

Projet de loi

relative à l'accès des magistrats et officiers de police judiciaire à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par des personnes morales de droit public et portant modification:

- **du Code d'instruction criminelle,**
- **de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, et**
- **de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire.**

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(22 avril 2008)

Par dépêche en date du 4 mars 2008, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat, sur base de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique.

Les amendements, adoptés par la Commission juridique de la Chambre des députés, ressortent du texte coordonné du projet de loi proposé par la prédite commission parlementaire et font l'objet de commentaires dans la lettre de saisine du Président de la Chambre des députés. Le Conseil d'Etat se base en conséquence sur ledit texte coordonné pour émettre le présent avis complémentaire.

Examen des amendements

La modification à l'endroit de l'intitulé est fonction de l'ajout d'un nouvel article modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire. L'adaptation rédactionnelle de l'intitulé ne donne pas lieu à observations.

La suppression du point I.1 du texte original est fonction de la nouvelle orientation retenue par la commission parlementaire pour l'accès à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par des personnes morales de droit public. Le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen des nouveaux points I.4 et I.5 et de l'article II.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations à formuler, pour ce qui est du nouveau point I.1.

Le nouveau texte proposé à l'endroit de l'article 39(4) du Code d'instruction criminelle (nouveau point I.2) reprend, sous réserve d'une modification d'ordre purement rédactionnel, une proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat dans son premier avis.

La suppression du point I.4 originaire tient compte des observations émises par le Conseil d'Etat dans son premier avis.

La modification rédactionnelle (« Police » au lieu de « police grand-ducale ») opérée à l'endroit du nouveau point I.3 ne donne pas lieu à observation.

Le nouveau point I.4 traduit, ensemble avec le nouveau point I.5 et l'article II remanié, la nouvelle orientation retenue par la commission parlementaire en matière d'accès à certaines banques de données.

La commission juridique de la Chambre des députés est d'avis qu'il y a lieu d'envisager, à côté de l'alternative suggérée par le Conseil d'Etat dans son avis du 23 octobre 2007 (soit un rattachement de l'accès à l'article 8 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements des données à caractère personnel, soit un rattachement de l'accès à l'article 17 de cette même loi), une troisième possibilité: il s'agit d'un système dualiste, qui vise à inscrire, tant dans le Code d'instruction criminelle que dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, l'accès aux banques de données entrant en ligne de compte, pour de cette manière clairement faire la distinction entre l'accès par les magistrats (les données collectées constituant alors des données judiciaires) et l'accès par la Police (les données collectées étant à considérer comme des données policières).

Dans son avis du 23 octobre 2007, le Conseil d'Etat avait suggéré un ajout éventuel au nouvel article 34-1 à introduire dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police « afin de ne pas exclure totalement les autorités judiciaires... de la possibilité d'accéder aux banques de données en exergue ». La solution actuellement proposée par la commission parlementaire a le net avantage de clarifier la situation et de dissiper les incertitudes sur la nature des données auxquelles les autorités judiciaires, d'une part, et la Police, d'autre part, peuvent avoir accès.

Le Conseil d'Etat retient cependant que la nouvelle approche retenue, consacrant à l'accès aux banques de données en exergue deux bases légales distinctes, sera inéluctablement source d'interférences, voire d'incohérences.

Le Conseil d'Etat signale à ce titre que, selon le nouvel article 48-24 à introduire au Code d'instruction criminelle, de même que selon le nouvel article 51-1 à ajouter au même Code, les officiers de police judiciaire n'ont accès aux banques de données que s'ils agissent sur instruction du procureur d'Etat ou sur commission rogatoire du juge d'instruction. Aux termes de l'article 34-1 à introduire dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, les officiers de police judiciaire ont accès aux banques de données dans l'exercice de leurs missions de police judiciaire, sans qu'ils aient à cet effet besoin d'instructions ou de commissions rogatoires.

Le Conseil d'Etat part de l'idée qu'il n'est pas dans les intentions des auteurs des amendements de conditionner toujours l'accès de la Police à des instructions préalables du procureur d'Etat (dans le cadre de l'enquête préliminaire, ou dans le cadre de l'enquête pour crime ou délit flagrants) ou

à une commission rogatoire spécifique du juge d'instruction (dans le cadre de l'instruction préparatoire, ou éventuellement dans le cadre de l'enquête pour crime ou délit flagrants, lorsque le juge d'instruction est présent sur les lieux). Il ne ferait en effet guère de sens d'inscrire à l'article 34-1 nouveau de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police un pouvoir propre de la Police, agissant dans l'exercice de ses missions de police judiciaire, si en réalité ce pouvoir était un pouvoir subordonné. Le Conseil d'Etat admet au contraire que, dans l'exercice de ses missions de police judiciaire, où la Police ne doit pas nécessairement attendre des instructions du Parquet pour enquêter (voir l'article 46 du Code d'instruction criminelle), une initiative de la Police doit rester possible aussi en matière d'accès à des données personnelles.

Le Conseil d'Etat n'entend cependant pas cacher que des interprétations divergentes risquent de se développer, notamment en raison de possibles problèmes d'articulation du nouvel article 51-1 à ajouter au Code d'instruction criminelle avec l'article 52(1) du même Code. Ce dernier article dispose que « si le juge d'instruction est dans l'impossibilité de procéder lui-même à tous les actes d'instruction, il peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'information nécessaires ». La question se pose s'il peut encore donner commission rogatoire à la Police d'accéder aux banques de données.

La précision que les auteurs des amendements apportent à l'alinéa 3 du nouvel article 34-1, à savoir que l'accès par la Police, agissant dans l'exercice de ses missions de police judiciaire, aux banques de données ne peut être exercé que lorsqu'il s'agit de faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement, ne semble au Conseil d'Etat pas vraiment apte à désamorcer le risque d'interférences, ce d'autant plus que cette même précision (ou restriction) se retrouve également au paragraphe 3 du nouvel article 48-24.

La distinction opérée en l'espèce, pour ce qui est de l'accès des autorités judiciaires et de l'accès de la Police, paraît au Conseil d'Etat plutôt formelle que réelle. Il semble qu'il faille en définitive se résoudre à admettre que les données collectées par les officiers de police judiciaire, agissant sur instruction du parquet ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, auront le caractère de données judiciaires, alors que les données collectées par la Police sur base du pouvoir propre que lui confère l'article 34-1 nouveau de la loi modifiée du 31 mai 1999 auront le caractère de données policières, même si ces données sont collectées d'initiative par la Police dans le cadre d'une enquête préliminaire ou encore dans le cadre d'une instruction préparatoire (sous réserve, s'agissant de l'information judiciaire, des problèmes d'interprétation ci-dessus relevés).

Le Conseil d'Etat se doit encore de formuler une observation d'ordre plus général, liée à l'introduction dans le Code d'instruction criminelle des dispositions régissant l'accès des autorités judiciaires à certaines banques de données. Ces dernières années on constate que dans le Code d'instruction criminelle, droit commun pour les autorités chargées de l'action publique et de l'instruction, sont insérées de plus en plus de réglementations particulières: on peut citer les dispositions relatives à l'instruction simplifiée

(article 24-1 du Code d'instruction criminelle) ou à la disparition de mineurs ou de majeurs protégés (article 43-1 du même Code), la réglementation des procédures d'identification par empreintes génétiques (articles 47-1, 48-3 à 48-9 et 51(2) du Code d'instruction criminelle), des fouilles de véhicules (articles 48-10 à 48-11 du même Code) ou du repérage (article 67-1 du Code d'instruction criminelle). Le projet de loi n° 5588 prévoit encore d'ajouter au Code d'instruction criminelle des dispositions relatives à l'observation et à l'infiltration policière (articles 48-12 à 48-23 à insérer au Code d'instruction criminelle). En dehors de toutes considérations quant à l'opportunité, voire la nécessité de ces dispositions actuelles ou futures, cette prolifération de réglementations spécifiques, parfois dérogatoires au droit commun, risque d'entamer la cohésion des dispositions du Livre premier du Code d'instruction criminelle dans leur ensemble, et d'être source d'embûches procédurales.

S'agissant du texte proprement dit, tel que les auteurs des amendements entendent l'introduire, en tant qu'article 48-24 au Code d'instruction criminelle, le Conseil d'Etat retient qu'il subsiste une différence dans la terminologie: il est, d'une part, question d'un système informatique direct, et, d'autre part, d'un système informatique par lequel l'accès direct est opéré (paragraphe 1^{er} et 4 du nouvel article 48-24). S'il est dans les intentions des auteurs de prévoir en l'espèce un accès direct, il conviendrait d'écrire au paragraphe 1^{er}: « ... ont accès direct, par un système informatique, aux traitements... ».

Le Conseil d'Etat relève encore qu'au paragraphe 4 il est uniquement question de pouvoir retracer les informations relatives au magistrat ayant procédé à la consultation. Qu'en est-il des officiers de police judiciaire agissant sur son instruction?

Le Conseil d'Etat renvoie, s'agissant du nouveau point I.5, à ses observations ci-dessus. Il signale encore que le renvoi à l'article 48-25 est à corriger (article 48-24).

Pour le point II.1 de l'article II, il y a encore lieu de renvoyer aux observations ci-dessus.

S'agissant du texte proprement dit du nouvel article 34-1 à insérer dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, il y aurait lieu d'opérer la même modification dans la terminologie que proposée ci-dessus à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'article 48-24 (« ... ont accès direct, par un système informatique, aux traitements... »).

Le Conseil d'Etat maintient par ailleurs le point de vue exprimé dans son avis du 23 octobre 2007, à savoir qu'il y a lieu de supprimer la possibilité d'un accès par la Police aux banques de données en exergue dans le cadre de l'exercice de ses missions de police administrative. En effet, par hypothèse, il n'y a pas encore de faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement, lorsque la Police « 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 biens ». La restriction proposée à l'endroit de l'alinéa 3 du nouvel article 34-1 ne fait

aucun sens, s'agissant de l'exercice de missions de police administrative. Les informations devant pouvoir être retracées (alinéa 4 du nouvel article: l'officier de police judiciaire chargé d'enquêter dans un dossier, pour ne citer que cet exemple) ne cadrent pas non plus avec des missions de police administrative. La même observation vaut pour l'alinéa 6.

Le Conseil d'Etat signale encore que, dans le cadre du projet de loi n° 5802 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, un accès 'direct' à des banques de données mises en œuvre par des personnes morales de droit public est spécifiquement prévu. C'est cette voie que le Conseil d'Etat avait d'ailleurs préconisée dans son avis du 23 octobre 2007 en lieu et place d'une disposition générale à insérer dans la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

L'exigence du respect du principe de proportionnalité ne se retrouve pas à l'article 48-24 à insérer au Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de maintenir cette disposition spécifiquement dans le cadre de l'article 34-1 nouveau, alors qu'elle ne s'appliquerait pas aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, à moins d'admettre que les auteurs partent de l'idée que les officiers de police judiciaire procéderont à l'accès via le système informatique de la Police et seraient alors soumis aux dispositions de l'article 34-1. Le Conseil d'Etat a du mal à souscrire à une telle prémisse, alors qu'ainsi on retomberait de nouveau dans le travers déjà signalé dans l'avis du 23 octobre 2007, c'est-à-dire l'amalgame entre les données judiciaires et les données policières. Par ailleurs, il serait difficilement justifiable que cette exigence joue pour les agents commissionnés, mais non pour le procureur d'Etat ou le juge d'instruction.

Revenant aux problèmes qu'il pourrait y avoir d'articuler le nouvel article 51-1 à insérer au Code d'instruction criminelle avec l'article 52(1) actuel dudit Code, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y aurait pas lieu de préciser, dans le nouvel article 34-1 de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, que, dans le cadre de l'information judiciaire, toute initiative de la Police, en dehors d'une commission rogatoire du juge d'instruction, est exclue. Le premier alinéa de l'article 34-1 pourrait alors être libellé comme suit:

« Dans l'exercice des missions prévues à l'article 34, et sous réserve des dispositions de l'article 51-1 du Code d'instruction criminelle, les membres de la Police ayant la qualité d'officier de police judiciaire ont accès direct, par un système informatique, aux traitements de données à caractère personnel suivants:

... ».

Le nouveau point II.2 ne donne pas lieu à observation, si ce n'est qu'il convient d'adapter les renvois, suivant l'agencement définitivement retenu pour l'article 34-1.

Le nouvel article III entend compléter la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire, à l'effet de fournir une base légale appropriée à la prise d'empreintes digitales et de photographies des personnes admises dans un établissement pénitentiaire.

Au regard des dispositions du règlement grand-ducal modifié du 24 mars 1989 concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires, le terme « détenu » désigne toute personne faisant l'objet d'une mesure privative de liberté à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire. Le Conseil d'Etat éprouve des réticences certaines à s'engager dans cette voie, l'étendue de la collecte des données ne faisant par ailleurs l'objet d'aucun commentaire. Les personnes ayant à subir une contrainte par corps figureront également parmi les personnes entrant en ligne de compte pour être photographiées et pour se voir prendre leurs empreintes digitales. Est-ce vraiment nécessaire, au regard notamment des conditions posées par l'article 4, paragraphe 1^{er}, lettre a) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel?

Si la Chambre des députés estimait que le texte doit être maintenu dans la teneur proposée, le Conseil d'Etat insisterait pour qu'au moins le traitement ultérieur par la Police, dans le cadre de la banque de données de police générale, des données ainsi recueillies soit strictement réglementé. Il renvoie à cet égard à son avis relatif au projet de règlement grand-ducal portant création et exploitation d'un traitement d'informations de police générale (POLIS), notamment aux passages dudit avis examinant les dispositions en projet par lesquelles la durée de conservation des données ainsi que l'intégration des données dans la partie recherche de la banque de données POLIS sont réglées.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 avril 2008.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer