

Projet de loi

portant approbation du « *Memorandum of Understanding between the Government of the Grand-Duchy of Luxembourg and the United States of America for the exchange of terrorism screening information* », signé à Luxembourg le 20 juin 2012.

Avis du Conseil d'État

(19 mai 2015)

Par dépêche du 7 janvier 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique. Ce projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact ainsi que du texte, en anglais, du « *Memorandum of Understanding between the Government of the Grand-Duchy of Luxembourg and the United States of America for the exchange of terrorism screening information* », signé à Luxembourg le 20 juin 2012, ci-après désigné comme « le MoU ».

Par ailleurs, par dépêche du 26 janvier 2015, le Premier ministre, a souligné l'urgence concernant la formulation de l'avis relatif au projet de loi portant sur ce « MoU », signé le 20 juin 2012 à Luxembourg.

Par dépêche du 20 mars 2015, la Cour supérieure de justice, le Parquet général, le juge d'instruction directeur de Luxembourg et le Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg ont soumis leurs avis au Conseil d'État par le Premier ministre.

Suite à ces avis et en date du 10 avril 2015, le Premier ministre a fait parvenir des amendements gouvernementaux au Conseil d'État, accompagnés d'un commentaire des articles et d'une version coordonnée du projet de loi sous avis. Le Conseil d'État se bornera à aviser la version de texte telle qu'amendée.

Le Conseil d'État note encore qu'il ne ressort pas du dossier lui soumis que la Commission nationale pour la protection des données ait été demandée en son avis.

*

Le projet de loi sous avis a comme objet d'approuver le MoU en question. .

Ce MoU est étroitement lié à l'« Accord entre le Gouvernement de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave, signé à Luxembourg le 3 février 2012 » et dont le projet de loi d'approbation¹ fait également l'objet d'un avis du Conseil d'État de ce jour.

¹ Projet de loi portant approbation de l'Accord entre le Gouvernement de Luxembourg et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave, signé à Luxembourg le 3 février 2012 (doc. parl. n 6762)

Les deux instruments font partie de toute une série de mesures prises par les États-Unis dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001 visant à protéger leurs territoire et population contre ce genre d'attaques. Ainsi, ils entendent contrôler plus étroitement l'entrée de personnes sur leur territoire à travers notamment une directive présidentielle du 16 septembre 2003, nommée « *Homeland Security Presidential Directive 6* » (HSPD-6). Dans ce contexte a été élaboré un programme dénommé « *visa waiver program* » qui prévoit que les ressortissants des États qui s'engagent à remplir certaines conditions sont dispensés de l'obligation de visa pour entrer sur le territoire des États-Unis.

D'après les auteurs, la conclusion du MoU et de l'accord portant sur le renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave constitue une condition que le Luxembourg doit remplir pour pouvoir rester dans le « *visa waiver program* » des États-Unis cité ci-avant.

Le Conseil d'État renvoie encore à la résolution 2178 (2014), adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 24 septembre 2014, qui « prie instamment les États Membres d'intensifier et d'accélérer, conformément au droit interne et international, les échanges d'informations opérationnelles au sujet des activités ou des mouvements de terroristes et de réseaux terroristes, y compris de combattants terroristes étrangers, notamment avec les États de résidence ou de nationalité des individus concernés, dans le cadre de mécanismes multilatéraux et bilatéraux, (...) ».

En outre, il existe certes déjà un accord sur l'entraide judiciaire entre le Luxembourg et les États-Unis. Cependant, les attributions et les pouvoirs des autorités judiciaires, d'une part, et ceux des instances policières, d'autre part, en matière de poursuite pénale divergent fortement entre les deux États. Ainsi que l'exposent les auteurs au commentaire des articles, dans des États à tradition anglo-saxonne, tels les États-Unis, la police « travaille de façon relativement autonome et dispose des pouvoirs nécessaires afin de mener l'enquête et de remettre, en quelque sorte, un dossier entièrement instruit au Parquet aux fins de poursuites pénales. Des autorités judiciaires – comparables à notre juge d'instruction – n'interviennent en principe que ponctuellement pour autoriser des mesures de nature coercitive, comme les perquisitions et les saisies d'objets ».

Au Luxembourg, la police travaille, en matière judiciaire, sous la direction du Parquet ou du juge d'instruction.

Il s'ensuit que, lorsque la police d'un État, tel que les États-Unis, s'adresse au Grand-Duché de Luxembourg, pays à tradition juridique continentale européenne, afin d'échanger des informations, les services de police de ce dernier n'ont pas compétence pour répondre favorablement à la demande, étant donné que, selon le droit luxembourgeois, une demande d'entraide judiciaire pénale serait indispensable pour obtenir les informations pénales sollicitées.

Le but du MoU en question est donc de permettre un échange accéléré d'informations concernant les personnes faisant l'objet d'enquêtes pénales en matière de terrorisme au Luxembourg ou aux États-Unis et de rendre ainsi plus efficaces et plus rapides les enquêtes en la matière.

En même temps, les auteurs soulignent que le projet vise à assurer le respect des règles de la procédure pénale et les droits de la défense en soumettant la transmission d'informations judiciaires à une autorisation de la part des autorités judiciaires compétentes.

La pierre angulaire du dispositif mis en place par le MoU est constituée par la désignation, de part et d'autre, d'un point de contact aux fins de l'échange d'informations accéléré. Il est prévu que ces points de contact pourront communiquer directement entre eux les informations couvertes par l'accord. Ce procédé s'inspire quant au fond du Traité du 27 mai 2005 relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, fait à Prüm entre la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche (ci-après « le Traité de Prüm »). Ledit traité prévoit l'échange de données et informations à caractère personnel à travers les points de contacts, en vue de prévenir des infractions terroristes. Lors de la ratification dudit traité, le Luxembourg avait désigné comme point de contact le service de police judiciaire de la Police grand-ducale à l'instar de ce qui est proposé par le MoU.

Cependant, il convient de relever également des différences importantes entre le MoU et le Traité de Prüm. Ainsi, le niveau de protection des données par le MoU n'est aucunement comparable à celui garanti par le Traité de Prüm et par la décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, qui a intégré la substance de ce traité dans le droit de l'Union européenne.

Le considérant (17) de la prédite décision rappelle qu'« une coopération policière et judiciaire plus étroite en matière pénale doit aller de pair avec le respect des droits fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel, que garantiraient des arrangements particuliers en matière de protection des données, qui devraient être adaptés à la nature spécifique des différentes formes d'échange de données. Ces arrangements en matière de protection des données devraient tenir particulièrement compte de la nature spécifique de l'accès en ligne transfrontalier aux bases de données. Étant donné que, avec l'accès en ligne, il n'est pas possible pour l'État membre gestionnaire du dossier de réaliser des contrôles préalables, il conviendrait de mettre en place un système garantissant qu'une vérification ultérieure est bien effectuée ».

À cet effet, le Traité de Prüm et ladite décision prévoient respectivement en leurs articles 34 et 25 que chaque partie contractante ou État membre « garantit dans son droit national un niveau de protection des données correspondant au moins à celui résultant de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ainsi que du Protocole additionnel du 8 novembre 2001, et tient à cet égard compte de la recommandation No R (87) 15 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative à l'utilisation de données à caractère personnel dans le domaine policier du 17 septembre

1987, et ce, également dans la mesure où les données ne sont pas traitées en mode automatisé ».

Le Traité de Prüm et la décision 2008/615/JAI prévoient donc la mise en place, par les États membres, d'un certain nombre d'instruments permettant de garantir un niveau élevé de protection des données à caractère personnel. Ils demandent ainsi aux États membres de renforcer leur coopération en la matière par la mise en place d'un comité consultatif et ils imposent la mise en place d'autorités de contrôle nationales qui sont en charge de veiller au respect des mesures donnant effet, dans le droit interne, aux principes énoncés dans la Convention et le Protocole précités. Ces autorités nationales doivent être indépendantes et leurs décisions qui font grief doivent pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Dans le contexte actuel de l'accès très étendu de différents services fédéraux, de renseignement ou autres, des États-Unis aux données à caractère personnel par le biais de différents moyens informatiques plus ou moins intrusifs et du traitement de ces données en résultant, le Conseil d'État doute que le niveau de protection tel que visé par le MoU rejoigne celui prévu au niveau européen.

En outre, il convient de rappeler dans ce contexte l'article 2 du protocole additionnel auquel il est fait référence ci-dessus qui dispose que « [c]haque Partie prévoit que le transfert de données à caractère personnel vers un destinataire soumis à la juridiction d'un État ou d'une organisation qui n'est pas Partie à la Convention ne peut être effectué que si cet État ou cette organisation assure un niveau de protection adéquat pour le transfert considéré. Un État partie peut y déroger notamment si le droit national le prévoit lorsque (...) des intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants, ou si des garanties pouvant notamment résulter de clauses contractuelles sont fournies par la personne responsable du transfert, et sont jugées suffisantes par les autorités compétentes, conformément au droit interne ».

Sur base de ce qui précède, et en l'absence d'éléments y relatifs dans l'exposé des motifs, il y a lieu de s'interroger si les auteurs estiment que cette condition est bien remplie en l'espèce. Le Conseil d'État n'est pas persuadé que les garanties obtenues par le Gouvernement soient suffisantes.

Enfin, étant donné que les États membres de l'Union européenne sont arrivés à se mettre d'accord entre eux sur des dispositions très similaires à celles incluses dans les accords en question avec les États-Unis, on peut se demander s'il n'aurait pas été utile de procéder à la négociation d'un seul accord, de l'Union européenne avec les États-Unis au lieu de multiples accords bilatéraux.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} a pour objet d'approuver formellement le MoU. Alors qu'il est renvoyé aux considérations générales pour ce qui est des différentes observations quant à la substance du MoU, il convient de revenir ici sur

l'article VIII de cet accord qui porte sur les amendements éventuels à opérer à celui-ci.

Cet article prévoit que l'Accord peut être amendé à tout moment si les Parties en conviennent par écrit. Le Conseil d'État rappelle que tout amendement de l'Accord devra, dans tous les cas, être soumis pour approbation à la Chambre des députés, et ceci avant le délai fixé pour son entrée en vigueur, afin d'éviter qu'il sorte ses effets au niveau international à l'égard du Luxembourg, sans que les exigences de l'article 37 de la Constitution aient été respectées.

Article 2

Cette disposition reprend en substance les dispositions correspondantes de la loi du 22 décembre 2006 qui porte approbation du Traité de Prüm et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 3

Cet article a fait l'objet d'un amendement gouvernemental suite aux avis émis par les autorités judiciaires. Cet amendement suit en tous points les recommandations du Parquet général et remplace l'article 3 par un texte entièrement nouveau.

L'article 3 amendé centralise en son paragraphe 1^{er} le contrôle et l'approbation judiciaire de la transmission des données aux mains d'une autorité judiciaire unique, à savoir le procureur général d'État. Ce dernier est appelé à donner son accord à toute transmission de données, sauf dans deux cas prévus par le paragraphe 2.

En outre, le paragraphe 1^{er} limite les cas permettant de refuser l'autorisation de transmission à trois cas précis à savoir si a) elle est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à des intérêts essentiels similaires du Grand-Duché de Luxembourg; b) elle est relative à une infraction aux lois militaires qui ne constitue pas une infraction de droit commun, ou c) elle est relative à une infraction politique. Le procureur général d'État est par ailleurs obligé de refuser une telle autorisation si la transmission se rapporte à un fait pour lequel celle-ci n'est pas prévue par le MoU ou si son objet dépasse le domaine d'application du MoU.

Le Conseil d'État peut marquer son accord sur ces deux points.

Le paragraphe 2 de l'article 3 amendé prévoit que dans deux cas seulement, une autorisation de la part du procureur général d'État n'est pas requise pour la transmission de données par le point de contact. Il s'agit ainsi de données tirées des traitements de données à caractère personnel visés par l'article 34-1 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la police ou encore de données accessibles publiquement.

Or, le projet de loi souligne certes que, dans tous les cas, une telle transmission ne peut être que complémentaire à une transmission déjà autorisée par le procureur général d'État. Cependant, les données couvertes par le prédit article 34-1 sont très extensives et sont tirées de bases de

données très variées. Le Conseil d'État s'interroge dès lors sur l'opportunité d'autoriser le point de contact à transmettre ces données sans autorisation ou contrôle préalable de la part du procureur général d'État ce, au vu notamment de l'absence de dispositions dans le MoU garantissant un niveau élevé de protection des données personnelles.

Dans son avis, le Parquet général avait pour sa part proposé de soumettre toute transmission de données nominatives de personnes suspectées d'actes de terrorisme à une autorisation préalable. Aux yeux du Conseil d'État tel devrait au moins être le cas lorsque le Luxembourg révèle l'identité d'une personne suspectée de tels actes qui n'est pas encore connue par les autorités des États-Unis. Le Conseil d'État souligne que toute transmission sur base de l'article 3, paragraphe 2, du projet sous avis ne peut dès lors avoir lieu qu'à titre complémentaire, c'est-à-dire lorsque l'identité de la personne concernée a déjà fait l'objet d'une transmission autorisée par le procureur général d'État ou est déjà connue.

Le paragraphe 3, qui prévoit que la transmission de données au point de contact désigné par les États-Unis peut se faire soit sur demande de ce dernier, soit de façon spontanée sur demande d'autorités luxembourgeoises, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Il en va de même pour le paragraphe 4, de l'article 3, tel qu'amendé, qui restreint, sur base de l'article V, paragraphe 2, du MoU, l'usage qui peut être fait des informations transmises aux autorités des États-Unis. Seul le procureur général d'État peut autoriser une utilisation plus large de ces données.

Article 4

L'amendement gouvernemental 2 introduit un nouveau paragraphe 1^{er} à l'article 4 qui prévoit que différentes autorités luxembourgeoises peuvent demander la transmission de données au point de contact désigné par les États-Unis, la demande ayant lieu par l'intermédiaire du point de contact luxembourgeois. Cette disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Le paragraphe 2 (après amendement) de l'article 4 prévoit que les informations communiquées en application du MoU peuvent être utilisées par les autorités répressives luxembourgeoises de la même manière que celles obtenues par voie d'entraide judiciaire en matière pénale et ce sous réserve des dispositions pertinentes du MoU.

Cependant, il convient de souligner dans ce contexte que l'article V, paragraphe 2, du MoU prévoit explicitement que l'accès à ces informations doit être limité sur une base « *need-to-know* » et au seul personnel des agences et organes gouvernementaux pertinents. Cet article prohibe en son point a) l'utilisation de ces informations dans des procédures judiciaires, quasi-judiciaires, juridiques ou encore administratives. Elles ne peuvent pas non plus être divulguées à des gouvernements de pays tiers, à des organisations internationales ou à des personnes privées. Toute utilisation aux fins prévues par l'article 4 sous avis est prohibée à moins que les États-Unis d'Amérique ne donnent leur autorisation écrite à une telle utilisation. Il s'ensuit que l'article 4 ne peut s'appliquer qu'au seul cas où les autorités répressives luxembourgeoises ont obtenu la permission, par écrit, d'utiliser

ces informations à ces fins. C'est dans ce cas unique que les informations peuvent être utilisées de la même manière que celles obtenues par voie d'entraide judiciaire ainsi que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 4 du projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 mai 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker