

Avis de la Commission nationale pour la protection des données à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

Délibération n° 652/2015 du 20 novembre 2015

Conformément à l'article 32 paragraphe (3) lettre (e) 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 désignée « la loi modifiée du 2 août 2002 »), la Commission nationale pour la protection des données a notamment pour mission d'aviser « *tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi* ».

Faisant suite à la demande lui adressée par le Ministre de la Justice en date du 7 février 2013, la Commission nationale entend présenter ci-après ses réflexions et commentaires au sujet du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant

- (1) le livre III du Code de commerce,
- (2) l'article 489 du Code pénal,
- (3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,
- (4) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
- (5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,
- (6) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,
- (7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- (8) la loi générale des impôts („Abgabenordnung“).

La Commission nationale limite ses observations aux questions traitant des aspects portant sur la protection des données, soulevées plus particulièrement dans le chapitre 2 du projet de loi sous examen.

L'objectif principal du projet de loi est de réformer et de moderniser le droit de la faillite au Luxembourg, notamment par l'introduction de toute une série de mesures aidant à préserver les entreprises en difficulté. Selon les auteurs, les procédures d'insolvabilité actuelles ne contribuent que très limitativement à la sauvegarde effective d'une entreprise en difficulté, car elles tendent pour la plupart vers une liquidation et donc vers une disparition de l'entité concernée. Le projet de loi sous analyse se fixe le but ambitieux de changer cet état de choses. Pour y parvenir, les auteurs prévoient plusieurs grands axes autour desquels ces modifications se déclinent. Ainsi, ces nouvelles mesures incluent notamment (i) la collecte d'informations d'entreprises en difficultés (c'est-à-dire un volet prévisionnel), (ii) la mission de conciliation ainsi que l'accord amiable (c'est-à-dire un volet réorganisationnel sans ouverture de procédure judiciaire) et (iii) les procédures judiciaires de réorganisation.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

1. La problématique des « données judiciaires »

Avant de commenter les dispositions des deux premiers volets précités, la CNPD voudrait aborder la problématique des données judiciaires visées dans le troisième volet relatif aux procédures judiciaires de réorganisation.

Suivant l'article 8, paragraphe (1) de la loi modifiée du 2 août 2002, « *le traitement des données dans le cadre d'enquêtes pénales et de **procédures judiciaires** est opéré dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle, du Code de procédure civile, de la loi portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ou d'autres lois* ». Il ressort clairement de cette disposition ainsi que des travaux parlementaires qu'il était l'intention du législateur de ne pas faire appliquer le régime de droit commun de la loi modifiée du 2 août 2002 au traitement de données dites « *judiciaires* », en estimant que ces données « *traitées dans le cadre d'enquêtes pénales ou de procédures judiciaires civiles ou administratives* » devaient être soumises aux « *conditions du droit commun de la procédure pénale, civile ou administrative*¹ » prévues dans les Codes et lois spéciales.

Dans le cadre des travaux parlementaires du projet de loi portant modification de la loi du 2 août 2002², le Conseil d'Etat a rappelé que les dispositions de l'article 8 signifient « *que le régime de traitement des données dites judiciaires, y compris et notamment les droits des personnes concernées, doit être déterminé dans les différentes lois organisant les procédures devant les juridictions* » et qu'il n'y a pas lieu de prévoir « *...positivement l'application de certaines dispositions...* », ni de consacrer « *...des dérogations ou exemptions à certaines obligations légales* ».

Cette intention ressort également du texte initial du projet de loi n°4735/00 qui précise que « *les traitements de données mis en œuvre conformément aux règles de procédures judiciaires ne doivent pas être notifiés. Cela s'impose afin de ne pas perturber le bon déroulement de la justice et alors que le principe du contradictoire, celui du procès équitable remplissent la plupart des fonctions attribuées à la protection des données* »³.

La Commission des Médias et des Communications a, par ailleurs, retenue dans son avis⁴ que « *cette disposition vise à permettre aux autorités judiciaires, sur la base d'une disposition légale expresse, d'effectuer des traitements de données en relation avec des enquêtes ou procédures judiciaires en cours. Plutôt que de réglementer ce type de traitement dans la présente loi, il paraît préférable d'effectuer un renvoi au droit commun en matière de procédure (pénale, civile ou administrative). La formulation de ce paragraphe du présent article est suffisamment contraignante pour indiquer que le juge ne saurait procéder à des traitements en dehors de tout mécanisme de contrôle. Il s'agira toutefois d'un contrôle interne qui est seul admissible dans la logique de la séparation des pouvoirs. Il s'exercera au titre des règles procédurales de droit commun, notamment du Code d'instruction criminelle* ».

Il ressort de ce qui précède, que les traitements de données à caractère personnel effectués dans le cadre de procédures judiciaires échappent à la mission de contrôle confiée par le législateur à la Commission nationale pour la protection des données et suivent les règles

¹ Doc. parl. n°4735/13, page 15.

² Doc. parl. n°5554/04, page 10.

³ Doc. parl. n°4735/00, page 100.

⁴ Doc. parl. n°4735/08, page 9.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

prévues dans les Codes et lois spéciales visés à l'article 8 précité. Il y a lieu de relever que ces textes légaux ne contiennent pas de dispositions spécifiques qui tiendraient compte ou intégreraient les principes de protection des données contenus dans la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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, ce que la CNPD déplore.

Dès lors, elle renonce à se prononcer sur les dispositions du projet de loi sous examen portant sur des traitements de données opérés dès l'ouverture d'une procédure judiciaire de réorganisation (c'est-à-dire le volet trois précité). Ceci inclut également la nouvelle procédure de dissolution administrative sans liquidation, qui devra être déclenchée par l'intervention du Procureur d'Etat.

2. La collecte des données sur les entreprises en difficulté

Suivant les dispositions de l'article 5, paragraphe 1^{er} du chapitre 2 du projet de loi, les « *renseignements et données utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril ... sont tenus à jour au secrétariat du Comité de conjoncture* ».

a. La détermination du ou des responsable(s) du traitement

Il ne résulte pas clairement de l'article précité si les auteurs ont effectivement souhaité conférer la qualité de responsable du traitement au Comité de conjoncture ou non. Il ressort cependant de l'analyse des traitements de données envisagés (voir point b. ci-après) que telle semble avoir été l'intention des auteurs. Dès lors, la CNPD recommande de clarifier et de préciser le texte en ce sens.

La Commission nationale souhaite par ailleurs relever un passage spécifique contenu dans le commentaire des articles qui prête à confusion en ce qui concerne la détermination du responsable du traitement. En effet, il y est effectué une distinction formelle entre les missions et rôles du secrétariat du Comité de conjoncture et ceux du Comité de conjoncture lui-même en précisant que le secrétariat du Comité de conjoncture « *... par sa participation en tant que membre de la cellule d'évaluation des entreprises ... aura également accès à des informations de source administrative, sans toutefois que ces informations puissent par la suite être transmises au comité de conjoncture en raison des contraintes existantes en matière de protection des données ...* »⁵. La Commission nationale ne comprend pas cette distinction au sein d'un même organisme. Elle est d'avis qu'un secrétariat, qui est au service d'une entité ou d'un organisme, ne peut pas être considéré comme responsable du traitement au sens de la loi modifiée du 2 août 2002. Par conséquent, le Comité de conjoncture devrait être désigné comme responsable du traitement dans le texte du projet de loi.

Par ailleurs, il ressort indirectement de l'article 8 du projet de loi que certaines données à caractère personnel seront également transmises à et traitées par la Cellule d'Evaluation des Entreprises en Difficulté (CEvED). En effet, ladite cellule, qui est institutionnalisée au moyen du texte sous examen, aura notamment pour rôle d'apprécier l'opportunité ou non d'une assignation en faillite d'une entreprise, au vu de sa situation à un moment précis. Cette appréciation se fera sur base de différentes données, dont des données à caractère personnel.

⁵ Doc. parl. n°6539/00, page 51.

La CNPD renvoie à ce titre au point b. ci-après, mais estime néanmoins nécessaire de préciser le rôle de la CEvED dans le texte.

En effet, au vu des ambiguïtés et incertitudes existantes quant au rôle de chacun des différents intervenants cités ci-avant, la Commission nationale estime nécessaire de préciser dans le texte les rôles respectifs de chacun avec précision.

A ce titre, elle souhaite relever que le rôle du responsable du traitement ne se cantonne pas uniquement à la simple « tenue à jour » des données qu'il traite, telle que décrite à l'article 5. Bien au contraire, le concept de responsable du traitement constitue une notion-clé pour tout traitement de données à caractère personnel. Il ne détermine pas uniquement les finalités et les moyens des traitements effectués, mais également toutes les questions de responsabilité dépendent directement de cette désignation. Le responsable du traitement a ainsi notamment l'obligation de veiller à la confidentialité et à la sécurité des données et il doit mettre en place l'organisation appropriée des mesures techniques. Le texte sous analyse devrait donc être adapté en ce sens.

b. Finalités du traitement de données à caractère personnel et nature et catégories de données traitées

- Remarques liminaires

Alors que les dispositions de l'article 5 précité visent une multitude de données, il y a lieu de relever que celles-ci ne tombent pas toutes dans le champ d'application de la loi modifiée du 2 août 2002. En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 2007⁶ modifiant la loi du 2 août 2002, les dispositions de celle-ci ne s'appliquent plus aux personnes morales. En effet, le législateur, dans un souci de transposer plus fidèlement la directive 95/46/CE précitée, a soustrait les personnes morales du champ de protection de la loi précitée. Les données et informations relatives aux personnes morales ne tombent donc plus dans le champ d'application de la loi modifiée du 2 août 2002.

Bien entendu, les données relatives à des personnes physiques (p.ex. représentants, dirigeants, salariés, clients, etc.) traitées par les personnes morales restent toujours soumises au régime protecteur de la loi modifiée du 2 août 2002.

De même, les données des commerçants exerçant en nom personnel tombent dans le champ d'application de la loi modifiée du 2 août 2002.

- Catégories de données collectées nécessaires aux finalités envisagées

L'article 5 du projet de loi ne précise pas du tout quelles données ou catégories de données peuvent effectivement être collectées et traitées. Le commentaire des articles est également muet sur cette question. Ce n'est que dans l'exposé des motifs du projet de loi sous analyse

⁶ Loi du 27 juillet 2007 portant modification :

- de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ;
- des articles 4 paragraphe (3) lettre d); 5 paragraphe (1) lettre a); 9 paragraphe (1) lettre a) et 12 de la loi du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et
- de l'article 23 paragraphe (2) points 1. et 2. de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

où l'on peut retrouver certaines indications sur les catégories de données concernées⁷. En effet, les informations qui semblent être visées par l'article 5 sont : i) des données financières, notamment celles concernant le crédit et la solvabilité (données collectées dans la centrale des bilans), ii) les jugements contre les commerçants, iii) la liste des protêts, iv) les notifications de licenciement pour raison économique et v) les dettes accumulées auprès du Centre commun de la sécurité sociale et des administrations fiscales. Par ailleurs, il ressort du commentaire des articles que le secrétariat du Comité de conjoncture aura accès « à des informations de source administrative... »⁸, sans pour autant préciser de quelles informations il s'agit concrètement.

Faute de précisions dans le texte, la Commission nationale n'est pas en mesure de déterminer quelles données relèvent en fin de compte de son domaine de compétence ou non. Pour celles qui rentreraient dans sa sphère de compétence, elle se trouve dans l'impossibilité d'apprécier la nécessité et la proportionnalité des données traitées au regard des finalités envisagées.

Conformément à l'article 4, paragraphe (1), lettre (a) de la loi modifiée du 2 août 2002, les données traitées par un responsable du traitement doivent être « **collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités** ». Par ailleurs, les **données doivent être « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement »**.

Le texte sous examen ne précise cependant ni les finalités exactes poursuivies par le ou les responsables du traitement, ni les données concernées par le(s) traitement(s), ni n'explique comment le nouveau fichier tenu auprès du comité de conjoncture (et, le cas échéant, auprès de la Cellule d'Evaluation des Entreprises en Difficulté) est alimenté en données (origine des données). En effet, il se limite à énoncer que les « *renseignements et données utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières ... sont tenus à jour au secrétariat du Comité de conjoncture* ». Ce libellé est cependant beaucoup trop vague. En effet, les termes « obtenir toute information » ne répondent pas aux exigences de précision et de prévisibilité auxquelles doit répondre un texte légal et ne sont, par ailleurs, pas conformes à l'article 4 précité et constituent un blanc-seing pour le responsable du traitement à collecter des données sans la moindre limitation.

Le texte de l'article 5 ne précise pas non plus l'origine des données collectées et traitées, ni ne précise les opérations de traitement envisagées. En effet, il faudrait notamment préciser et énumérer (i) à quelles données précises, contenues dans des fichiers étatiques, les responsables du traitement peuvent avoir accès (p.ex. Centre commun, administrations fiscales), (ii) quelles données proviennent directement des intéressés et (iii) quelles données proviennent d'autres sources (tribunaux, greffes, etc.).

A ce titre, la Commission nationale souhaite attirer l'attention des auteurs du projet de loi sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 29 novembre 2013, selon lequel « *l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités*

⁷ Doc. parl. n°6539/00, page 8.

⁸ Doc. parl. n°6539/00, page 51.

⁹ Article 4, paragraphe (1), lettre (b) de la loi.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements »¹⁰. Selon cette jurisprudence, il faudrait donc créer un cadre normatif législatif précis, qui retient au moins les finalités, les conditions et les modalités du ou des traitements envisagés.

Au vu de ce qui précède, la Commission nationale estime nécessaire de préciser à l'article 5:

- le ou les responsable(s) du traitement,
- les finalités claires et précises du ou des traitement(s),
- l'adoption d'un règlement grand-ducal qui précisera les données ou catégories de données qui peuvent être collectées ou traitées au regard des finalités envisagées.

Pour ce qui est de la collecte de données par l'accès à d'autres banques de données étatiques (cf. doc. parl. n°6539/00, page 51), que ce soit par communication ou interconnexion, le texte de loi en projet devra nécessairement préciser les données qui pourront être communiquées au Comité de conjoncture via un accès à d'autres fichiers étatiques.

En effet, le Conseil d'Etat insiste régulièrement dans ses avis « *que la communication de données à caractère personnel à des tiers, de même que l'interconnexion de fichiers de données sont des opérations très délicates qui doivent être entourées d'un maximum de garanties*¹¹ ».

Tant que les finalités ainsi que les catégories de données destinées à être collectées et traitées n'ont pas été clairement précisées, la Commission nationale se voit dans l'impossibilité d'évaluer le respect des principes de nécessité et de proportionnalité des données au regard des finalités poursuivies.

3. Droit d'accès

L'article 5, paragraphe (2) du projet de loi introduit un droit d'accès et un droit de rectification au profit des débiteurs concernés. Il ressort implicitement du commentaire des articles¹² que ce droit d'accès spécifique ne porte que sur les données et informations relatives à des personnes morales. Le texte crée donc en quelque sorte un droit d'accès reconnu aux personnes morales dont les informations ne tombent cependant pas dans le champ d'application de la loi modifiée du 2 août 2002, droit qui ne doit pas être confondu avec le droit d'accès prévu à l'article 28 de la loi modifiée du 2 août 2002 et lequel ne peut être exercé qu'en ce qui concerne les données relatives à une personne physique.

4. Création d'une base légale pour la transmission de certains jugements au (secrétariat du) Comité de conjoncture

L'article 6 du projet de loi sous examen introduit une base légale expresse pour la transmission de certains jugements par les greffes des tribunaux au (secrétariat du) Comité de conjoncture.

La transmission d'un jugement, dans la mesure où il n'est pas anonymisé, rentre dans le cadre de la définition d'un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2,

¹⁰ Cour constitutionnelle, arrêt 108/13 du 29 novembre 2013 (Mém. A n° 217 du 13 décembre 2013, p. 3886).

¹¹ Voir par exemple le doc. parl. n°6284/5

¹² Doc. parl. n°6539/00, page 51.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

lettre (r) de la loi modifiée du 2 août 2002. En effet, les décisions prononcées par les cours et tribunaux contiennent des données à caractère personnel.

La CNPD recommande de rajouter une disposition qui précise que le Comité de conjoncture ne pourra pas transmettre ou communiquer ces données à caractère personnel à des tiers non autorisés, c'est-à-dire qui ne sont pas impliqués ou visés dans les procédures prévues par le projet de loi sous examen.

