

**Projet de loi**

**relative à l'accès des autorités judiciaires, de la Police et de l'Inspection générale de la Police 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, et**
- **de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.**

-----

**Avis du Conseil d'Etat**

(3 mars 2009)

Par dépêche en date du 14 janvier 2009, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un résumé, un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

**Considérations générales**

Le projet de loi sous examen entend procéder sur certains points à des adaptations de dispositions telles qu'elles ont été nouvellement introduites au Code d'instruction criminelle et dans la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police par la loi du 22 juillet 2008 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, ou telles qu'elles ont été modifiées par cette loi.

Selon l'exposé des motifs, il s'est avéré lors de la mise en œuvre pratique et opérationnelle de la loi du 22 juillet 2008 que certaines dispositions requerraient la mobilisation de ressources humaines, financières et techniques disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis, et que pour d'autres dispositions, leur mise en œuvre s'est révélée quasiment impossible.

Dans la mesure où les dispositions de la loi du 22 juillet 2008 entrant en lice pour être adaptées se trouvent intégrées soit dans le Code d'instruction criminelle, soit dans la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, c'est à bon escient que les auteurs du texte sous examen entendent procéder, non pas à une modification de la loi

du 22 juillet 2008, mais à une nouvelle modification des dispositions afférentes du Code d'instruction criminelle et de la loi du 31 mai 1999.

## Examen des articles

### Article I

#### *Point I.1*

L'adaptation présentement envisagée à l'endroit de l'article 33, paragraphe 8 du Code d'instruction criminelle n'a directement rien à voir avec l'objectif principal poursuivi par le projet de loi sous examen.

La loi du 22 juillet 2008 a ajouté à l'article 33 du Code d'instruction criminelle un paragraphe 8 libellé comme suit:

*«(8) Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, le procureur d'Etat peut ordonner la prise d'empreintes digitales et de photographies des personnes qui paraissent avoir participé au crime flagrant. Les empreintes digitales et les photographies recueillies en application du présent article peuvent être traitées ultérieurement par la Police à des fins de prévention, de recherche et de constatation des infractions pénales.»*

Selon le projet de loi sous examen, le texte serait changé à l'effet de dire que dorénavant ce seront « l'officier de police judiciaire et le procureur d'Etat, lorsqu'il est saisi conformément à l'article 41 » qui peuvent procéder à la prise d'empreintes digitales et de photographies. En d'autres termes, la prise d'empreintes digitales et de photographies par la Police ne serait plus subordonnée dans tous les cas à une décision du procureur d'Etat. L'accord du procureur d'Etat serait par contre requis pour le traitement ultérieur de ces données à des fins de prévention, de recherche et de constatation des infractions pénales.

Les auteurs du projet de loi entendent justifier cette adaptation du texte par la logique juridique inhérente aux dispositions du Code d'instruction criminelle consacrées aux crimes et délits flagrants, en ce sens que ces dispositions, et en particulier l'article 33, auraient plutôt trait aux pouvoirs propres des officiers de police judiciaire.

Le Conseil d'Etat ne saurait suivre cette argumentation. La première obligation que l'article 31 du Code d'instruction criminelle fait à l'officier de police judiciaire, avisé d'un crime flagrant, est d'en informer immédiatement le procureur d'Etat. Il n'est donc pas correct de dire que le procureur d'Etat n'interviendrait qu'une fois qu'il est « saisi » conformément à l'article 41 du Code d'instruction criminelle.

Il n'y aurait ensuite plus de cohérence entre le nouvel article 33(8) et l'article 39(4) du Code d'instruction criminelle: s'agissant des personnes « qui paraissent avoir participé au crime flagrant », l'officier de police judiciaire pourrait de sa propre initiative prendre des empreintes digitales et des photographies, alors que s'agissant des personnes « contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de nature à motiver leur

inculpation », seul le procureur d'Etat peut ordonner la prise d'empreintes digitales et de photographies.

Il n'y a finalement pas non plus lieu de procéder par une argumentation *a contrario*, au regard des pouvoirs coercitifs que le Code d'instruction criminelle reconnaît par ailleurs aux officiers de police judiciaire dans le cadre de l'enquête de flagrance. La prise d'empreintes digitales et de photographies, si elle constitue certes dans une première phase une opération de recherche et de constatation d'une infraction déterminée, est néanmoins destinée aussi à des fins de prévention, de recherche et de constatation d'autres infractions. Sa finalité n'est donc pas limitée au crime ou au délit flagrant faisant l'objet de l'enquête, à la différence de ce qui est le cas par exemple pour les perquisitions et les saisies. Il n'est donc pas possible de raisonner par analogie aux autres opérations de recherche et de constatation d'infractions pouvant être effectuées par les officiers de police judiciaire dans le cadre de l'enquête de flagrance.

Le maintien de l'exigence de l'accord du procureur d'Etat pour pouvoir traiter ultérieurement les données recueillies au titre de l'article 33(8) dénote d'ailleurs clairement la différence qu'il y a entre une prise d'empreintes digitales ou de photographies et d'autres opérations de recherche ou de constatation d'infractions.

L'exigence d'un accord du procureur d'Etat *ex post* ne constitue cependant aux yeux du Conseil d'Etat qu'une simple formalité: le texte actuel permet au procureur d'Etat de prendre une décision en connaissance de cause, après avoir été avisé par l'officier de police judiciaire du crime ou du délit flagrant et des circonstances factuelles du cas d'espèce. Avec le nouveau texte, le procureur d'Etat est placé devant le fait accompli, et il ne lui restera guère d'autre choix que de marquer son accord.

Les auteurs restent par ailleurs muets quant à la question de savoir si le texte, tel qu'il a été introduit il y a à peine 6 mois dans le Code d'instruction criminelle, s'est heurté à des difficultés d'application.

Le Conseil d'Etat considère en conséquence des développements qui précèdent qu'il n'y a pas de raison objectivement valable qui justifierait l'adaptation proposée de l'article 33, paragraphe 8 du Code d'instruction criminelle, et il se prononce en conséquence pour le maintien du texte dans sa teneur telle qu'issue de la loi du 22 juillet 2008.

#### *Point I.2*

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la disposition sous examen, applicable dans le cadre de l'enquête préliminaire. Aux yeux du Conseil d'Etat, la disposition en question ne saurait autoriser une prise d'empreintes digitales et de photographies par mesure coercitive.

#### *Point I.3*

Le Conseil d'Etat peut se rallier aux différentes modifications opérées à l'endroit de l'article 48-24 du Code d'instruction criminelle.

Désormais, l'article 48-24 du Code d'instruction criminelle réglera uniquement l'accès, par le ministère public, à certains traitements de données personnelles. Le Conseil d'Etat avait déjà dans son avis complémentaire du 22 avril 2008 à l'endroit du projet de loi n° 5563 signalé les difficultés qu'il y aurait à articuler les dispositions de l'article 48-24 du Code d'instruction criminelle et les dispositions de l'article 34-1 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, s'agissant de l'accès des officiers de police judiciaire: dans le premier cas, ils ne pourraient agir que sur instruction du procureur d'Etat (ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, article 51-1 nouveau du Code d'instruction criminelle); dans le second cas, ils pourraient agir dans l'exercice de leurs missions de police judiciaire, sans que l'accès aux traitements de données personnelles soit subordonné à une instruction du procureur d'Etat ou une commission rogatoire du juge d'instruction. Le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y a pas lieu d'opérer également une modification à l'article 51-1 du Code d'instruction criminelle, tel qu'introduit audit code par la loi du 22 juillet 2008, en supprimant audit article le bout de phrase « , ainsi que les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire , ». Si la Chambre des députés décidait de suivre cette suggestion, le Conseil d'Etat pourrait marquer d'ores et déjà son accord à voir compléter le projet de loi sous examen par un nouveau point opérant ladite modification.

L'exigence quant au seuil de la peine (peine criminelle ou peine d'emprisonnement correctionnel dont le maximum est égal ou supérieur à 2 ans) est également abandonnée, de sorte que l'accès sera désormais possible pour toute infraction (contravention, délit ou crime).

Le Conseil d'Etat considère que les conditions qui continueront à entourer l'accès sont autant de garanties qui permettront d'assurer la protection des données à caractère personnel.

Le Conseil d'Etat signale qu'aux points 7 et 8, il y a lieu d'écrire: « ... ayant les Transports dans ses attributions... ».

#### *Point I.4*

Le Conseil d'Etat signale que les dispositions des articles 33 à 38 du Code d'instruction criminelle sont applicables, en vertu de l'article 65(4) du même code, aux perquisitions effectuées par le juge d'instruction.

Introduire un article 51-2 nouveau au Code d'instruction criminelle, traitant spécialement de la prise d'empreintes digitales et de photographies à l'initiative du juge d'instruction, pose la question de la nature de cette mesure.

Le Conseil d'Etat signale encore que les empreintes digitales et les photographies prises sur ordre du juge d'instruction constitueraient en principe des données judiciaires. Il est pour le moins discutable de prévoir que ces données pourront être traitées ultérieurement par la Police dans le cadre d'une banque de données policières.

Le Conseil d'Etat est dès lors à s'interroger sur l'opportunité de l'introduction de cette nouvelle disposition. Il demande en tout état de cause

la suppression de la deuxième phrase du nouvel article 51-2. Pour le moins, il y aurait lieu de subordonner à l'accord du juge d'instruction l'utilisation ultérieure de ces données par la Police. Dans ce cas, il y aurait lieu d'écrire « ... peuvent, avec l'autorisation du juge d'instruction, être traitées ultérieurement ... ». Cette suppression de la deuxième phrase proposée en ordre principal par le Conseil d'Etat ne devrait guère avoir d'incidence, dans la mesure où des empreintes digitales et des photographies auront dans la quasi-totalité des cas déjà été prises par la Police (article 33(8), article 39(4), article 47-2 du Code d'instruction criminelle).

## Article II

### *Point II.1*

Le Conseil d'Etat n'entrevoit aucune nécessité de modifier l'article 34 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police. La police judiciaire se trouve sous la direction des procureurs d'Etat, qui peuvent à ce titre faire procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale (article 24 du Code d'instruction criminelle). Par ailleurs, le juge d'instruction peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'information nécessaires (article 52 du Code d'instruction criminelle). Ces dispositions se suffisent à elles-mêmes et il n'est pas nécessaire, pour garantir leur effectivité, de faire concorder la loi modifiée du 31 mai 1999 plus exactement avec les termes du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat signale encore que la terminologie utilisée peut prêter à confusion: l'énoncé, tout à fait général, que la police judiciaire exécute les délégations des juridictions d'instruction, pourrait faire naître l'impression que toutes les fois que le juge d'instruction charge des officiers de police judiciaire d'un devoir particulier, il s'agit d'un acte d'instruction délégué avec pour conséquence que les formalités légales imposées au juge d'instruction s'imposent également aux officiers de police judiciaire. Il ne peut pas être dans les intentions des auteurs du projet de loi de faire naître des controverses au sujet de la portée d'une disposition du Code d'instruction criminelle (tel l'article 52) à l'aune de la formulation d'une disposition inscrite dans la loi sur la Police. Ce serait créer le risque d'une insécurité juridique. Le Conseil d'Etat doit en conséquence et sous peine d'opposition formelle insister sur l'abandon de la disposition sous examen.

### *Point II.2*

Le Conseil d'Etat peut se rallier aux modifications opérées à l'endroit de l'article 34-1 de la loi modifiée du 31 mai 1999. Il peut se rallier notamment à l'extension de l'accès direct aussi aux agents de police judiciaire, et ce au regard de la suppression de l'exigence d'un seuil de peine: pour les affaires de petite envergure (notamment de circulation), qui pourtant nécessitent très souvent un accès par exemple au fichier des véhicules routiers ou au fichier des titulaires et demandeurs de permis de conduire, il semble peu réaliste de vouloir limiter l'accès aux seuls officiers de police judiciaire.

Le Conseil d'Etat continue néanmoins à estimer que l'accès direct ne devrait être possible que dans l'exercice des missions de police judiciaire de la Police. Il renvoie à ce sujet à ses avis relatifs au projet de loi devenu par la suite la loi du 22 juillet 2008. Aussi se prononce-t-il également contre l'extension envisagée « aux membres du cadre administratif et technique de la Police, nommément désignés par le ministre », extension dénuée de toute motivation ou justification. Une pléthore de personnes autorisées à accéder directement aux banques de données en lice rend difficile, voire illusoire, tout véritable contrôle.

Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord à la phrase finale du dernier alinéa du nouvel article 34-1. L'autorité de contrôle instituée 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 se compose du Procureur général d'Etat, ou de son délégué qui la préside, et de deux membres de la Commission nationale nommés, sur proposition de celle-ci, par le ministre. Aux termes de la loi modifiée de 2002, l'autorité de contrôle présente chaque année au ministre un rapport rendant compte de l'exécution de sa mission. Au regard du principe de la séparation des pouvoirs, il y a lieu de s'en tenir, aussi pour le contrôle à effectuer au titre de l'article 34-1 de la loi sur la Police et l'Inspection générale de la Police, à la règle générale. Le Conseil d'Etat ne pourrait en tout cas pas dispenser du second vote constitutionnel un texte voté dans la teneur actuellement proposée. Le Conseil d'Etat pourrait tout au plus marquer son accord à voir préciser que « Le rapport à transmettre par l'autorité de contrôle au ministre en exécution de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel contient une partie spécifique ayant trait à l'exécution de sa mission de contrôle exercé au titre du présent article. Le ministre en fait parvenir chaque année une copie à la Chambre des députés. » Rien n'empêche la Chambre des députés de demander au ministre des explications sur l'exécution de l'article 34-1 de la loi de 1999.

### *Point II. 3*

Les mêmes observations que ci-dessus valent pour la phrase finale du dernier alinéa du nouvel article 77-1 de la loi modifiée de 1999.

Pour ce qui est de l'extension proposée du cercle des personnes éligibles à un accès direct, le Conseil d'Etat a du mal à suivre les auteurs du texte dans la voie préconisée. Ce n'est pas parce que, au niveau de la Police, une extension aux agents de police judiciaire est envisagée, qu'il faudrait aussi élargir le cercle des personnes éligibles au sein de l'Inspection générale de la Police. Le Conseil d'Etat se prononce donc en principe pour le maintien du texte actuel, limitant l'accès direct à l'Inspecteur général de la Police et aux membres de l'Inspection générale de la Police issus du cadre supérieur de la Police. En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat pourrait se déclarer d'accord, dans le cadre de l'exercice des attributions visées à l'article 76 de la loi modifiée du 31 mai 1999, à voir étendre l'accès aux membres de l'Inspection générale de la Police visés aux points 1 et 2 de l'article 73 de cette même loi, comprenant l'Inspecteur général de la Police ainsi que les membres de l'Inspection générale, issus du cadre supérieur de la Police et de la carrière des inspecteurs de police. Le texte de l'alinéa 3 du nouvel article 77-1 prendrait alors la teneur suivante:

« Le droit d'accès aux fichiers visés à l'alinéa 1<sup>er</sup> ne peut être exercé que par l'Inspecteur général de la Police et par les membres de l'Inspection générale de la Police issus du cadre supérieur de la Police. Toutefois, dans le cadre de l'exercice des attributions visées à l'article 76, ce droit d'accès peut aussi être exercé par les membres de l'Inspection générale issus de la carrière des inspecteurs de police. »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 3 mars 2009.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer