

Projet de loi

relative à l'accès des magistrats et officiers de police judiciaire à certains traitements de données à caractère personnel des personnes morales de droit public et portant modification du code d'instruction criminelle et de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

Avis du Conseil d'Etat

(23 octobre 2007)

Par dépêche en date du 27 mars 2006, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

La lettre de saisine n'indique pas si l'avis de la Commission nationale pour la protection des données a été demandé, dans la mesure où l'article 32 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel prévoit en son paragraphe 3, point (e), au titre des missions de ladite commission, qu'elle est demandée en son avis sur tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement, et que la consultation, par la Police, de banques de données mises en œuvre par d'autres responsables de traitement doit être considérée comme un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi modifiée du 2 août 2002 précitée.

Le Conseil d'Etat a trouvé, en annexe au rapport de la Commission nationale pour les années 2004 à 2006, une délibération n° 66/2005 portant avis de la Commission nationale pour la protection des données concernant l'avant-projet de loi relatif à l'accès des officiers de police judiciaire à certains traitements de données à caractère personnel des personnes morales de droit public. Il estime toutefois qu'un tel avis devrait faire partie des documents parlementaires accompagnant le projet soumis au législateur.

*

Considérations générales

Le projet de loi sous avis poursuit un double objectif:

- d'une part, il vise à créer le cadre légal pour un accès des magistrats du ministère public, des juges d'instruction et des officiers de police judiciaire à certaines banques de données mises en œuvre par d'autres administrations ou services publics;
- d'autre part, il vise à réglementer la prise d'empreintes digitales et de photographies et leur utilisation ultérieure dans le cadre général de la prévention, de la recherche et de la constatation des infractions pénales.

A propos de l'accès à certaines banques de données, l'exposé des motifs insiste sur la nécessité de renforcer les moyens des autorités de poursuite dans le cadre de la lutte contre la grande criminalité, le crime organisé et le terrorisme.

Le Conseil d'Etat constate, de prime abord, que les textes proposés ne restreignent pas expressément l'accès proposé à certaines catégories d'infractions, ni à certains seuils de peine. La référence à la procédure de flagrance n'établit à ce sujet pas non plus de véritable restriction, dans la mesure où l'article 40 du Code d'instruction criminelle prévoit que les dispositions des articles 31 à 39 dudit code sont applicables, en cas de flagrant délit, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement.

Il convient de relever que, pour certaines des banques de données énumérées, la communication à la Police d'informations y contenues était déjà prévue par les textes régissant (sous l'empire de la loi du 31 mars 1979) ces banques de données: tel était le cas par exemple des fichiers des titulaires et demandeurs de permis de conduire (règlement grand-ducal du 10 juillet 1995, Mémorial A 1995, page 1438) et des véhicules routiers et de leurs propriétaires et détenteurs, et dans ce dernier cas, par accès direct (règlement grand-ducal du 2 septembre 1993, Mémorial A 1993, page 1451); tel était encore le cas pour la banque de données pour le compte du service de la police des étrangers (règlement grand-ducal du 13 juin 1988, Mémorial A 1988, page 665), ainsi que pour la banque de données des propriétaires, porteurs, détenteurs et vendeurs d'armes prohibées (règlement grand-ducal du 7 juin 1993, Mémorial A 1993, page 988).

Sous l'empire de la loi précitée du 2 août 2002, il en est encore ainsi de la banque de données relative aux véhicules routiers immatriculés au Luxembourg, ainsi que des données relatives aux propriétaires et détenteurs de ces véhicules (suivant le registre public tenu par la Commission nationale pour la protection des données, la banque de données prévoit la communication, à des administrations, autorités et services publics, de certaines données à caractère personnel).

Le Conseil d'Etat estime qu'il y a encore lieu de faire le rapprochement avec les dispositions de l'article 4 de la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat, lequel dispose en son paragraphe 2 que, « dans l'exercice de sa mission, le Service de Renseignement est autorisé à accéder aux banques de données suivantes: », énumérant ensuite de manière limitative les banques de données entrant en lice. Un certain parallélisme entre les dispositions introduites en 2004 et celles actuellement en projet paraît évident.

Le projet de loi sous avis a pour le moins le mérite de fixer un régime légal unique en lieu et place de règles plus ou moins disparates concernant la communication, propres à chaque base de données entrant en lice.

S'agissant de la réglementation de la prise d'empreintes digitales et de photographies et de leur utilisation ultérieure, les dispositions légales en projet visent, selon l'exposé des motifs, à « adapter et optimiser la prise et l'usage de ces informations criminalistiques importantes en prévoyant que, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, elles peuvent être prises dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une flagrance et d'une instruction préparatoire et qu'elles peuvent être utilisées ultérieurement dans le cadre de la prévention, de la recherche et de la constatation des infractions pénales ».

Il est un fait qu'actuellement le Code d'instruction criminelle ne prévoit la prise d'empreintes digitales et de photographies que dans un but d'identification de la personne retenue (article 39(4)) ou soumise à une vérification d'identité (article 45(6)).