5. Demande de communication d'informations de la part du (secrétariat du) Comité de conjoncture

L'article 7, paragraphe (1), deuxième alinéa du projet de loi dispose que « *lorsqu'il (le secrétariat du Comité de conjoncture) estime que la continuité de l'entreprise d'un débiteur est menacée, il peut inviter le débiteur afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et au sujet des mesures de réorganisation éventuelles* ».

A ce titre, la Commission nationale renvoie à ses observations faites sous le point 2, lettre b), 2^e tiret.

Le paragraphe (2) du même article introduit un droit de communication des données recueillies par le secrétariat du Comité de conjoncture au profit du débiteur (personne morale ou physique). A ce titre, il est renvoyé au point 3 ci-avant.

6. La problématique de la liste des protêts

L'article 88 du texte sous examen vise à remanier le texte actuel de l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre. Ledit article 97 prévoit notamment que les receveurs de l'Administration de l'enregistrement dressent chaque mois un tableau des protêts des lettres de change et des billets à ordre, tableau qui contiendra notamment les nom, prénoms, profession et domicile du souscripteur/accepteur et de sa contrepartie, donc des données à caractère personnel. Ce tableau est envoyé au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel le protêt a été fait et est déposé aux greffes de ces tribunaux. Il y est également précisé que ce tableau est accessible au greffe à toute personne qui en fait la demande. Or, avec l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 2 août 2002, les greffes ont cessé de diffuser cette liste, « *car cette pratique ne trouvait pas de base légale si ce n'est une référence à l'article 97 ... qui prévoit pour le public la possibilité de consulter la liste auprès du greffe des tribunaux d'arrondissement*¹³ ».

L'article 88 envisage de rajouter à la liste des destinataires du tableau des protêts (i) le secrétariat du Comité de conjoncture, (ii) la Chambre de commerce ainsi que (iii) la Chambre des métiers. A ce titre, la Commission nationale note que le conseil d'Etat, dans le cadre du projet de loi n°5157¹⁴, avait déjà adressé cette problématique et avait approuvé « *le fait de donner une base légale certaine à cette distribution de données sensibles*¹⁵ ». Le projet de loi n°5157 a cependant été retiré du rôle de la Chambre.

¹³ Doc. parl. n°6539/00, page 77.

¹⁴ Projet de loi n°5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées

¹⁵ Doc. parl. n°5157/03, page 8.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

La CNPD fait sienne les remarques du Conseil d'Etat précités, qui peuvent être transposées telles quelles à l'article 88 du projet de loi. En effet, cet article reprend quasi intégralement le texte tel qu'il avait été proposé dans le projet de loi n°5157. L'introduction de cette base légale va effectivement augmenter la sécurité juridique pour toutes les parties impliquées.

Elle comprend cependant aussi le risque de stigmatisation ou de mise au pilori des débiteurs et plus particulièrement des commerçants exerçant en leur nom personnel.

Dans un souci d'équilibre et de mise en balance des intérêts respectifs en cause, à savoir le risque de divulgation d'informations sensibles relatives aux débiteurs, d'une part, et l'intérêt des personnes morales ou physiques à vouloir se protéger contre des entreprises en difficulté, d'autre part, la Commission nationale accueille favorablement la modalité de publication limitée, dans la mesure où les intéressés doivent se déplacer pour prendre connaissance de la liste des protêts auprès des greffes des tribunaux. Dès lors, la CNPD suggère de rajouter en fin de phrase du dernier paragraphe de l'article 88 les termes « *sur place* », pour éviter toute ambiguïté relative aux publications par d'autres moyens. En effet, une telle disposition limite la diffusion de ces données au grand public notamment via Internet et permet dès lors de réduire sensiblement le risque de stigmatisation de la partie défaillante, tout en maintenant le droit des parties intéressées d'être informées sur les inscriptions récentes de la liste des protêts.

Pour le surplus, la Commission nationale n'a pas d'autres observations à formuler.

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 20 novembre 2015.

La Commission nationale pour la protection des données

Tine A. Larsen
Présidente

Thierry Lallemand
Membre effectif

Georges Wantz
Membre effectif



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite