l'article 49 du projet de loi sous avis, la CNPD pourra imposer de telles amendes à toute personne morale de droit public établie au Luxembourg²¹. Selon, le commentaire des articles²², ces amendes feront l'objet d'un recouvrement par l'Administration de l'enregistrement ;
- selon le RGPD, ces amendes administratives pourront être imposées en complément ou à la place des mesures correctrices décrites ci-avant en fonction des caractéristiques propres à chaque cas et en tenant compte notamment de la nature, de la gravité et de la durée de la violation.

Compte tenu de l'importance des amendes administratives que la CNPD pourra, à l'avenir, imposer notamment en cas de violation du RGPD, **la Chambre de Commerce salue le choix des auteurs du projet de loi de ne pas reprendre les sanctions pénales actuellement prévues par la Loi modifiée du 2 août 2002** (à prononcer par les juridictions en cas de violations des règles en matière de protection des données). Tandis qu'aujourd'hui, dix-huit infractions pénales sont sanctionnées par une peine d'emprisonnement de huit jours à un an et/ou amende de 251 à 125.000 euros, le projet loi sous avis se limite à conserver le délit d'entrave à l'accomplissement des missions de la CNPD²³.

La Chambre de Commerce relève toutefois qu'en sus du pouvoir de prendre des amendes administratives, **le projet de loi sous avis reconnaît à la CNPD le pouvoir d'imposer des astreintes** en disposant, sous l'article 50, que « *La CNPD peut imposer une astreinte pour le cas où le responsable de traitement ne satisfait pas à sa décision administrative*²⁴. *Toutefois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas d'imposition d'une amende administrative* ».

La Chambre de Commerce se demande si cette disposition est bien conforme au RGPD, spécialement à l'article 84, paragraphe 1 qui prévoit que « *Les États membres déterminent le régime des autres sanctions applicables en cas de violations du présent règlement, en particulier pour les violations qui ne font pas l'objet des amendes administratives prévues à l'article 83*²⁵, et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. »

En effet, parmi les décisions que pourra prendre la CNPD en vertu de l'article 58, paragraphe 2 du RGPD figurent plusieurs injonctions²⁶ qui peuvent déjà faire l'objet d'amendes administratives en vertu de l'article 83 du RGPD.

²¹ L'article 83, paragraphe 7 du RGPD laisse en effet le choix aux Etats membres de déterminer si et dans quelle mesure les autorités publiques devraient faire l'objet de ces amendes administratives.

²² Cf. commentaire des articles sous article 50, page 50 du projet de loi sous avis

²³ Cf. article 53 du projet de loi sous avis

²⁴ Texte souligné par la Chambre de Commerce

²⁵ Texte souligné par la Chambre de Commerce

²⁶ Il s'agit notamment de l'injonction de satisfaire aux demandes de la personne concernée en vue d'exercer ses droits ; de l'injonction de communiquer à la personne concernée une violation de données à caractère personnel ; de l'injonction de procéder à la rectification ou à l'effacement de données.

La Chambre de Commerce souligne que contrairement aux directives adoptées en matière de protection des données à caractère personnel en matière pénale qui laisse une marge de manœuvre aux Etats membres, le RGPD doit garantir une harmonisation maximale entre les 28 législations et donc ne permet pas des sanctions nationales spécifiques dans les domaines qui font déjà l'objet du RGPD. **La Chambre de Commerce s'interroge donc quant à la possibilité pour la CNPD d'assortir ses injonctions d'une astreinte.**

B. Concernant les dispositions spécifiques selon le RGPD (chapitre 2 du projet de loi sous avis)

Il existe un certain nombre de domaines dans lesquels le RGPD laisse aux Etats membres la possibilité d'adopter une législation nationale complémentaire. Ainsi :

- l'article 6, paragraphe 2 du RGPD donne la possibilité aux Etats membres de maintenir ou d'introduire des dispositions plus spécifiques dans le but de préciser les conditions de la licéité du traitement nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable de traitement est soumis ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont il est investi ;
- l'article 8, paragraphe 1 du RGPD donne la possibilité aux Etat membres de fixer un âge inférieur à 16 ans pour déterminer si le traitement des données relatives à un enfant a été donné avec son consentement (et donc s'il est licite) sans pouvoir aller en-deçà de 13 ans ;
- l'article 9, paragraphe 4 du RGPD, qui relatif au traitement portant sur des catégories particulières de données, donne la possibilité de maintenir ou introduire des conditions supplémentaires y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, biométriques ou des données concernant la santé ;
- l'article 35, paragraphe 10 prévoit qu'il n'est pas *a priori* nécessaire de refaire une analyse d'impact relative à la protection des données lorsque qu'une telle analyse a déjà été réalisée dans le cadre de l'adoption de la base juridique auquel le responsable de traitement est soumis²⁷, sauf si l'Etat membre estime le contraire ;
- l'article 36, paragraphe 5 prévoit que les Etats membres peuvent exiger une autorisation préalable de l'autorité de contrôle pour les traitements effectués par un responsable de traitement dans le cadre d'une mission d'intérêt public, y compris protection sociale et santé publique ;
- l'article 37, paragraphe 5 accorde aux Etats membres le droit d'élargir la liste des cas dans lesquels la désignation d'un « délégué à la protection des données » est obligatoire.

Au vu de cette liste exemplative, la Chambre de Commerce observe avec satisfaction que le Luxembourg n'a pas introduit un trop grand nombre de dispositions supplémentaires au RGPD. En effet, le projet sous avis comporte des dispositions concernant la conciliation entre le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information²⁸ ainsi que les garanties et dérogations applicables au

²⁷ Sont visées les hypothèses où le traitement est nécessaire (i) au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable de traitement est soumis ou (ii) à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont il est investi.

²⁸ Cf. article 56 du projet de loi sous avis

traitement à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques²⁹ et le traitement de catégories particulières de données à caractère personnel par les services de la santé³⁰. Ces dispositions additionnelles n'appellent pas de commentaires particuliers de la part de la Chambre de Commerce.

C. Concernant les autres dispositions modificatives, abrogatoires et transitoires (chapitre 3 du projet de loi sous avis)

La Chambre de Commerce rappelle que le RGPD prévoit de remplacer l'actuel système de contrôle *ex ante* par un système de contrôle *ex post* (reposant sur le principe d'« accountability » de tout responsable de traitement et de sous-traitant).

Ainsi, à la date de l'entrée en vigueur du RGPD, soit le 25 mai 2018, l'ensemble des procédures actuelles de notifications et d'autorisations préalables à effectuer auprès de la CNPD seront supprimées compte tenu de l'abrogation simultanée de la loi de la Loi modifiée du 2 août 2002³¹. La Chambre de Commerce souligne à cet égard, que dans la fiche d'évaluation d'impact, les auteurs du projet de loi ont pris le soin de préciser : « Il s'agit d'un changement de paradigme pour passer d'un système de contrôle *ex ante* à un contrôle *ex post*. Il y a suppression des notifications et des autorisations préalables de la CNPD³². »

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce s'étonne que le projet de loi sous avis ne comporte aucune disposition abrogatoire à ce sujet. En particulier, **la Chambre de Commerce demande que les articles L. 261-1 et L. 261-2 du Code du travail concernant le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail (qui renvoie à la Loi modifiée du 2 août 2002) soient, pour des raisons de sécurité juridique, formellement abrogés.**

Subsidiairement, la Chambre de Commerce rappelle qu'un projet de loi n°7049, déposé à la Chambre des Députés le 30 août 2016³³, avait prévu de ne plus soumettre à l'autorisation préalable de la CNPD trois types de traitement³⁴ et de les soumettre (seulement) au contrôle *a posteriori* de la CNPD par le biais de la procédure de notification, avant l'entrée en vigueur du RGPD. L'objectif immédiat et clairement affiché dudit projet de loi, à propos duquel la Chambre de Commerce et la CNPD avaient émis un favorable³⁵, était d'alléger les formalités administratives exigées lors de la mise en place de certains traitements de données à caractère personnel afin de permettre aux acteurs concernés (CNPD et entreprises) de se consacrer à la préparation et à l'anticipation des nouvelles règles européennes en la matière et donc faciliter la transition vers le RGPD, pour toute la période précédant l'entrée en vigueur dudit règlement.

²⁹ Cf. articles 57 et 58 du projet de loi sous avis

³⁰ Cf. article 59 du projet de loi sous avis

³¹ Celles-ci sont actuellement prévues par les articles 12 et 14 de la Loi modifiée du 2 août 2002.

³² Cf. question 5 sous la rubrique « mieux légiférer », en page 2 de la fiche d'évaluation d'impact

³³ Projet de loi n°7049 portant modification de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel

³⁴ Il s'agissait (i) des traitements effectués à des fins de surveillance (y compris dans le cadre de la surveillance des salariés sur le lieu de travail), (ii) l'interconnexion de données et (iii) les traitements concernant le crédit et la solvabilité des personnes concernées lorsqu'ils sont effectués par des personnes autres que des professionnels du secteur financier ou des compagnies d'assurance concernant leurs clients.

³⁵ La Chambre de Commerce a rendu un avis en date du 4 novembre 2016.

La Chambre de Commerce comprend néanmoins que compte tenu de l'imminence de l'entrée en vigueur du RGPD, ce projet de loi n'a plus de raison d'être et se demande s'il ne devrait pas être retiré.

Commentaires des articles du Projet de loi

Concernant l'article 17

L'article 17, qui constitue l'unique article de la section V intitulée « Certification », fournit une précision sur un point qui était laissé à la discrétion des Etats conformément à l'article 43, paragraphe 1 du RGPD à savoir, la désignation de l'autorité compétence pour agréer les organismes de certification. Le Luxembourg a pour sa part fait le choix de désigner l'autorité de contrôle (donc la CNPD) plutôt qu'un organisme national d'accréditation ou les deux. La Chambre de Commerce relève par ailleurs que l'article 40 du RGPD encourage tant l'élaboration de codes de conduite que la certification et que le respect des codes de conduite pourra faire l'objet d'un contrôle de la part d'un organisme à agréer par la CNPD, en vertu de l'article 41 du RGPD. Etant donné que les codes de conduite et la certification présentent des avantages similaires en matière de garantie de protection des données personnelles envers les tiers et afin de ranger sur un pied d'égalité les deux mécanismes, la Chambre de Commerce est d'avis que l'article 17 du projet de loi sous devrait également mentionner les « code de conduite ». La Chambre de Commerce propose partant la modification suivante :

« Les organismes de certification visés à l'article 43, paragraphe 1 du règlement (UE) 2016/679 doivent être agréés par la CNPD, à l'instar des organismes de contrôle des code de conduites visés à l'article 41 du règlement (UE) 2016/679. »

Concernant l'article 20

Sous l'article 20 qui dispose que «*[L]es membres du collège et membres suppléants sont nommés pour un terme de six ans, renouvelable une fois*», il serait plus exact de remplacer le mot « *terme* » par « *mandat* ».

Concernant l'article 28

Sous l'article 28, il y a lieu d'insérer les mots « *du collège* » de manière à lire « *les membres du collège et membres suppléants ne peuvent être démis de leurs fonctions que (...)* ».

Concernant l'article 38

L'article 38 dispose que les délibérations au sein du collège sont prises à la majorité des voix. Etant donné que le collège se compose de quatre membres (le président étant expressément inclus selon l'article 19), la Chambre de Commerce relève que le risque de ne pas obtenir la majorité existe. Une solution pourrait être de conférer voix prépondérante au Président en cas d'égalité des voix.

Concernant les articles 44 et 45

Il y a lieu de replacer le mot « à » par le mot « de » de manière à lire « *Sans préjudice de l'interdiction (...)* » au début des articles 44 et 45.

Concernant l'article 48, paragraphe 2

Cet article requiert un contrôle des comptes annuels de la CNPD qui en tant que tel est soumis à la loi du 23 juillet 2016 relative à la profession de l'audit qui vise le « *réviseur d'entreprises agréé* » et les « *comptes annuels* ». Aussi, pour plus de justesse, la Chambre de Commerce propose les modifications suivantes au paragraphe 2 de l'article 48:

« (2) Si la CNPD dispose de fonds ne provenant pas de la dotation inscrite au budget de l'Etat, un réviseur d'entreprises agréé est nommé pour une période de trois années; son mandat est renouvelable.

Le réviseur d'entreprises agréé a pour mission de vérifier et de certifier le caractère exact et complet des comptes annuels de la CNPD. Il dresse à l'intention du Conseil de Gouvernement un rapport détaillé sur les comptes de la CNPD à la clôture de l'exercice financier. »

Concernant l'article 54

Cet article prévoit qu'un recours contre les décisions de la CNPD prises en application de la future loi est ouvert devant le tribunal administratif, qui statue comme juge du fond. La Chambre de Commerce se demande si, pour plus de sécurité juridique, le présent article ne devrait pas être complété de manière à préciser, à l'instar de l'actuel article 33 de la Loi modifiée du 2 août 2002, qu'il s'agit d'un recours en réformation et propose, le cas échéant, la formulation suivante :

« Un recours en réformation contre les décisions de la CNPD prises en application de la présente loi est ouvert devant le Tribunal administratif qui statue comme juge du fond suivant l'article 3 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. »

Concernant l'article 56, sous 1(b)

Selon cet article, le traitement réalisé aux seules fins de journalisme ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire, n'est pas soumis aux limitations concernant le traitement de données judiciaires prévues à l'article 10 du Règlement (UE) 2016/679. La Chambre de Commerce relève que l'article 10 vise « *les données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes* » et non pas les « *données judiciaires* » (autrement dit les données collectées par les juridictions) dont le champ d'application est susceptible d'être plus large. Elle préconise donc une modification de l'article 56, sous 1 (b) afin de se conformer plus strictement à l'article 10 du RGPD.

Concernant l'article 59, paragraphes 3 et 4

Selon le paragraphe 3 de l'article 59, le traitement de catégories particulières de données nécessaire aux fins de la gestion de services de santé peut être mis en œuvre notamment par des instances médicales, les organismes de sécurité sociale, la caisse médico-chirurgicale mutualiste et les entreprises d'assurance. La Chambre de Commerce s'étonne que les pharmaciens (qui sont tenus au secret professionnel) ne figurent pas dans la liste des responsables de traitement autorisés à traiter de telles données.

Quant au paragraphe 4 de l'article 59, il fixe les conditions dans lesquelles les données particulières visées ci-avant peuvent être transférées à des tiers et prévoit que « *Les prestataires de soins et les fournisseurs peuvent communiquer les données relatives à leurs prestations au médecin traitant et à un organisme de sécurité sociale ou à la Caisse médico-chirurgicale mutualiste aux fins de remboursement des dépenses afférentes.* »

La Chambre de Commerce s'étonne que les entreprises d'assurance ne figurent pas dans la liste des destinataires de ces données (à la suite de la Caisse médico-chirurgicale mutualiste) alors qu'il est fait expressément référence auxdites entreprises d'assurances au paragraphe 3 et que la légitimité du transfert des données personnelles vise justement « *le remboursement des dépenses afférentes* ». La même remarque vaut également pour les pharmacies.

Concernant l'article 62

Dans le prolongement des commentaires faits dans les Considérations générales du présent avis³⁶, la Chambre de Commerce préconise que sous l'article 62 (qui constitue dans le Projet de loi sous avis, la seule disposition abrogatoire), soit ajoutée la phrase selon laquelle :

« Les articles L. 261-1 et L. 261-2 du Code du travail concernant le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail sont abrogés ».

Concernant l'article 64

La Chambre de Commerce est d'avis que l'article 64, qui constitue une disposition transitoire censée régler le sort des mandats des membres du collège de la CNPD accordés sous l'empire de la Loi modifiée du 2 août 2002, n'est pas clair.

Elle relève même une contradiction entre le libellé de l'article 64 selon lequel « *[L]a durée du mandat des membres du collège, nommés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, est calculée à partir de la date de nomination de leur mandat en cours lors de l'entrée en vigueur de la présente loi* » et le commentaire d'article qui précise que « *les membres du collège, nommés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, continuent leur mandat jusqu'à l'expiration de celui-ci, ce mandat est pris en compte pour le renouvellement.* »

³⁶ Cf. spécialement page 12, sous point C du présent avis.

Elle préconise donc de modifier le libellé de l'article 64 comme suit :

~~« La durée du mandat des Les membres du collège, nommés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, est calculée à partir de la date de nomination de leur mandat en cours lors de l'entrée en vigueur de la présente loi continuent leur mandat jusqu'à l'expiration de celui-ci. Ce mandat est pris en compte pour le renouvellement. »~~

Concernant l'article 70

La Chambre de Commerce est d'avis que la forme abrégée de l'intitulé de la future loi à savoir « *Loi du jj/mm/aaaa portant création de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données* » prête à confusion en donnant l'impression que le régime général sur la protection des données est « créé » par cette loi. Elle propose donc de l'adapter comme suit :

« *Loi du jj/mm/aaaa portant création de la Commission nationale pour la protection des données et mise en œuvre du régime général sur la protection des données* »

Considérations générales sur les deux projets de règlements grand-ducaux

La Chambre de Commerce salue d'emblée la méthode choisie par les auteurs consistant à abroger et remplacer les deux règlements grand-ducaux du 7 juillet 2003 (qui complètent actuellement la Loi modifiée du 2 août 2002) par les deux projets de règlements grand-ducaux sous avis, quand bien même leur teneur n'a pas radicalement changé. Cette solution permettra ainsi une meilleure cohérence et lisibilité de la future législation.

A. Concernant le projet de règlement grand-ducal portant fixation du siège de la CNPD

L'objet du présent projet de règlement grand-ducal, qui trouve sa base légale dans l'article 2 du Projet de loi sous avis, est de fixer le siège de la CNPD à Esch-sur-Alzette (l'actuel siège est donc maintenu). Il abroge le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant transfert du siège de la Commission nationale pour la protection des données. Etant donné que ce règlement constitue une mesure d'exécution de la future loi, son entrée en vigueur sera simultanée à celle de la loi, à savoir le 25 mai 2018.

La Chambre de Commerce n'a pas d'observation particulière quant au fond, étant donné que la teneur de ce projet de règlement grand-ducal n'a pas fondamentalement changé par rapport à celui qu'il a vocation à abroger et remplacer. Elle se limitera à suggérer, afin de redresser une erreur matérielle concernant le premier visa, de remplacer « *au* » par « *du* » de manière à lire :

« *Vu l'article 2 de la loi du jj/mm/aaaa relative à la création de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données* ».

B. Concernant le projet de règlement grand-ducal fixant les indemnités revenant au Président, aux membres et aux membres suppléants de la CNPD

L'objet du présent projet de règlement grand-ducal, qui trouve sa base légale dans les articles 23 et 27 du Projet de loi sous avis, est de fixer le montant des indemnités revenant aux membres de l'organe de direction (composé du Président et de trois membres) ainsi qu'aux membres suppléants et d'abroger le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant fixation des indemnités revenant au Président, aux membres effectifs et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données. Etant donné que ce règlement constitue une mesure d'exécution de la future loi, son entrée en vigueur sera simultanée à celle de la loi, à savoir le 25 mai 2018.

Sur le fond, la Chambre de Commerce observe que le montant actuel des indemnités demeure inchangé. Etant donné que la teneur de ce projet de règlement grand-ducal n'a pas fondamentalement changé par rapport à celui qu'il a vocation à abroger et remplacer, la Chambre de Commerce se limitera à formuler trois remarques.

Concernant l'intitulé du projet de règlement grand-ducal, après avoir lu l'article 20 du Projet de loi sous avis qui distingue au niveau de la composition de la CNPD entre les « *membres du collège* » et les « *membres suppléants* », la Chambre de Commerce recommande, pour plus de clarté, de compléter l'intitulé en ajoutant les mots « *du collège* » afin de lire :

« *Projet de règlement grand-ducal portant fixation des indemnités revenant au Président, aux membres du collège et aux membres suppléants de la Commission nationale pour la protection des données (...)* ».

Enfin concernant l'article 1^{er} du projet de règlement grand-ducal :

- au paragraphe 1, le mot « *cents* » devrait être supprimé dans la phrase « *Le Président (...) bénéficie d'une indemnité spéciale de cent cinquante ~~cents~~ (150) points indiciaires par mois (...)* ».
- aux paragraphes 2 et 3: il conviendrait d'ajouter les mots « *du collège* » de manière à lire : « *Les membres du collège de la Commission nationale pour la protection des données autres que le président, bénéficient (...)* » et « *La valeur du point indiciaire applicable aux indemnités du président et des autres membres du collège de la Commission nationale pour la protection des données est (...)* ».

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver les présents projets de loi et de règlements grand-ducaux sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

SBE/DJI