Dans la mesure où la loi du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale vient de réglementer le recours aux empreintes génétiques dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale, ainsi que le traitement de ces données, une réglementation du recours aux empreintes digitales et aux photographies ainsi que la réglementation de leur traitement est de nature à combler un vide juridique.

Examen des articles

Article I. 1

L'article I.1 est à rapprocher des articles I.2 et I.6 ayant trait respectivement à l'enquête de flagrance et à l'instruction préparatoire.

L'article I.1 sous examen, de même que les articles subséquents ayant trait à l'enquête de flagrance et à l'instruction préparatoire, posent le principe de la consultation de certaines banques de données, par accès direct, par les procureurs d'Etat, par les juges d'instruction et par les officiers de police judiciaire, agissant soit sur instruction du procureur d'Etat, sur commission rogatoire du juge d'instruction, ou en vertu des pouvoirs exorbitants reconnus aux officiers de police judiciaire dans le cadre de l'enquête de flagrance. Les conditions auxquelles cette consultation est subordonnée, y compris l'énumération limitative des banques de données concernées, figureront par contre dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, à compléter encore par voie de règlement grand-ducal s'agissant des données accessibles.

C'est une approche pour le moins peu orthodoxe, dans la mesure où la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police devrait en principe se cantonner à ce qui ressortit à son objet, celui-ci étant, conformément à l'article 97 de la Constitution, l'organisation et les attributions des forces de l'ordre. L'article 32 de la loi modifiée sur la Police et l'Inspection générale de la Police réserve d'ailleurs expressément, en son alinéa 2, les attributions dévolues par le Code d'instruction criminelle et le Code de procédure militaire aux cours et tribunaux, au Procureur général d'Etat, aux procureurs d'Etat et à l'auditeur militaire. Or en l'espèce, ce n'est pas le Code d'instruction criminelle qui fixe les attributions des autorités judiciaires, procureurs d'Etat et juges d'instruction. En définitive, les attributions qui leur sont dévolues seraient réglées par la loi organique sur la Police grand-ducale.

La façon de procéder des auteurs du projet de loi entraînera par ailleurs une incohérence au niveau de l'application de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. L'article 8 de cette loi dispose que le traitement de données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires est opéré dans le respect 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. Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé dans son avis du 30 janvier 2007 relatif au projet de loi n° 5554 devenu la loi du 27 juillet 2007 portant modification, entre autres, de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, l'article 8 est spécifique au traitement de données judiciaires, et cette disposition signifie

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. « La conséquence logique de cette analyse est qu'il n'y a plus lieu de faire référence au traitement des données judiciaires dans la suite de la loi générale sur la protection des données personnelles, ni en prévoyant positivement l'application de certaines dispositions ni en consacrant des dérogations ou exemptions à certaines obligations légales » (observations à l'endroit de l'article 15 du projet de loi n° 5554).

Or, le nouvel article 24-2 à insérer au Code d'instruction criminelle, de même que le nouvel article 67-2, réglementent l'accès aux banques de données par voie de renvoi « aux traitements de données à caractère personnel déterminés par la loi, conformément aux dispositions légales y afférentes » et donc par renvoi au nouvel article 34-1 à insérer dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police. Ledit article 34-1 renferme une disposition sur le contrôle et la surveillance du respect des conditions d'accès par l'autorité de contrôle instituée à l'article 17, paragraphe 2 de la loi modifiée du 2 août 2002, qui est l'autorité de contrôle du traitement des données policières. Les auteurs du projet de loi procèdent en l'espèce à un amalgame, soumettant à un même régime le traitement de données dans le cadre d'enquêtes pénales, c'est-à-dire de données judiciaires, et le traitement de données dans le cadre de la prévention, de la recherche et de la constatation des infractions, c'est-à-dire de données policières.

La cohérence interne des textes risque de ne pas non plus être assurée, du fait de cet amalgame, et l'article I.1 sous examen en fournit une illustration: aux termes de l'article 46(1) du Code d'instruction criminelle, les officiers de police judiciaire et les agents de police judiciaire procèdent à des enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur d'Etat, soit d'office, tant qu'une information n'est pas ouverte. Le nouvel article 24-2 à insérer au Code d'instruction criminelle prévoit expressément que « dans le cadre de l'enquête préliminaire, (le procureur d'Etat et) les officiers de police judiciaire agissant sur son instruction ont accès (...) aux traitements de données à caractère personnel déterminés par la loi, conformément aux dispositions légales y afférentes ».

De la juxtaposition de ces deux textes, il semble résulter qu'en tout état de cause les officiers de police judiciaire ne pourront agir que sur instruction spécifique du procureur d'Etat compétent. Le nouvel article 34-1, à insérer dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, auquel il est renvoyé, ne prévoit par contre aucune limitation au pouvoir d'accès des officiers de police judiciaire, puisqu'il dispose que « dans l'exercice des missions prévues aux articles (33 et) 34 », – ce dernier article définissant les missions de police judiciaire (article 34, 1: rechercher les crimes, les délits et les contraventions, les constater, en rassembler les preuves, en donner connaissance aux autorités compétentes, en rechercher, saisir, arrêter et mettre à disposition de l'autorité compétente les auteurs, de la manière et dans les formes déterminées par la loi) –, « les membres de la Police ayant la qualité d'officier de police judiciaire ont accès, par un système informatique direct, aux traitements de données à caractère personnel suivants (...) ».

Le risque d'incohérence est encore renforcé du fait que les auteurs du projet de loi entendent accorder à la Police grand-ducale également le droit d'accès dans l'exercice de ses missions de police administrative (article 33 de la loi modifiée sur la Police et l'Inspection générale de la Police). Au titre de ses missions de police administrative, la Police grand-ducale veille au maintien

de l'ordre public, à l'exécution des lois et règlements de police généraux et communaux, à la prévention des infractions et à la protection des personnes et des biens. Le Conseil d'Etat, à de nombreuses reprises, a signalé que les limites entre police administrative et police judiciaire sont floues et fluctuantes. Dans son avis du 26 janvier 1999 relatif au projet de loi n° 4437 devenu par la suite la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la police, le Conseil d'Etat s'était exprimé comme suit au sujet de la dichotomie traditionnelle entre police administrative et police judiciaire:

« Il n'est pas facile de distinguer toujours les actes de police administrative des actes de police judiciaire. Le législateur lui-même a parfois « mélangé les genres »: C'est le cas notamment des contrôles en matière de vérification de l'état alcoolique de conducteurs de véhicules (article 12, paragraphe 3, point 8 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques): à ces contrôles sont assujettis tous les conducteurs, même en l'absence de tout indice grave ou d'accident. Néanmoins, de tels contrôles ne peuvent être effectués par les forces de l'ordre que sur réquisition du procureur d'Etat. C'est le cas des vérifications d'identité (article 45 du code d'instruction criminelle), dont les auteurs du présent projet de loi affirment péremptoirement au commentaire de l'article 34 qu'il s'agit d'un procédé de police administrative: pourquoi faire intervenir alors le procureur d'Etat ou le juge d'instruction (paragrapes (4), (6), (7) et (8) de l'article 45 du code d'instruction criminelle)? Il y a lieu de citer, dans le cadre de la police (administrative spéciale) des étrangers, l'hypothèse particulière de la rétention d'un étranger, sur autorisation du procureur d'Etat, pour un délai n'excédant pas 48 heures (article 15 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant l'entrée et le séjour des étrangers, le contrôle médical des étrangers et l'emploi de la main-d'œuvre étrangère). Il peut encore être fait état des attributions reconnues au procureur d'Etat de Luxembourg, dans le cadre du mécanisme de détection et de prévention du blanchiment (article 40(2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier). Le Conseil d'Etat renvoie encore à ce sujet à la récente loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au code pénal et modifiant certaines lois ainsi que le code d'instruction criminelle, et à son avis du 17 mars 1998 relatif au projet de loi devenu par la suite la loi du 11 août 1998, s'agissant du nouvel article 26-2 introduit au code d'instruction criminelle, pour ce qui est de la difficulté de distinguer en la matière entraide administrative et entraide judiciaire, qui n'est que la traduction, à un autre niveau, du difficile distinguo police administrative-police judiciaire. – A cette incertitude notionnelle s'ajoute une confusion matérielle non moins grande. Ce n'est pas par hasard que les auteurs du projet de loi sous rubrique proposent de distinguer police administrative et police judiciaire selon un critère finaliste. Il n'est en effet pas possible d'avoir recours à un critère organique, ce critère se heurtant à l'écueil du cumul des fonctions judiciaires et administratives par les membres des forces de l'ordre. Pour autant, le critère de la finalité ne permet pas d'opérer une scission nette, une opération de police pouvant se transformer pendant son accomplissement. Cette transformation est réalisée dès que l'opération de police tend à appréhender un individu soupçonné d'avoir pris part à une infraction, pour reprendre une formule utilisée par la jurisprudence française. (Le droit de la police, par André Decocq, Jean Montreuil, Jacques Buisson, éd. Litec, 1991, N° 39, p. 21) »

Les incertitudes signalées dans l'avis précité se retrouvent également au niveau du nouvel article 34-1, dans la mesure où, même dans l'exercice de leurs

missions de police administrative, seuls les officiers de police judiciaire auront accès aux banques de données énumérées.

Au regard des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord au projet de loi sous rubrique pour ce qui est des dispositions relatives à l'accès à certains traitements de données à caractère personnel, auxquelles il doit, en leur teneur actuelle, s'opposer formellement.

Il y aura lieu de faire un choix non ambigu, en soumettant l'accès aux banques de données ou bien à l'article 8 de la loi modifiée du 2 août 2002 (traitement de données judiciaires), ou bien à l'article 17 de cette même loi (traitement de données policières).

Dans le premier cas, l'article II, point 1 serait à supprimer. La substance de cet article, et plus précisément l'énumération limitative des banques de données, ainsi que les conditions de l'accès, serait à reprendre à l'article 24-2 nouveau à insérer au Code d'instruction criminelle. Aux articles I.2 (nouveau paragraphe 8 à ajouter à l'article 33 du Code d'instruction criminelle) et I.6, il y aurait lieu de renvoyer « aux traitements de données à caractère personnel déterminés à l'article 24-2, et conformément aux dispositions y afférentes ».

Dans le deuxième cas, il y aurait lieu d'abandonner les modifications envisagées à l'article I.1, à l'article I.2. (nouveau paragraphe 8 à ajouter à l'article 33 du Code d'instruction criminelle) et à l'article I.6.

Le Conseil d'Etat relève que les précédents dont question ci-dessus dans les considérations générales, pourraient faire pencher plutôt en faveur d'un rattachement à l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002. Le projet de règlement grand-ducal portant exécution de l'article 34-1 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, dont le Conseil d'Etat est également saisi pour avis, prend en tout cas le parti de soumettre, en son article 11, le traitement par la Police grand-ducale des données à caractère personnel que le règlement en projet spécifie aux règlements pris en exécution de l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. S'y ajoute qu'un rattachement général à l'article 8 de la loi modifiée de 2002 des traitements de données visés par le projet de loi sous rubrique semble peu réaliste: il est en pratique difficilement imaginable qu'une consultation de la banque de données des véhicules ou des détenteurs de permis de conduire, pour ne citer que ces exemples, requière à chaque fois une instruction du procureur d'Etat ou une commission rogatoire du juge d'instruction.

Le Conseil d'Etat pourrait se rallier à une approche rattachant l'accès à l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002, sous réserve de ses observations ci-après à l'endroit du nouvel article 34-1 de la loi modifiée du 31 mai 1999 (article II.1 du projet de loi). Il y aurait alors également lieu de modifier l'intitulé de la loi en projet.

Article I.2

Il est renvoyé aux considérations ci-dessus, s'agissant du nouveau paragraphe 8 qu'il est proposé d'ajouter à l'article 33 du Code d'instruction criminelle.

S'agissant du nouveau paragraphe 9 (8 selon le Conseil d'Etat), le commentaire précise que la nouvelle disposition poursuit l'objectif de « clarifier que, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, le Procureur d'Etat peut ordonner la prise d'empreintes digitales et de photographies, qui peuvent ensuite être utilisées dans le cadre général de la prévention, de la recherche et de la constatation des infractions pénales ».

Il est un fait que le Luxembourg devra se doter d'un système automatisé d'identification dactyloscopique, ne fût-ce qu'en exécution des obligations assumées au titre du Traité de Prüm, approuvé par la loi du 22 décembre 2006 (voir les articles 8 et 9 dudit traité).

La prise d'empreintes digitales et de photographies, d'une part, et leur utilisation ultérieure, d'autre part, obéissent à des finalités distinctes: la prise d'empreintes digitales, en particulier, peut servir à la manifestation de la vérité dans le cas précis dont s'agit (par comparaison avec les empreintes digitales découvertes sur l'arme du crime, sur les lieux du crime, etc.). L'insertion de ces mêmes empreintes digitales dans la banque de données INGEPOL (prochainement traitement d'informations de police générale POLIS) obéira à la finalité propre à cette banque de données, c'est-à-dire la prévention, la recherche et la constatation des infractions pénales. Le rapprochement peut être fait avec l'article 55-1 du Code de procédure pénale français qui dispose que, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, l'officier de police judiciaire procède, ou fait procéder, aux opérations de relevés signalétiques et notamment à la prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers.

Un même crime ou délit flagrant peut donner lieu dans un premier temps à la prise d'empreintes digitales ou de photographies sur plusieurs personnes. Encore au stade de l'enquête de flagrance, des indices graves et concordants peuvent se concentrer sur une seule personne, conduisant à l'inculpation de cette seule personne. Qu'advient-il alors des empreintes digitales et des photographies des autres personnes, si ces empreintes et ces photographies ont déjà été introduites dans le traitement d'informations de police générale? Les auteurs du projet de loi précisent dans le commentaire que le traitement ultérieur de ces données se fera conformément aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 2 octobre 1992, qui sera remplacé par le règlement grand-ducal en projet portant création et exploitation d'un traitement d'informations de police générale (POLIS). Ce dernier projet prévoit en son article 8(3) que les empreintes digitales et les photographies ayant pu être attribuées à une personne déterminée qui ne fait l'objet d'aucune enquête ou poursuite pénale sont effacées dans un délai de six mois à partir de leur prise avec toutes les informations qui s'y rapportent. Aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition est à interpréter en ce sens, s'agissant des personnes visées à l'article 33(9) nouveau (33(8) selon le Conseil d'Etat) du Code d'instruction criminelle, que si l'action publique est mise en mouvement contre une seule de ces personnes, ou contre une personne toute autre, à raison des faits ayant donné lieu à la prise d'empreintes et de photographies, les données se

rapportant aux personnes non poursuivies pénalement devront être effacées dans le délai de six mois prévu à l'article 8(3) du règlement grand-ducal en projet.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la disposition sous examen.

Article I.3

La disposition sous examen entend compléter l'article 39(4) du Code d'instruction criminelle, qui, dans sa teneur issue de la loi du 25 août 2006 relative aux empreintes génétiques en matière pénale, réglemente, en tant qu'opérations nécessaires à l'identification de la personne retenue, la prise d'empreintes digitales et de photographies. Il est proposé d'ajouter une deuxième phrase réglementant la prise d'empreintes digitales et de photographies « dans l'intérêt de la manifestation de la vérité ».

D'après le commentaire, « la disposition sous examen poursuit le même objectif que le paragraphe (9) nouveau de l'article 33 du Code d'instruction criminelle, mais cette fois-ci dans le cadre de la mesure de rétention d'une personne visée par l'article 39 du Code d'instruction criminelle. – Il est en effet impératif de pouvoir vérifier lors de cette mesure de rétention non seulement l'identité de la personne retenue, mais également si cette personne est effectivement impliquée dans la commission d'une infraction pénale. Ainsi, la prise d'empreintes digitales et de photographies aux fins de la manifestation de la vérité permettra de faire avancer plus rapidement l'enquête s'il s'agit du coupable, mais également de disculper la personne retenue lorsqu'il ne s'agit pas de l'auteur de l'infraction ».

Dans le cadre du projet de loi n° 2958, devenu la loi du 16 juin 1989 portant modification du livre premier du code d'instruction criminelle et de quelques autres dispositions légales, le Gouvernement avait estimé « indispensable de consacrer législativement l'utilisation des différents procédés techniques susceptibles d'individualiser une personne et d'établir sa relation avec le fait délictueux faisant l'objet de l'enquête et qui permettent de la retrouver dans la suite ». Le texte proposé n'entendait toutefois pas aller aussi loin que le texte français. Il ne prévoyait d'autoriser l'application des différents procédés d'identification qu'aux seules personnes détenues en vertu d'un mandat de justice. « Dans le cadre de l'enquête judiciaire il faudra donc qu'il existe d'autres indices ayant permis l'inculpation de l'intéressé pour que puissent lui être appliquées les différentes méthodes d'identification. Celles-ci ne peuvent donc pas être utilisées par la police pendant l'enquête préliminaire à l'égard de toute personne qui leur paraîtrait suspecte. Ce n'est qu'en cas de crime ou délit flagrant que conformément à l'article 40 du projet que le procureur d'Etat peut ordonner l'application de ces mesures » (cf. doc. parl. n° 2958, commentaire de l'article 53 du projet de loi). La disposition de l'article 53 n'a pas été reprise dans la loi du 16 juin 1989, le Conseil d'Etat ayant proposé de la reprendre en substance dans le paragraphe 4 du nouvel article 39.

L'origine du texte établit dès lors que les termes « opérations nécessaires d'identification » ne se restreignent pas aux opérations destinées uniquement à l'établissement de l'identité de la personne retenue (au sens de l'article 45(6) du Code d'instruction criminelle), mais recouvrent l'utilisation de différents procédés susceptibles d'individualiser une personne et d'établir sa relation éventuelle avec le fait délictueux.

Le Conseil d'Etat est donc quelque peu en peine de suivre les développements du commentaire de la disposition sous examen, pour ce qui est

de la distinction entre opérations nécessaires à l'identification et opérations dans l'intérêt de la manifestation de la vérité. Aux yeux du Conseil d'Etat, il suffirait donc de compléter l'actuel paragraphe 4 de l'article 39 par l'ajout:

« Les empreintes digitales et les photographies recueillies en application du présent article peuvent être traitées ultérieurement par la police grand-ducale à des fins de prévention, de recherche et de constatation des infractions pénales. »

Certes, le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet de loi de vouloir aligner la terminologie du nouvel article 39(4) sur celle du nouvel article 33(9). Mais si tel est le souci majeur des auteurs du projet de loi, il suffirait d'écrire:

« (4) Le procureur d'Etat peut ordonner, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, la prise d'empreintes digitales et de photographies de la personne retenue, ainsi que le prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN, conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8. Les empreintes digitales et les photographies recueillies en application du présent article peuvent être traitées ultérieurement par la police grand-ducale à des fins de prévention, de recherche et de constatation des infractions pénales. »

Article I.4

D'après le commentaire de l'article, le nouveau paragraphe 6 de l'article 45 « poursuit le même objectif que le paragraphe (9) nouveau de l'article 33 et l'article 39 paragraphe (4) du Code d'instruction criminelle tels que prévus par le présent projet ».

Comme son nom l'indique, la vérification d'identité a pour unique but de permettre l'établissement de l'identité d'une personne. Dans le cadre des articles 33 et 39, la prise d'empreintes digitales et de photographies obéit à une finalité autre. Il n'y a donc guère lieu d'établir des parallèles entre les articles 33, 39 et 45 du Code d'instruction criminelle, pour ce qui est en particulier de la prise d'empreintes digitales et de photographies. Il ne semble dès lors pas non plus opportun au Conseil d'Etat de chercher, par le biais de la terminologie utilisée (en particulier par l'introduction des termes « dans l'intérêt de la manifestation de la vérité »), à vouloir essayer d'établir un tel parallélisme.

Dans sa teneur actuelle, l'article 45(6) n'autorise la prise d'empreintes digitales ou de photographies que dans le cadre d'une enquête pour crime ou délit flagrant ou d'une enquête préliminaire ou d'une commission rogatoire ou de l'exécution d'un ordre de recherche délivré par une autorité judiciaire. Au regard des modifications envisagées par le projet de loi sous rubrique aux articles 33 (nouveau paragraphe 9) et 39 du Code d'instruction criminelle, ne court-on pas le risque d'interférences? Dans le cadre d'un crime ou d'un délit flagrant, doit-on se baser à l'avenir sur les dispositions propres à l'enquête de flagrance (articles 33 et 39 du Code d'instruction criminelle) ou sur le nouvel article 45(6), si par ailleurs l'identité de la personne en cause n'est pas clairement établie? Plutôt que d'apporter une réelle plus-value, le texte proposé n'est-il pas de nature à compliquer les choses?

Le Conseil d'Etat est dans ces conditions à se demander s'il ne vaudrait pas mieux laisser inchangée la teneur actuelle de l'article 45(6) du Code d'instruction criminelle et de n'envisager que la modification à l'endroit du paragraphe 8 de l'article 45 (qui fait l'objet de l'article I.5 du projet de loi). Il propose en conséquence de faire abstraction de la modification envisagée à l'endroit de l'article 45(6).

Article I.5

Le Conseil d'Etat considère qu'au regard de la finalité de la prise d'empreintes digitales et de photographies dans le cadre de l'article 45 du Code d'instruction criminelle qu'il propose de maintenir telle quelle, la précision apportée par la disposition sous examen concernant l'utilisation ultérieure de ces données est suffisante pour les besoins de la recherche, de la prévention et de la constatation des infractions pénales. A la suite de ses observations à l'endroit de l'article I.4 du projet de loi, il propose en conséquence de se limiter à cette seule modification de l'article 45 du Code d'instruction criminelle.

Article I.6

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article I.1.

Article II. 1

Le Conseil d'Etat renvoie également à ses observations à l'endroit de l'article I.1.

Si la Chambre des députés décidait le maintien de cette disposition (dans le cadre d'une soumission de l'accès aux banques de données à l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002), il y aurait lieu de limiter cet accès à l'exercice, par la Police, des missions prévues à l'article 34 de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, c'est-à-dire de ses missions de police judiciaire. Une telle limitation est indiquée au regard des raisons invoquées par les auteurs du projet de loi à l'appui de l'accès préconisé à certaines banques de données. Par ailleurs, les conditions posées dans la suite du texte à l'accès aux banques de données rendent un tel accès, dans le contexte de missions de pure police administrative, difficilement concevable. Il est en effet prévu qu'à chaque consultation l'officier de police judiciaire doit indiquer, entre autres, la référence du dossier dans le cadre duquel la consultation a été effectuée. Quelle pourrait être cette référence précise, dans le contexte d'une mission de police administrative? Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses développements à l'endroit de l'article I.1, concernant la distinction, fuyante, entre police administrative et police judiciaire. Il n'est pas à craindre que l'omission, dans le texte sous examen, de la référence à l'article 33 de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, engendre de quelconques difficultés pratiques pour la Police dans l'exercice de ses missions, même de police administrative. Il y a, au contraire, lieu d'admettre que dans les cas où la Police aura un motif précis de consulter les banques de données, elle ne se trouvera déjà plus dans le domaine de la police administrative, mais bien dans celui de la police judiciaire.

Le Conseil d'Etat considère encore que, à supposer que dans certains domaines particuliers de la police administrative, tel par exemple le contrôle des étrangers, des nécessités puissent être invoquées à l'appui d'un accès aux banques de données, ces nécessités ne justifient cependant pas une extension généralisée du droit d'accès de la Police dans l'exercice de ses missions de police administrative. Des modifications ponctuelles seraient à apporter, en cas de besoin dûment justifié, par exemple à l'article 8 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, ou encore à la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant l'entrée et le séjour des étrangers, le contrôle médical des étrangers et l'emploi de la main-d'œuvre étrangère.

Au regard de ces considérations, et dans le souci de garantir dans la pratique l'observation des conditions strictes posées par le texte sous examen, le Conseil d'Etat demande la suppression de la référence à l'article 33 de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

Le Conseil d'Etat considère encore, et en toute hypothèse, que l'accès aux banques de données relève de l'article 8 ou de l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002 précitée, qu'il y a lieu de faire abstraction de la possibilité d'un accès à ces banques de données par système informatique direct.

Les possibilités techniques devraient être aujourd'hui telles qu'une demande, par voie télématique ou informatique, reçoive une réponse sous forme numérique dans les plus brefs délais.

Un tel accès sur demande correspond, ainsi que la Commission nationale le signale dans son avis sur l'avant-projet de loi, mieux à la philosophie générale de la loi relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, en maintenant son rôle au responsable du traitement initial, et en ne fragilisant pas les règles relatives à la confidentialité et à la sécurité des données. Le Conseil d'Etat fait encore sienne une observation de la Commission nationale, à savoir qu'un accès direct faciliterait des techniques comme le « matching » et le « datawarehouse » (c'est-à-dire la comparaison de données à partir de deux fichiers afin de déceler des différences), ce qui paraît, aux yeux du Conseil d'Etat, plus que discutable au regard de l'article 16(3) de la loi modifiée du 2 août 2002, aux termes duquel l'interconnexion (de données) n'est autorisée que dans le respect des finalités compatibles entre elles de fichiers.

Si la Chambre des députés devait néanmoins estimer utile de prévoir un tel accès direct, il y aurait lieu de le limiter à certaines banques de données. Selon le Conseil d'Etat, un tel accès direct devrait être limité aux banques de données énumérées sous 1°, 7°, 8° et 10° de l'article sous examen.

Le Conseil d'Etat insiste encore, et en tout état de cause, sur la nécessité de limiter l'accès au fichier du Centre commun de la sécurité sociale aux seules affiliations. Il est vrai que le projet de loi prévoit qu'un règlement grand-ducal fixera de façon limitative le détail des données qui peuvent être consultées. Les précisions concernant l'accès au fichier du Centre commun de la sécurité sociale pourraient donc être apportées par ledit règlement grand-ducal (et le sont d'ailleurs dans le cadre du projet de règlement grand-ducal mentionné ci-dessus). Compte tenu toutefois de la nature particulièrement sensible des données, notamment de celles relatives à la santé, le Conseil d'Etat estime nécessaire de clarifier dans la loi en projet elle-même que ce ne sont pas ces données qui peuvent être consultées par la Police. Il y aurait donc lieu de reprendre une formule semblable à celle utilisée par la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat et d'écrire en conséquence sous 2° « le fichier relatif aux affiliations des salariés, des indépendants et des employeurs géré par le Centre commun de la sécurité sociale sur base de l'article 321 du Code des assurances sociales ».

Le dernier alinéa de l'article sous examen est à supprimer.

Afin de ne pas exclure totalement, en cas de rattachement de l'accès aux banques de données à l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002, les autorités judiciaires, en l'occurrence les Parquets et les cabinets d'instruction, de la possibilité d'accéder aux banques de données en exergue, – il peut s'avérer nécessaire en cours d'enquête ou d'instruction de compléter le dossier par

certaines informations contenues dans les traitements de données des personnes morales de droit public; pour éviter de devoir recourir à un supplément d'enquête voire à l'exécution d'actes d'instruction supplémentaires, la possibilité d'un accès à ces informations au bénéfice des procureurs d'Etat ou des juges d'instruction peut revêtir une utilité certaine –, l'article sous rubrique pourrait être complété in fine par une phrase de la teneur suivante:

« Le droit d'accès prévu par le présent article peut également être exercé, dans le cadre de l'exercice de leurs missions, par les procureurs d'Etat ou par les juges d'instruction respectivement compétents en vertu de l'article 29 du Code d'instruction criminelle. »

Compte tenu de l'ensemble des considérations développées par le Conseil d'Etat à l'endroit des articles I.1 et II.1, l'article 34-1 à ajouter à la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police pourrait prendre la teneur suivante, à supposer que la Chambre des députés s'oriente dans cette voie:

« Art. 34-1. Dans l'exercice des missions prévues à l'article 34, les membres de la Police ayant la qualité d'officiers de police judiciaire ont accès aux traitements de données à caractère personnel suivants:

1. le registre général des personnes physiques et morales créé par la loi modifiée du 30 mars 1979 organisant l'identification numérique des personnes physiques et morales;
2. le fichier relatif aux affiliations des salariés, des indépendants et des employeurs géré par le Centre commun de la sécurité sociale sur base de l'article 321 du Code des assurances sociales;
3. le fichier des étrangers exploité pour le compte du service des étrangers du ministre ayant l'Immigration dans ses attributions;
4. le fichier des demandeurs d'asile exploité pour le compte du service des réfugiés du ministre ayant l'Immigration dans ses attributions;
5. le fichier des demandeurs de visa exploité pour le compte du bureau des passeports, visas et légalisations du ministre ayant les Affaires étrangères dans ses attributions;
6. le fichier des autorisations d'établissement exploité pour le compte du ministre ayant les Classes moyennes dans ses attributions;
7. le fichier des titulaires et demandeurs de permis de conduire exploité pour le compte du ministre ayant les Transports dans ses attributions;
8. le fichier des véhicules routiers et de leurs propriétaires et détenteurs, exploité pour le compte du ministre ayant les Transports dans ses attributions;
9. le fichier des assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée, exploité pour le compte de l'Administration de l'enregistrement et des domaines;
10. le fichier des armes prohibées du ministre ayant la Justice dans ses attributions.

Les données à caractère général auxquelles la Police a accès en vertu de l'alinéa 1 sont déterminées par règlement grand-ducal.

[Les traitements de données à caractère personnel visées sous 1, 7, 8 et 10 seront accessibles par un système informatique direct.]

L'accès à ces traitements de données est soumis à la surveillance de l'autorité de contrôle visée à l'article 17, paragraphe 2 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. En vue de la surveillance exercée par cette autorité de contrôle, les informations relatives à l'officier de police judiciaire accédant à ces traitements de données, à la date et à l'heure de l'accès, aux données à caractère personnel auxquelles il y a eu accès, à la référence du dossier dans le cadre duquel l'accès a eu lieu, ainsi qu'au motif précis de cet accès doivent pouvoir être retracées. Les données à caractère personnel auxquelles il y a eu accès doivent avoir un lien direct avec les faits ayant motivé l'accès.

Le droit d'accès prévu par le présent article peut également être exercé, dans le cadre de l'exercice de leurs missions, par les procureurs d'Etat ou par les juges d'instruction respectivement compétents en vertu de l'article 29 du Code d'instruction criminelle. »

Le Conseil d'Etat part de l'idée que les différentes banques de données entrant en lice pour une consultation sont en règle avec les dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002.

Article II.2

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la disposition sous examen, sous réserve de la suppression de la référence à l'article 74 de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, et ceci par souci de parallélisme avec les pouvoirs reconnus à la Police. Pour l'Inspection aussi l'accès devrait être limité à un accès sur demande.

Dans le cadre de son avis relatif au projet de règlement grand-ducal portant création et exploitation d'un traitement d'informations de police générale (POLIS), le Conseil d'Etat a signalé qu'il voyait certaines difficultés, dans le cadre de l'autorisation, par voie réglementaire, de la banque de données de police générale, à voir subordonner, à titre de garantie, le traitement de données à caractère personnel de certaines catégories de personnes à l'accord ou à l'autorisation des autorités judiciaires compétentes, en l'occurrence les procureurs d'Etat et les juges d'instruction. Le Conseil d'Etat a renvoyé à un avis qu'il a émis dans le passé à propos de l'actuel règlement INGEPOL. L'opposition du Conseil d'Etat était à l'époque notamment fondée sur le fait qu'il n'y avait pas de disposition légale afférente justifiant une disposition réglementaire. Le principe en matière de protection des données est en effet qu'on ne saurait attribuer à un organe par règlement grand-ducal autorisant une banque de données des droits et pouvoirs dont l'organe en question ne dispose pas en droit positif. Pour parer à cette absence de disposition légale, l'ancienne loi du 31 mars 1979 avait été complétée par la loi du 29 mai 1998 portant approbation de la Convention portant création d'un Office européen de police (Convention Europol). Ladite loi a ajouté un paragraphe *2bis* à l'article 12-1 de la loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques. Ce paragraphe *2bis* était de la teneur suivante:

« L'enregistrement, dans le cadre et dans les limites des Conventions internationales auxquelles le Luxembourg est partie, de données relatives à des personnes soupçonnées d'avoir commis ou de commettre des infractions n'est possible que de l'accord exprès des procureurs d'Etat territorialement compétents.

Sur le plan national, des données relatives à des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des affaires de criminalité organisée peuvent uniquement être enregistrées de l'accord exprès des procureurs d'Etat territorialement compétents. »

Etant donné que le Luxembourg ne saurait rester à l'écart des développements internationaux, dans le domaine de la criminalité organisée, de même que dans le domaine du terrorisme, mais que des garanties particulières doivent entourer l'enregistrement de données à caractère personnel de personnes liées à la mouvance terroriste ou au crime organisé, le présent projet de loi pourrait prêter le cadre pour une modification de l'article 17, paragraphe 1^{er}, lettre (a) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'encontre du traitement des données à caractère personnel.

Dans la mesure où le texte de 1998 devrait être complété par une référence au terrorisme, d'une part, dans la mesure où le projet de règlement grand-ducal POLIS prévoit l'intervention des procureurs d'Etat (et des juges d'instruction) aussi à d'autres occasions, dans le cadre du traitement d'informations déjà enregistrées, d'autre part, il se recommanderait, peut-être, et afin de ne pas alourdir l'article 17 actuel, de prévoir une formule plus générale, à ajouter à la fin de l'actuel alinéa 2 de l'article 17, paragraphe 1^{er}, lettre (a), du genre:

« Il (i.e. le règlement grand-ducal) peut également subordonner le traitement de données à caractère personnel d'une ou de plusieurs de ces catégories de personnes à l'autorisation ou à l'accord, suivant les cas, du procureur d'Etat ou du juge d'instruction. »

Les termes « traitement de données à caractère personnel », selon la définition donnée par l'article 2, lettre (r) de la loi modifiée du 2 août 2002, englobent la collecte, l'enregistrement, etc., de sorte que le règlement POLIS en projet aurait toute latitude à cet égard.

Si la Chambre des députés entendait suivre le Conseil d'Etat dans cette voie, il y aurait lieu d'ajouter au projet de loi sous avis un article III, de la teneur suivante:

« **Art. III.** La loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel est modifiée comme suit:

Au deuxième alinéa de la lettre (a) du paragraphe 1^{er} de l'article 17 est ajoutée la phrase:

« Il peut également subordonner le traitement de données à caractère personnel d'une ou de plusieurs de ces catégories de personnes à l'autorisation ou à l'accord, suivant les cas, du procureur d'Etat ou du juge d'instruction. » »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 octobre 2007.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer