

N° 5356¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

**AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR
LA PROTECTION DES DONNEES**

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS AVEC LE PARLEMENT
AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(19.11.2004)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre de la Justice, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe l'avis de la Commission Nationale pour la Protection des Données sur le projet de loi sous rubrique.

Par ailleurs, je tiens aussi à vous signaler qu'une erreur matérielle s'est glissée dans le texte du commentaire des articles du projet de loi: au sujet du dernier mot du commentaire de l'article 13, il y a lieu de lire „condamnés“ au lieu de „criminalistique“.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour la Secrétaire d'Etat
aux Relations avec le Parlement,*

Daniel ANDRICH
Conseiller de Gouvernement Ire classe

*

**AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR
LA PROTECTION DES DONNEES**

Conformément à l'article 32, paragraphe 3, lettre (e) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, la Commission nationale pour la protection des données a entre autres pour mission d'„être demandée en son avis sur tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi“.

C'est dans cette optique, et faisant suite à la demande lui adressée par courrier du 26 mai 2004 de Monsieur le Ministre de la Justice, que la Commission nationale entend présenter ci-après plusieurs observations, réflexions et commentaires sur le projet de loi No 5356 relatif aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle.

*

I. CONSIDERATIONS GENERALES

A) Objectif légitime mais nécessité d'une approche modérée entourée de garanties appropriées

La mise en place de banques de données rassemblant les empreintes génétiques de personnes convaincues de crimes et délits graves a fait l'objet au cours des dernières années d'initiatives législatives dans la plupart de nos pays voisins.

L'empreinte génétique est désormais considérée comme un moyen nécessaire contribuant à élucider les infractions pénales et à en identifier les auteurs.

Limité dans une première phase aux infractions d'ordre sexuel, cet instrument nouveau dans la lutte contre la criminalité a tendance à être étendu à un vaste catalogue d'infractions. L'évolution législative dans les autres pays va dans le sens que le traitement de données génétiques n'est plus limité dorénavant aux malfaiteurs condamnés mais a été étendu progressivement aux personnes soupçonnées, aux victimes, voire à d'autres tiers.

Sans mettre en doute la nécessité pour le législateur luxembourgeois d'instaurer une base juridique pour ce type de données dans le domaine pénal, la commission nationale tient à faire appel au législateur de faire preuve d'une grande prudence à l'égard de la constitution de fichiers d'empreintes génétiques qui par nature présentent des risques d'atteinte graves aux libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et notamment à leur vie privée.

Conscient du caractère particulièrement sensible des données génétiques, le législateur luxembourgeois a instauré dans la loi du 2 août 2002 un régime très restrictif pour le traitement de cette catégorie particulière de données (cf. article 6 paragraphes 3 et 4 de la loi du 2 août 2002).

En effet, il résulte des travaux parlementaires (projet de loi No 4735) que „*l'article 6 paragraphe 4 de la loi traite des données génétiques pour les soumettre à un régime particulier. Ce régime est plus restrictif que celui des catégories particulières de données, dites données sensibles visées au paragraphe (1) dans la mesure où le traitement de données génétiques n'est possible que dans certains cas bien précis à savoir:*

- *le traitement est nécessaire à la sauvegarde de la vie de la personne concernée ou d'une autre personne, dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique (inclut l'incapacité psychique) ou juridique de donner son consentement; soit*
- *le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice dès lors qu'il est effectué à cette fin exclusive. Le traitement de données génétiques est encore possible:*
- *dans le cadre de la réalisation de motifs d'intérêts publics importants, comme ceux de la recherche scientifique, historique, des statistiques publiques;*
- *dans les hypothèses visées à l'article 17 de la loi (v. nécessité pour la défense, la sûreté de la sécurité publique, activité pénale);*
- ***dans le cadre des articles 6 (3) et 7;***
- *lorsque le traitement s'appuie sur le consentement de la personne concernée s'il a pour finalité la santé ou la recherche scientifique. Une telle analyse est reprise dans le rapport de Monsieur Guy Braibant (op. cit.). On reprend ici la réserve de l'indisponibilité du corps humain.*

L'optique de l'article 6 paragraphe (4) est de limiter a priori au maximum une matière dont les découvertes ne cessent de progresser mais qui à l'heure actuelle ne permet pas encore suffisamment de recul. D'autres textes comme la réglementation européenne sur la brevetabilité du génome viendront probablement interférer. (cf. document parlementaire 4735, pp. 33 et 34).

Le projet sous avis devrait à son tour refléter la même prudence et veiller à entourer le régime mis en place de mesures de sauvegarde et de garanties appropriées.

B) La structure générale du projet de loi

1) *Loi autonome et nouvelles dispositions du code d'instruction criminelle*

A l'examen du projet sous avis, l'option retenue par les auteurs du projet consiste, d'une part, à insérer de nouvelles dispositions à différents endroits du Code d'instruction criminelle et, d'autre part, de fixer certaines règles par une loi autonome.

Il ressort du commentaire des articles que „*quoi qu'il soit peu usuel que des dispositions du Code d'instruction criminelle soient accompagnées et complétées par une loi autonome, la complexité technique de la matière ADN ainsi que la sensibilité de la question du traitement des données y afférentes justifient cette façon de procéder*“ (cf. document parlementaire 5356, p. 12).

La Commission nationale aimerait d'abord relever que l'agencement du projet sous avis va à l'encontre du choix du législateur de faire régir la matière de la protection des données à caractère personnel par une loi-cadre, à savoir celle du 2 août 2002.

Dans un souci de clarté il aurait été préférable d'insérer les dispositions relatives aux empreintes génétiques, du moins celles faisant partie de ladite „loi autonome“, c'est-à-dire celles contenues aux articles 1 à 15 du projet sous avis, dans la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après la loi du 2 août 2002).

Cette approche permettrait une plus grande lisibilité quant à l'articulation des nouvelles dispositions avec celles d'ores et déjà contenues dans la loi du 2 août 2002, en particulier celles relatives aux données judiciaires et aux données génétiques.

L'option retenue par le projet sous avis d'élaborer une loi autonome rendra une lecture harmonieuse des dispositions afférentes moins évidente, voire risquée de conduire à des contrariétés de texte ou à des difficultés d'interprétation.

2) *Le projet sous avis et son positionnement par rapport à la loi-cadre du 2 août 2002*

Le projet sous avis innove en ce qu'il instituera un cadre légal autonome en sus de la loi-cadre du 2 août 2002.

Ne serait-il pas dès lors approprié de préciser dans quelle mesure le projet sous avis entend le cas échéant déroger aux principes établis par la loi du 2 août 2002?

Certes, il résulte indubitablement du projet sous avis opérant plusieurs renvois à la loi du 2 août 2002 (cf. articles 4 et 8 du projet) ainsi que de l'exposé des motifs (cf. document parlementaire 5356, p. 11) que la loi-cadre a vocation à s'appliquer au projet sous avis.

Le projet de loi est toutefois muet sur l'étendue de son champ d'application. En l'absence d'un renvoi général à la loi du 2 août 2002, faut-il en déduire que cette loi s'applique dans toute sa teneur, ou faut-il en dépit de son silence considérer que le nouveau texte y déroge de façon implicite sur certains points.

Aux termes de l'article 3 paragraphe (3) de la loi du 2 août 2002 ladite loi-cadre s'applique aux traitements de données concernant la sécurité publique, la défense, la recherche et la poursuite d'infractions pénales ou la sûreté de l'Etat, même liées à un intérêt économique ou financier important de l'Etat, sans préjudice des dispositions spécifiques de droit national ou international régissant ces domaines.

Comme il ressort de l'exposé des motifs ayant conduit à la loi du 2 août 2002 (document parlementaire 4735, p. 83), le législateur a en effet opté pour un champ d'application large qui s'étend également aux personnes morales et inclut les domaines de la défense, de la sécurité publique et de la sûreté de l'Etat ainsi que les activités liées au droit pénal en vue d'instaurer un régime juridique unifié capable d'offrir un niveau de sécurité juridique approprié aux personnes concernées.

L'inclusion des quatre matières susvisées (méthode adoptée également par la loi portugaise et en partie par la loi belge) est permise par la Directive 95/46/CE et a été retenu par le législateur luxembourgeois notamment parce qu'elle présente les avantages suivants:

- clarification et unification du régime juridique de la protection des données tout en autorisant l'Etat à prévoir les limitations et dérogations nécessaires à l'exercice de la puissance publique. Certaines limitations et dérogations sont d'ores et déjà comprises dans le projet de loi. ... Les limitations et

dérogations prévues par les lois actuellement en vigueur joueront entièrement, dès lors qu'elles touchent aux personnes morales, à la défense, la sécurité publique, la sûreté et aux activités liées au droit pénal. De plus, des lois spéciales pourront à l'avenir édicter de telles limitations et dérogations.

- modifications légères des règlements grand-ducaux existants en la matière ...

Les principes du droit relatif à la protection des données s'appliquent donc en règle générale également dans les quatre matières susvisées alors même que la directive 95/46/CE (du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) a exclu de son champ d'application les traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat (y compris le bien-être économique de l'Etat lorsque ces traitements sont liés à des questions de sûreté de l'Etat) et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal.

Des dérogations aux règles de la loi du 2 août 2002 dans ces domaines, notamment celui des activités de l'Etat liées au droit pénal, sont certes possibles mais devront prendre la forme de dispositions légales et constitueront toujours des exceptions qui seront d'interprétation stricte.

Relevons encore que l'article 13 de la directive 95/46/CE prévoit que les mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus à l'article 6 paragraphe 1, à l'article 10, à l'article 11 paragraphe 1 et aux articles 12 et 21 ne peuvent être prises par les Etats membres que lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder:

- a) la sûreté de l'Etat;
- b) la défense;
- c) la sécurité publique;
- d) la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou de manquements à la déontologie dans le cas des professions réglementées.

C) Le prélèvement de cellules humaines exercé sous contrainte physique

Selon le commentaire des articles, en vertu du principe dit de la proportionnalité, il y a lieu de veiller à maintenir l'équilibre entre, d'une part, la gravité de l'intervention sur le corps humain et, d'autre part, les intérêts collectifs et privés en jeu. Il en découle notamment que des prélèvements de cellules humaines ne sauraient être imposés dans le cadre de la poursuite d'infractions mineures.

D'après les auteurs du texte, le principe de proportionnalité a été respecté dans le cadre du présent projet au motif que les dispositions permettant un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique prévoient que ce prélèvement ne peut être effectué que si les faits en cause sont punis d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins deux ans (cf. art. 48-5 paragraphe 3 et 48-8 point 3 ayant trait à l'article 40 deuxième phrase du Code d'instruction criminelle).

Toujours suivant le commentaire des articles, le législateur belge a résolu ce problème en 1999 en retenant la même solution que celle préconisée par le projet sous examen en prévoyant dans le cadre de la loi du 22 mars 1999 la possibilité du prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique (cf. document parlementaire 5356, pp. 13 et 14).

Dans ce contexte, la Commission nationale entend exprimer les observations suivantes:

- 1) S'il est vrai que le législateur belge a en définitive retenu que l'accord de l'intéressé n'est pas requis pour l'exécution de la mesure, toujours est-il que le recours au système du seuil de la peine (dont s'est inspiré le projet sous avis) est sensiblement différent au Luxembourg.

Contrairement au projet sous avis qui prévoit une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins deux ans comme seuil minimum permettant le prélèvement contre la volonté de l'intéressé, l'article 3 de la loi belge ne l'impose que dans le cadre de la poursuite d'infractions plus lourdes en partant d'un seuil d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

- 2) Le même constat vaut pour la France où l'article 706-56, paragraphe I, cinquième alinéa, du code de procédure pénale français prévoit un seuil encore plus élevé, „lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République.“

Le projet sous avis dépasse donc de loin les seuils de peines retenus par nos pays voisins.

S'agissant des cas où le prélèvement pourra être opéré contre la volonté des personnes concernées, les principes de nécessité et de proportionnalité doivent être appliqués avec d'autant plus de rigueur.

La Commission nationale estime dès lors que le projet sous avis devrait davantage s'inspirer du choix opéré par le législateur belge, voire par le législateur français, qui ont adopté tous les deux une démarche plus modérée pour tempérer le droit fondamental du respect de l'intégrité physique humaine.

D) La surveillance par une autorité de contrôle?

1) *Le procureur général d'Etat: responsable du traitement*

Selon le commentaire des articles ayant trait à l'article 6 paragraphe 1er du projet sous avis, „l'autorité la plus appropriée pour être désignée comme **responsable du traitement des données en cause est le procureur général d'Etat** alors que les données en cause sont des **données „judiciaires“** au sens de la loi du 2 août 2002 précitée“ (cf. document parlementaire 5356, p. 19).

Conformément à l'article 2 lettre (o) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, le „responsable du traitement“ est défini comme étant „la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, **détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel**. Lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par ou en vertu des dispositions légales, le responsable du traitement est déterminé par ou en vertu des critères spécifiques conformément aux dispositions légales“.

Il résulte des travaux parlementaires (projet de loi No 4735) que la définition du responsable du traitement désigne „la personne **responsable des choix qui président à la définition et à la mise en oeuvre des traitements**. Ces choix sont relatifs aux finalités et aux moyens utilisés. Si différentes personnes ou autorités déterminent conjointement ces éléments, elles seront chacune considérées comme responsables“ (cf. document parlementaire No 4735, p. 26). Ainsi, „le responsable du traitement dispose du **pouvoir décisionnel** pour déterminer les finalités poursuivies par un traitement et les moyens à mettre en œuvre en vue de ce traitement. Il se distingue ainsi du sous-traitant chargé de l'exécution matérielle de tout ou partie du traitement“ (cf. document parlementaire No 4735¹³, p. 6).

2) *Le recours juridictionnel et l'absence d'une autorité de contrôle indépendante*

Concernant l'article 15 du projet sous avis, l'on lit dans le commentaire des articles que „cet article vise à conférer une voie de recours aux personnes invoquant la nullité d'un acte posé dans le cadre de la gestion générale des traitements de données ADN criminalistique et condamnés effectuée sous la responsabilité du procureur général d'Etat“ et que „l'insertion de cette disposition s'impose principalement par le fait que le responsable de ces traitements de données est le procureur général d'Etat et que la **mission de contrôle du responsable de ces traitements ne saurait être exercée par la commission nationale pour la protection des données, instaurée par les articles 32 et suivants de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel**“ (cf. document parlementaire 5356, p. 27).

D'après le commentaire des articles, c'est en raison du fait que les données en cause sont des données „judiciaires“ au sens de la loi du 2 août 2002 qu'il paraît justifié de désigner le procureur général d'Etat „comme responsable des traitements de données ADN qui ne permettent guère de soumettre le procureur général d'Etat à la surveillance de cette commission **qui est une autorité administrative ne relevant de surcroît pas de la personnalité morale de l'Etat**“ (cf. document parlementaire 5356, p. 27).

a) La motivation donnée par les auteurs du projet pour faire échapper le procureur général d'Etat à la surveillance de la Commission nationale consistant à dire que cette dernière constitue „une autorité administrative ne relevant de surcroît pas de la personnalité morale de l'Etat“ est difficilement compréhensible pour la Commission nationale, puisque sa création comme autorité de contrôle indépendante, tant vis-à-vis des acteurs du secteur privé que du secteur public, était une des exigences-

clés de la directive 95/46/CE pour assurer une meilleure protection des droits des personnes concernées.

En effet, aux termes de l'article 28 paragraphe 1er de la directive 95/56/CE „*Chaque Etat membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les Etats membres en application de la présente directive. Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies.*“

Aux yeux de la Commission nationale, une telle motivation ne constitue guère un argument pertinent pour ne pas soumettre le traitement opéré sous la responsabilité du procureur général d'Etat – mais qui en pratique sera pour l'essentiel effectué par la police grand-ducale pour son compte – à la surveillance d'une autorité de contrôle en matière de protection de la vie privée et des données personnelles.

Elle estime que le seul motif qui puisse tout au plus valablement justifier ce choix est celui de la séparation des pouvoirs qui interdit qu'une autorité administrative puisse contrôler le troisième pouvoir (à savoir le pouvoir judiciaire) qui est indépendant.

Concernant le traitement de données judiciaires (article 8 de la loi du 2 août 2002), il est intéressant de citer dans ce contexte un extrait de l'avis du Procureur général d'Etat émis à l'occasion du projet de loi No 4735 qui s'est également posé la question au sujet des responsabilités respectives des autorités judiciaires et de la Commission nationale:

„Il faudrait également préciser les responsabilités respectives des autorités judiciaires qui créent et gèrent les traitements en cause et de la Commission nationale. Pour les traitements de données relatives à des affaires en cours, notamment en matière pénale, on peut sérieusement s'interroger sur un contrôle exercé par la Commission nationale et sur un accès indirect au profit des personnes visées.“ (cf. document parlementaire No 4735², p. 2, document retiré par la suite à la demande de Monsieur le Ministre délégué aux Communications).

- b) L'article 8 paragraphe 5 de la directive prévoit que „*Le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve des dérogations qui peuvent être accordées par l'Etat membre sur la base de dispositions nationales prévoyant des garanties appropriées et spécifiques. Toutefois, un recueil exhaustif des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique.*“

Le législateur luxembourgeois a créé lors de la transposition de la directive deux autorités de contrôle en matière de protection des données, l'une ayant une compétence générale que l'on pourrait qualifier de droit commun, c'est-à-dire la Commission nationale instituée en vertu de l'article 34 de la loi du 2 août 2002, l'autre ayant une mission spécifique à remplir consistant à surveiller les „données de police“ visées à l'article 17 de la loi, en l'occurrence l'autorité de contrôle instaurée sur base de l'article 17 de la loi du 2 août 2002.

Si la mission de surveillance de l'autorité de contrôle prévue à l'article 17 de la loi est strictement cantonnée aux traitements édictés à l'article 17, la Commission nationale a vocation générale pour toutes les autres matières régies par la loi-cadre.

Le projet sous avis prévoit seul un recours juridictionnel individuel de la part de la personne concernée (cf. article 15 du projet).

Or, il paraît inconcevable qu'un régime légal puisse être institué pour des données génétiques par nature hautement sensibles dont le traitement est particulièrement invasif pour la vie privée de la personne concernée, sans que le traitement envisagé soit soumis à une surveillance efficace de la part d'une autorité de contrôle indépendante qui puisse agir de sa propre initiative, indépendamment des droits individuels conférés par ailleurs à la personne concernée.

- c) Dans ce contexte, il est encore intéressant de relever que l'article R53-17 du code de procédure pénale français fait expressément état, à côté des pouvoirs réservés au magistrat compétent, des pouvoirs conférés à la CNIL, soit l'autorité de contrôle en matière de protection des données:

„Le magistrat mentionné à l'article R. 53-16 et, à sa demande, les membres du comité prévu au même article disposent d'un accès permanent au fichier et au lieu où se trouve celui-ci.

L'autorité gestionnaire du fichier lui adresse un rapport annuel d'activité ainsi que, sur sa demande, toutes informations relatives au fichier.

Ce magistrat peut ordonner toutes mesures nécessaires à l'exercice de son contrôle, telles que saisies ou copies d'informations, ainsi que l'effacement d'enregistrements illicites.

Les pouvoirs qui lui sont confiés s'exercent sans préjudice du contrôle exercé par la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application des dispositions et selon les modalités prévues par l'article 21 de la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

E) Droits de la personne concernée

Dans ce contexte, se pose également la question relative aux droits de la personne concernée (droit à l'information, droit d'accès et droit d'opposition), inscrits aux articles 26 et suivants de la loi du 2 août 2002.

1) Le droit à l'information

Le droit à l'information de la personne concernée est consacré dans une hypothèse bien déterminée, prévue à l'article 16 du projet sous avis relatif au nouvel article 48-5 du code d'instruction criminelle.

Il serait judicieux de préciser que ce droit à l'information, qui constitue un élément fondamental de la protection de personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, répond aux exigences posées à l'article 26 de la loi du 2 août 2002 et comprend les informations y mentionnées.

Par ailleurs, les informations figurant dans l'accord écrit de la personne concernée au titre de l'article 48-5 paragraphe 2 du projet sous avis ne doivent pas se borner à faire un simple renvoi aux dispositions légales en cause, notamment aux articles 48-6 paragraphes 1 à 3, mais la personne concernée doit obtenir une information sous forme lisible et intelligible conformément au vœu de la directive 95/46/CE.

Pour le surplus, les auteurs du projet sous avis semblent considérer que le droit à l'information n'est pas applicable, sans pour autant le dire expressément en renvoyant à une des exceptions prévues à l'article 27 de la loi du 2 août 2002, telle que la lettre d), alors que le paragraphe 3 de l'article 48-5 ne fait pas état du droit à l'information dans le chef des personnes sur lesquelles un prélèvement peut être effectué sous contrainte physique.

La Commission nationale s'interroge sur la nécessité de priver les personnes paraissant présenter un lien direct avec la réalisation des faits du droit à l'information, sauf dans les cas où une telle information risquerait de compromettre le succès de l'instruction pénale.

2) Le droit d'accès

Le projet sous avis garde le silence sur la manière et auprès de quelle autorité le droit d'accès peut être exercé par la personne concernée.

Si la loi du 2 août 2002 prévoit la possibilité d'écarter le droit à l'information dans certains cas, il en va autrement pour le droit d'accès.

En effet, l'article 29 de la loi du 2 août 2002 énonce que le responsable du traitement ne peut que limiter ou différer l'exercice du droit d'accès d'une personne concernée lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour sauvegarder certains intérêts limitativement énumérés.

Il s'ensuit qu'une exclusion totale du droit d'accès serait contraire à la loi du 2 août 2002.

La Commission nationale estime qu'en raison de la sensibilité des données collectées, ce droit fondamental appartenant à la personne concernée devrait être consacré dans le projet sous avis.

A noter que l'article R53-15 du code de procédure pénale français fait expressément référence au droit d'accès réservé à la personne concernée en prévoyant que, „*le droit d'accès prévu par l'article 34 de la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés s'exerce auprès du directeur central de la police judiciaire au ministère de l'intérieur*“.

3) Le droit d'effacement

A noter que l'article 706-54 du code de procédure pénale français (partie législative) octroie en plus un droit d'effacement à certaines catégories de personnes concernées:

„Les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. Ces empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande; s'il n'a pas ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction.“

Par ailleurs, l'article R53-13-1 du code de procédure pénale français accorde un droit d'effacement à d'autres catégories de personnes concernées:

„Le procureur de la République compétent pour, en application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 706-54, ordonner d'office ou à la demande de l'intéressé l'effacement de l'enregistrement d'un résultat mentionné au 2° du I de l'article R. 53-10 est celui de la juridiction dans le ressort de laquelle a été menée la procédure ayant donné lieu à cet enregistrement.

La demande d'effacement prévue par le deuxième alinéa de l'article 706-54 doit, à peine d'irrecevabilité, être adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe. Cette demande est directement adressée au procureur de la République mentionné à l'alinéa précédent. Elle peut également être adressée au procureur de la République du domicile de l'intéressé, qui la transmet au procureur de la République compétent.

Le procureur de la République compétent fait droit à la demande d'effacement lorsqu'elle est présentée par une personne mentionnée au 5° de l'article R. 53-10.“

Suivant le point 5° de l'article R. 53-10 du code de procédure pénale français, il s'agit „5° des échantillons biologiques prélevés, avec leur accord, sur les ascendants et descendants d'une personne disparue, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4.“

La Commission nationale estime que pareil droit d'effacement devrait également être introduit dans le projet de loi sous avis, puisqu'un aspect de la proportionnalité réside précisément dans une durée de conservation proportionnée à la finalité poursuivie (cf. article 4 paragraphe 1er lettre d) de la loi du 2 août 2002).

Dans ce même ordre d'idées, il y a lieu de se rapporter à nos commentaires afférents au sujet de l'article 10 du projet sous avis.

4) Le droit de rectification

Aux termes de l'article 4 paragraphe 1er lettre c) de la loi du 2 août 2002, le responsable du traitement doit s'assurer que les données qu'il traite sont exactes et, si nécessaire, mises à jour; toute mesure raisonnable doit être prise pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées.

La Commission nationale préconise de compléter le projet sous avis par l'introduction d'un tel droit de rectification dont l'attribution à la personne concernée s'impose comme dans les situations de droit commun et même davantage dans la mesure où la catégorie particulière de données collectée peut engendrer des répercussions négatives, voire infamantes pour la vie privée des personnes fichées.

A noter qu'en vertu de l'article 29 paragraphe 4 de la loi du 2 août 2002, „en cas de limitation de l'exercice du droit d'accès de la personne concernée, le droit d'accès est exercé par la Commission nationale qui dispose d'un pouvoir d'investigation en la matière et qui fait opérer la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente loi. La Commission nationale peut communiquer à la personne concernée le résultat de ses investigations, sans toutefois mettre en danger la ou les finalités des traitements en question.“

F) Sécurité des traitements

- 1) „S’agissant des **mesures de sécurité particulièrement impérieuses** qui doivent entourer un fichier de cette nature, seuls des fonctionnaires de la sous-direction de la police technique et scientifique du ministère de l’Intérieur et les personnels de l’Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie nationale, spécialement habilités et affectés au service mettant en œuvre le traitement, pourront procéder aux opérations de rapprochement entre une empreinte génétique résultant de l’analyse effectuée dans le cadre d’une recherche criminelle pour l’une des infractions sexuelles visées par l’article 706-47 du code pénal et les empreintes enregistrées dans le fichier, une traçabilité des consultations par suivi informatique étant bien évidemment mise en place. Enfin, dans le souci d’éviter toute erreur dans la saisie de la série de chiffres qui constitue l’empreinte génétique, **une double saisie sera effectuée** par deux opérateurs distincts avant tout enregistrement au fichier national.“ (cf. 20e rapport d’activité pour l’année 1999 de la CNIL, le fichier national des empreintes génétiques, p. 35).

„L’article 5 vise également à assurer **la protection et la confidentialité des traitements** de données ADN. En effet, il ne saurait être admis que ces données puissent être consultées sans motif ou pour des motifs non liés à la poursuite d’une infraction. Dans cet ordre d’idées, les informations visées par cet article doivent être enregistrées lors de chaque consultation ou comparaison, afin de pouvoir retracer quand, par qui et pour quels motifs un profil d’ADN a fait l’objet d’un traitement.“ (cf. document parlementaire 5356, p. 18).

S’il est vrai que les mesures envisagées à l’article 5 du projet contribueront à assurer une meilleure sécurité des traitements, il n’en demeure pas moins qu’aux yeux de la Commission nationale elles s’avèrent insuffisantes pour satisfaire aux conditions édictées au chapitre V de la loi du 2 août 2002 relatif à la confidentialité et à la sécurité des traitements.

Le projet sous avis devrait comporter des dispositions spécifiques au sujet des mesures de sécurité particulières à prendre par le responsable du traitement, en l’occurrence le procureur général d’Etat. Conformément à l’article 22 paragraphe 1er de la loi du 2 août 2002, le responsable du traitement doit mettre en œuvre toutes les mesures techniques et l’organisation appropriées pour assurer la protection des données qu’il traite contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l’altération, la diffusion ou l’accès non autorisés, notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite.

- 2) La Commission nationale aimerait encore attirer l’attention aux sources potentielles d’erreurs et à l’assurance qualité à assurer dans le domaine de l’expertise d’ADN en droit criminel en se référant à un extrait d’un article intitulé „L’EXPERTISE D’ADN EN DROIT CRIMINEL: CE QU’IL FAUT SAVOIR“ de Danielle Desmarais, Ph.D., Dr Lambert Busque, MD., FRCPC (professeur agrégé de médecine, Université de Montréal et président de PROADN Diagnostic inc., en collaboration avec Danielle Desmarais, Ph.D., directrice scientifique, PRO-ADN Diagnostic inc.):

„Lorsque l’analyse d’ADN est réalisée dans des conditions optimales, elle permet une identification des plus fiable et des plus précise. Cependant, comme dans toutes techniques sophistiquées exigeant de longues et complexes manipulations, l’erreur humaine ou technique est possible. Il importe donc de s’assurer que les normes préventives, les protocoles rigoureux et les contrôles de qualité sont respectés par tous les intervenants, que ce soit au niveau de la cueillette des échantillons, de la préparation de l’ADN, de l’analyse proprement dite et de l’interprétation des résultats.“

Tableau II – Sources potentielles d’erreurs

1. Echantillonnage

Source	Lieu	Intervenant
Collecte de spécimens	Scène du crime	Policier, enquêteur
Préparation des spécimens	Laboratoire	Technicien
Procédure d’analyse	Laboratoire	Technicien, expert, équipement
Interprétation des résultats	Laboratoire	Expert
Calcul des probabilités	Laboratoire	Expert

Une chaîne de possession claire et bien documentée doit être maintenue dès la cueillette des échantillons. Les échantillons doivent être manipulés, analysés et conservés de manière à les protéger contre la perte, les changements néfastes et les risques de contamination. A cause de sa très grande sensibilité, la technique PCR est sensible à la contamination par des sources d'ADN extérieures, comme l'ADN du manipulateur (policier et technicien de laboratoire) ou l'échange de matériel génétique d'un prélèvement à un autre. Ainsi, chaque évidence biologique ou échantillon d'ADN devrait être subdivisé afin d'en conserver une portion non manipulée, pour des fins de contre-expertise si cela s'avère nécessaire.

2. Procédure analytique

Toutes les étapes de la procédure d'analyse doivent être contrôlées et documentées de façon rigoureuse. De multiples systèmes de contrôle de qualité doivent être mis en place afin de détecter les problèmes techniques (équipements, réactifs), de contamination (contrôles expérimentaux) et ceux relatifs à la qualité de l'ADN. Toutes ces mesures permettent d'assurer l'exactitude des résultats. De plus, l'expert doit être en mesure de faire les choix qui s'imposent autant au niveau des techniques à utiliser (RFLP vs PCR) que des méthodes de travail afin de ne pas détruire la preuve et de maximiser les chances de réussite.

3. Interprétation des résultats

L'interprétation des résultats est une étape importante qui demande beaucoup de rigueur scientifique et une expérience certaine. Elle doit se faire en tenant compte des limites technologiques et scientifiques ainsi que des contrôles de qualité. De façon inconsciente ou consciente, l'interprétation des résultats peut être biaisée, soit à cause des artefacts (quantité ou qualité de l'ADN sous-optimale), soit à cause d'une fausse association en raison de la présence de contributeurs multiples dans l'échantillon, soit à cause de la sélection de résultats en voulant écarter un résultat discordant ou disculpant ou en mettant de côté certaines évidences biologiques. Il faut donc être prudent face au manque d'objectivité car des conclusions prématurées pourraient avoir des conséquences graves.

4. Calcul des probabilités

Les calculs des probabilités sont basés sur des concepts génétiques complexes qui doivent être bien maîtrisés par l'expert. A cet effet, les calculs varient selon que le profil génétique, à un locus particulier, est hétérozygote (Aa), homozygote (AA, aa) ou mixte (plusieurs contributeurs). Afin, de ne pas évaluer de façon erronée la probabilité d'une concordance positive entre deux profils génétiques, une grande précaution demeure de rigueur, principalement lorsqu'il s'agit d'échantillons à contributeurs multiples. De plus, l'analyse statistique n'aura une signification que si on utilise des bases de données pertinentes.

*

II. LES DISPOSITIONS ESSENTIELLES DU PROJET DE LOI SOUS AVIS

Les dispositions essentielles du projet de loi sous avis qui soulèvent des questions relatives à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel sont les suivantes:

A) Article 3: l'expert chargé de l'établissement du profil d'ADN

Il résulte du commentaire des articles que „*Plusieurs raisons font en effet qu'il y a lieu de s'inspirer de ces textes: tout d'abord, les méthodes d'analyses utilisées dans divers pays européens se font selon les mêmes procédures techniques et beaucoup d'analyses de cellules humaines prélevées au Luxembourg, surtout à l'heure actuelle et certainement encore dans une première phase après l'entrée en vigueur de la présente loi, seront exécutées dans les laboratoires des pays voisins, de sorte que la reprise des principes élémentaires en usage dans ces pays facilitera cette pratique.*“ (cf. document parlementaire 5356, p. 16).

Si l'article 3 introduit certaines règles élémentaires concernant la procédure d'analyse dans le but d'assurer la plus grande qualité possible des profils d'ADN établis, toujours est-il que cet article passe sous silence les qualités auxquelles doit répondre l'expert y chargé de procéder à l'établissement du profil d'ADN.

Contrairement au projet sous avis, l'article 2 de la loi belge du 22 mars 1999 prévoit la désignation d'un expert „attaché à un laboratoire agréé par le Roi“ et l'article 7 dispose encore qu'un règlement détermine les „modalités relatives à l'agrément des laboratoires et à la possibilité de requérir des laboratoires étrangers“ et fixe les garanties particulières en matière de confidentialité et de protection des données à caractère personnel.

Il conviendrait dès lors de préciser si l'expert visé est un expert assermenté choisi sur la liste officielle des experts judiciaires, voire d'entourer sa désignation de garanties appropriées en raison des données traitées en cause, par nature très sensibles.

B) Article 4: un profil ADN constitue-t-il une donnée à caractère personnel?

1) La notion de donnée à caractère personnel

a) Une donnée personnelle est une information permettant d'identifier ou rendant identifiable la personne concernée par cette donnée.

D'après le considérant 26 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données:

„Les principes de la protection doivent s'appliquer à toute information concernant une personne identifiée ou identifiable; que, pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en oeuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne ...“

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a récemment rappelé lors d'une Recommandation adoptée le 18 septembre 2002, lors de la 808e réunion des Délégués des Ministres Rec (2002)9 et relative à la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance (CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec (2002)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance (http://cm.coe.int/stst/F/Public/2002/adopted_texts/recommendations/f2002r9.htm) que:

„a. L'expression „données à caractère personnel“ englobe toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable („personne concernée“). Une personne physique n'est pas considérée comme „identifiable“ si cette identification nécessite des délais et des activités déraisonnables.“

Il s'ensuit qu'une personne est identifiable si des moyens raisonnables suffisent. Ces moyens peuvent être utilisés tant par la personne qui traite ces informations que par un tiers. La qualification de moyen raisonnable doit être mise en perspective avec les moyens technologiques de plus en plus poussés à disposition des personnes qui traitent des informations. Il appartient naturellement aux autorités de contrôle de définir la limite du moyen raisonnable.

L'article 2 a) de la Directive 95/46/CE, tout en reprenant l'essentiel du considérant 26 ajoute une présomption:

„Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) „données à caractère personnel“: toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale;“

De plus, est présumée identifiable, la personne se rattachant à un numéro d'identification ou à une ou plusieurs informations propres à son identité.

Cette présomption est reprise dans la loi du 2 août 2002 et amplifiée puisqu'on y fait aussi référence aux informations génétiques. Cet ajout se justifie, tout d'abord parce que le patrimoine génétique est un élément propre de chaque individu, ensuite, parce que la loi intègre la question des données génétiques ce que ne fait pas spécifiquement la directive 95/46/CE (sans pour autant les exclure).

Aux termes de la lettre (e) de l'article 2 de la loi, la „donnée à caractère personnel“ est définie comme étant „toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support,

y compris le son et l'image, concernant une personne identifiée ou identifiable („personne concernée“); une personne physique ou morale est réputée identifiable si elle peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique“.

Enfin, la loi luxembourgeoise, ajoute une présomption de caractère propre pour les données génétiques.

En résumé, une donnée est à caractère personnel si quelqu'un peut, par l'utilisation de moyens raisonnables et appropriés identifier la personne qui se cache derrière cette donnée. Elle sera réputée à caractère personnel si elle fait référence à son numéro d'identification ou à un caractère propre de la personne (physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale).

A noter que la donnée génétique a été définie à l'article 2, lettre g), de la loi du 2 août 2002 comme étant „toute donnée concernant les caractères héréditaires d'un individu ou d'un groupe d'individus apparentés“, et que la lettre f) de l'article 2 ajoute que la „donnée relative à la santé“ vise toute information concernant l'état physique et mental d'une personne concernée, y compris les données génétiques.

La définition de la „donnée génétique“ (art. 6 (1) (b)) en question est reprise de la Recommandation No R (97) 5 du 13 février 1997 du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection des données médicales. La définition précise, que la donnée génétique „se réfère également à toute donnée portant sur l'échange de toute information génétique (gènes) concernant un individu ou une lignée génétique, en rapport avec les aspects, quels qu'ils soient, de la santé ou d'une maladie, qu'elle constitue ou non un caractère identifiable“, la lignée génétique étant considérée comme la lignée „constituée par des similitudes génétiques résultant d'une procréation et partagées par deux ou plusieurs individus“.“ (cf. document parlementaire 4735, p. 32).

Cependant, d'après les travaux parlementaires, toute donnée génétique quel que soit son caractère scientifique n'est pas nécessairement relative à la santé. Par exemple le gène récessif ou dominant déterminant la couleur des cheveux ou celui déterminant leur nombre ne pourra pas a priori être classé dans la catégorie des données relatives à la santé de la personne concernée. Ceci justifie la distinction entre ces deux notions tant au niveau des définitions que dans la structure des articles 6 et 7 de la loi. (cf. document parlementaire 4735, p. 94).

- b) Il ressort encore des travaux parlementaires (projet de loi No 4735) que les auteurs Marie-Hélène Boulanger, Cécile de Terwangne, Thierry Léonard, Sophie Louveaux, Damien Moreau et Yves Pouillet, dans leur dossier „La protection des données à caractère personnel en droit communautaire“, paru dans le Journal des Tribunaux – Droit européen, juin 1997, considèrent que „**dès lors que, techniquement, in abstracto, un moyen existe de rendre les personnes concernées identifiables, elles sont réputées telles par la définition. Le caractère identifiable apparaît alors comme relatif eu égard aux possibilités d'identification du ou des responsables**“ [du traitement]. „Il revient (...) à la personne qui traite les données et qui considère ne pas devoir respecter les principes protecteurs, de rapporter la preuve du caractère anonyme de celles-ci dans son chef; en présentant toute garantie utile quant à la conservation du caractère anonyme des données (...)“ (cf. document parlementaire 4735, p. 25).
- c) Reproduisons dans ce contexte en outre un extrait du document de travail sur les données génétiques du groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel („groupe 29“) dans le cadre du WP 91 1/97, adopté par le groupe le 17 mars 2004 (voir sous le hyperlien http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_fr.pdf

„Il ne fait aucun doute que les informations génétiques sont couvertes par cette définition. En effet, le lien avec une personne donnée, c'est-à-dire le fait que la personne concernée est identifiée ou identifiable, est évident dans la majorité des cas. Il reste que, dans certains cas, ce n'est pas aussi clair, comme en ce qui concerne les échantillons d'ADN prélevés sur le lieu d'un crime. **Toutefois, ce type d'échantillons est susceptible de constituer une source de données personnelles puisqu'il peut être possible d'associer des échantillons d'ADN à une personne donnée, surtout lorsque leur origine a été confirmée par un tribunal sur la base des preuves scientifiques. C'est pourquoi la réglementation en matière de données génétiques doit également examiner le statut juridique des échantillons d'ADN** (cf. p. 5 du document).“

2) Le profil ADN

D'après l'article 4 (2) du projet sous avis „Un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier.“.

La Commission nationale ne saurait partager ce point de vue. Elle se rallie sur ce point à l'avis de la Commission belge pour la protection de la vie privée rendu sur l'avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale en Belgique:

„11. Les profils ADN constituent des données à caractère personnel, même s'ils ne sont pas encore identifiés. En effet, les données à caractère personnel sont des données relatives à une personne physique identifiée ou identifiable. Chaque profil ADN peut en principe être identifié. L'identification des personnes constitue d'ailleurs la finalité explicite de ces traitements de données.

12. Dans la mesure où, dans l'état actuel de la science, aucune donnée concernant la santé ne peut être déduite à partir de segments d'ADN non codants, ces données ne constituent pas des données médicales au sens de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 (loi relative aux traitements de données à caractère personnel, ci-après LTDP). Aussi, la surveillance d'un praticien de l'art de guérir n'est-elle pas requise. Il convient toutefois de souligner que l'article 1er, alinéa 2 de la recommandation R (97) 5 inclut de manière générale les données génétiques dans les données médicales. Il n'est, en effet pas exclu qu'à terme, l'on puisse également déduire des données médicales à partir des segments d'ADN non codants.

En fonction des données complémentaires qui sont enregistrées dans les banques de données, il convient de considérer qu'il s'agit également de traitements de données judiciaires. Les données enregistrées dans la banque de données „Condamnés“, qui contient les profils ADN de personnes condamnées du chef de certaines infractions, doivent certainement être considérées comme des données judiciaires.“ (cf. avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale; Commission pour la protection de la vie privée, Belgique, Numéro: JZ985ED_1, Numéro de rôle: 17/98 du 14 mai 1998.)

C) Article 6 paragraphe 2: les interconnexions prévues par la loi

Aux termes du second paragraphe de l'article 6 du projet sous avis, „les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel, **autre que celles prévues par la présente loi.**“

La Commission nationale salue l'approche du gouvernement d'utiliser le terme „interconnexion“ dans le même sens suivant lequel il est utilisé aux articles 2 litt. (j) et 16 de la loi-cadre du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (cf. document parlementaire No 5356, p. 20).

Elle se demande toutefois, au vu du projet sous avis, quelles sont les interconnexions expressément instaurées par le projet sous avis, alors que le terme „interconnexion“ ne figure qu'à l'article 6.

S'agit-il des „comparaisons“ évoquées dans plusieurs articles (articles 5, 10, 12 et 16)? A noter que le terme „comparaison“ n'est d'ailleurs pas expressément mentionné comme une opération spécifique de traitement de données au sens de la notion de „rapprochement“ telle que visée à l'article 2 lettre s) de la loi du 2 août 2002.

Au niveau du commentaire des articles, il est écrit dans ce contexte que „dans le cadre du présent projet, le terme de „consultation“ vise plutôt la vérification ou le rapprochement d'un profil d'ADN déterminé à un autre, notamment par voie manuelle, tandis que le terme „comparaison“ vise plutôt une comparaison systématique d'un grand nombre de profils d'ADN par le biais d'un outil informatique.“ (cf. document parlementaire No 5356, p. 18).

Le projet sous avis devrait donc énumérer de façon précise quelles interconnexions il entend autoriser par voie légale, étant donné que l'article 16 de la loi du 2 août 2002 dispose en son paragraphe 1er que „l'interconnexion de données **qui n'est pas expressément prévue par un texte légal doit faire**

l'objet d'une autorisation préalable de la Commission nationale sur demande conjointe présentée par les responsables des traitements en cause“.

Au cas où une demande d'autorisation préalable ayant pour objet une interconnexion de données est introduite auprès de la Commission nationale, celle-ci doit examiner la licéité du traitement et les garanties concernant la compatibilité des finalités des traitements à interconnecter au regard du cadre légal prescrit à l'article 16 de la loi du 2 août 2002 (cf. document parlementaire No 4735⁸, p. 10; amendements adoptés par la commission des médias et des communications).

En revanche, si le législateur entend – comme en l'espèce – autoriser une interconnexion de données par une loi, il résulte des travaux parlementaires relatifs au projet de loi ayant mené à la loi du 2 août 2002 que „l'élaboration de textes législatifs ou réglementaires autorisant une interconnexion de données devraient s'inspirer de la **ratio** des dispositions de l'article 16“ (document parlementaire 4735¹³, p. 30; rapport de la commission des médias et des communications).

D) Articles 48-3 et 48-5 nouveaux du code d'instruction criminelle

Selon le commentaire des articles au sujet de l'article 48-3 nouveau du code d'instruction criminelle „La formule „... **personnes concernées par une infraction** ...“ a été choisie à dessein afin de permettre d'établir un profil d'ADN dans un large éventail de cas de figure. L'idée est de rendre possible, par exemple, d'établir les profils d'ADN de personnes qui se sont trouvées dans des conditions spatio-temporelles particulières par rapport à la commission de l'infraction (un groupe de personnes qui étaient toutes présentes peu avant la commission des faits dans l'appartement où un cadavre a été découvert, **les habitants d'un village aux bords duquel une fille a été retrouvée morte et violée**, les profils d'ADN de certains membres de la famille d'une victime disparue sont nécessaires pour établir si des cellules humaines retrouvées appartiennent à la victime en cause, etc.). (cf. document parlementaire No 5356, p. 29).

Selon le commentaire des articles, la formulation retenue à l'article 48-5 paragraphe (3) nouveau du projet „... **personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause** ...“ „est inspirée de l'article 90^{undecies} § 1^{er} du Code d'instruction criminelle belge tel que celui-ci y a été introduit par l'article 5 de la loi du 22 mars 1999 et signifie en fait que le prélèvement sous contrainte peut être effectué également sur des personnes qui ne sont pas, ou pas encore, considérées comme suspects mais qui sont néanmoins impliquées dans la genèse des faits, comme la victime, **ou une personne ayant été sur les lieux du crime peu avant sa commission**. Or, si ce principe peut faire croire à première vue à une application trop large de la technique d'ADN, elle permet cependant aussi de disculper des innocents et, surtout, d'orienter une enquête dès le début dans la bonne direction.“

Il appert que la formulation employée à l'article 48-3 paragraphe (1) „... **personnes concernées par une infraction** ...“ est distincte de celle „... **personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause** ...“ utilisée à l'article 48-5 paragraphe (3) du projet.

Quant à la première catégorie, le traitement ne sera possible qu'avec le consentement de la personne concernée, tandis que pour la seconde catégorie un prélèvement sous contrainte physique peut être effectué sur la personne concernée.

L'intention du législateur vise donc à limiter davantage les hypothèses dans lesquelles un prélèvement sous contrainte physique peut être opéré au motif qu'une „personne concernée par une infraction“ n'est pas ipso facto aussi une personne qui „paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause“.

La Commission nationale ne peut que saluer l'approche restrictive adoptée par le projet sous avis. Comme l'a relevé à juste titre la Commission belge pour la protection de la vie privée dans son avis rendu sur l'avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale en Belgique, un recensement collectif de profils ADN ne devrait être possible que sur base d'une participation volontaire de la population concernée. La Commission belge critiquait qu'une telle collecte puisse être imposée sous contrainte physique en citant justement le même exemple que celui évoqué dans le projet sous avis:

*„... dans le cadre d'une affaire locale de viol, soumettre l'ensemble de la population masculine d'un village à une analyse ADN est considéré comme étant une application **disproportionnée**.“* (cf. avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale; Commission pour la protection de la vie privée, Belgique, Numéro: JZ985ED_1, Numéro de rôle: 17/98 du 14 mai 1998.)

Tel que les deux articles susmentionnés sont rédigés, il semble que l'intention du législateur soit celle de recueillir le consentement de la population concernée en cas d'un recensement collectif de profils ADN, de sorte que sous ce rapport le principe de proportionnalité est respecté.

Pour enlever tout malentendu, il serait peut-être opportun de préciser expressément dans le projet de loi que cette formulation est à distinguer de celle retenue au niveau de l'article 48-3 „... personnes concernées par une infraction ...“.

La Commission nationale se montre toutefois préoccupée devant le risque de voir un grand nombre de personnes innocentes forcées à se soumettre à un prélèvement de leur profil ADN au titre de l'article 48-5 nouveau du code d'instruction criminelle, étant donné que la notion de „... personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause ...“ reste un critère de délimitation assez vague qui s'avérera difficile à manier par les autorités publiques lors de sa mise en oeuvre concrète.

Contrairement au projet sous avis, l'article 706-54 du code de procédure pénale français (partie législative) adopte une autre approche, plus mesurée, en énumérant limitativement les personnes dont les empreintes génétiques peuvent être centralisées dans le fichier national.

D'après le texte français, il s'agit grosso modo des cas d'ouverture suivants:

*„Le fichier national automatisé des empreintes génétiques, placé sous le contrôle d'un magistrat, est destiné à centraliser les empreintes génétiques issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques des **personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55** en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions.*

*Les empreintes génétiques **des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-51** sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. ...*

*Les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte **de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit**, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée. Le fichier prévu par le présent article contient également **les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition** prévues par les articles 74, 74-1 et 80-4 ainsi que **les empreintes génétiques correspondant ou susceptibles de correspondre aux personnes décédées ou recherchées** ...“*

Force est de constater que l'empreinte génétique de simples témoins ou d'autres personnes innocentes ne sera pas enregistrée en France.

E) Article 9 paragraphe 3: comparaison négative

*„En revanche, et l'alinéa 2 du paragraphe (3) (de l'article 9) le précise, si ces comparaisons ont été négatives, cela revient à dire que **l'intéressé n'est ni impliqué dans l'affaire en cause, ni dans une autre enquête préliminaire ou instruction préparatoire d'ailleurs**, et n'a encore jamais été condamné pour une des infractions prévues à l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle. Dans ce cas, il n'y a aucune raison qui pourrait justifier que le profil d'ADN de cette personne figure au traitement ADN criminalistique; **la conséquence en est que ce profil d'ADN ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN dans la suite, ni „criminalistique“, ni „condamnés“**“ (cf. document parlementaire No 5356, p. 21).*

La Commission nationale regrette que cet article n'indique pas à l'abri de tout doute si les profils ADN obtenus sur base volontaire à l'occasion d'un recensement collectif auprès d'une population concernée dans la mesure où la comparaison a abouti à un résultat négatif ne sont pas insérés au traitement ADN criminalistique. Elle estime que tel devrait être le cas et suggère de compléter le texte en ce sens et d'ajouter une disposition prescrivant la destruction de ces empreintes.

Il faudrait par ailleurs prévoir une disposition légale permettant à tout intéressé d'obtenir la radiation de ses propres données lorsque l'enquête pénale a établi la culpabilité d'un tiers et le coupable a été condamné en dernier ressort, ou encore mieux de prévoir un mécanisme, doté le cas échéant d'une

alerte automatique, qui procède à la suppression des empreintes lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire au regard de la finalité poursuivie.

Dans un souci d'éviter que des personnes innocentes restent fichées, le cas échéant même à leur insu ou contre leur volonté, en vue de comparaisons futures, le projet sous avis devrait clairement régler le sort de ces empreintes.

F) Articles 10 et 13: la durée de conservation des profils ADN

Aux termes de l'article 10 paragraphe (1) du projet sous avis:

„Un profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée ainsi que les informations y relatives peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique jusqu'au jour où:

- 1. la personne à laquelle il se rapporte a été acquittée, par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, pour les faits ayant donné lieu à l'établissement de son profil d'ADN;*
- 2. les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits;*
- 3. un délai de 10 ans s'est écoulé après le décès de cette personne.“*

1) La Commission nationale se doit de souligner l'importance capitale de l'article 10 pour la protection de la vie privée des personnes concernées.

D'après le commentaire des articles, *„les trois hypothèses visées par le paragraphe (1) de cet article poursuivent cependant un même but, à savoir celui de ne maintenir ces données dans le traitement ADN criminalistique **qu'aussi longtemps que ce maintien est justifié par la finalité du traitement** conformément à l'esprit et à la lettre de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.“* (cf. document parlementaire No 5356, p. 22).

S'il est vrai que l'article en question passe sous silence si les données sont conservées de la façon la plus favorable pour la personne concernée, c'est-à-dire sont effacées dès l'instant où l'une des trois hypothèses se trouve remplie, ou si ce n'est qu'à compter du moment où la dernière des trois hypothèses se trouve réunie que l'effacement définitif des données est justifié, il n'en reste pas moins que seule la première interprétation consistant à supprimer les données du traitement ADN criminalistique dès que l'une des trois hypothèses se trouve remplie serait conforme avec le principe de finalité.

Pour souligner le caractère alternatif des trois hypothèses portant effacement des données du traitement ADN criminalistique, une précision afférente au niveau de l'article 10 paragraphe 1er s'impose dès lors et qui pourrait consister à ajouter à la fin de chaque hypothèse décrite le terme „ou“.

2) Quant au premier point du premier paragraphe de l'article 10, il ressort du projet sous avis que seules les décisions judiciaires d'acquiescement peuvent déclencher la suppression du profil d'ADN du traitement ADN criminalistique; que les décisions de classement sans suites, de condamnation avec sursis, probatoire ou non, ou encore de suspension du prononcé, probatoire ou non, sont sans influence sur le maintien du profil d'ADN en cause au traitement ADN criminalistique; et que la même solution s'impose encore en cas de décision de non-lieu prononcée en application de l'article 128 du Code d'instruction criminelle alors qu'une reprise des poursuites reste possible s'il y a survenance de charges nouvelles au sens de l'article 135 du Code d'instruction criminelle. (cf. document parlementaire No 5356, p.22).

La Commission nationale voudrait exprimer ses plus grandes réserves par rapport à cette disposition du projet de loi, en particulier du maintien des données en cas de décisions de classement sans suites ou de non-lieu.

Elle estime que ces données ne sont plus pertinentes ni nécessaires au regard de la finalité poursuivie pour lesquelles elles ont été collectées et que leur conservation n'est dès lors plus justifiée, de sorte que leur effacement est de mise conformément à l'article 4 paragraphe 1er de la loi du 2 août 2002.

La Commission nationale regrette que le projet sous avis ne comporte pas de disposition impérative en ce sens à l'instar de la législation française et renvoie à ce sujet à ses observations relatives au droit d'effacement.

3) En vertu de l'article 13 du projet sous avis, un profil d'ADN et les données à caractère personnel y afférentes ne peuvent plus faire l'objet du traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Suivant le commentaire des articles, „la **réhabilitation** prévue par les articles 644 et suivants du Code d'instruction criminelle est sans influence sur le maintien des données ADN dans le traitement ADN **criminalistique**“.

D'abord, est-ce que les auteurs du projet sous avis n'ont-ils pas voulu viser ici le traitement ADN condamnés, et non pas le traitement ADN criminalistique tel que mentionné au commentaire des articles?

Quoi qu'il en soit, la Commission nationale est d'avis qu'il n'y a plus de nécessité de faire figurer une personne réhabilitée dans le traitement criminalistique, voire condamnés, étant donné que la réhabilitation qui constitue un puissant instrument de resocialisation tend justement à permettre à l'ancien condamné de vivre dans des conditions et situations de nature à éviter de nouvelles manifestations criminelles ou délictueuses, prévues par le Code pénal (cf. document parlementaire, 1975-1976, No 1718¹, cité dans „Lexique de procédure pénale de droit luxembourgeois“, Gaston VOGEL, point 864, p. 347 et s.).

L'article 657 du code d'instruction criminelle dispose entre autres que la réhabilitation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, tous les effets de la condamnation, sans préjudice des droits acquis aux tiers, notamment elle empêche que la condamnation serve de base à la récidive, fasse obstacle à la condamnation conditionnelle, ou soit mentionnée dans les extraits du casier judiciaire. L'article 658 du code d'instruction criminelle ajoute que les condamnations ... seront effacées des registres du casier judiciaire lorsque la réhabilitation légale ou judiciaire sera acquise au condamné.

Concrètement, cela revient à dire que malgré le fait que le condamné a été réhabilité et ses condamnations enlevées des registres du casier judiciaire, les empreintes génétiques de cette personne restent dans le fichier ADN créé par le présent projet de loi.

Le traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques risque ainsi de devenir au fil du temps un casier judiciaire parallèle comportant des informations qui ne figurent pas au casier judiciaire lui-même.

4) Le second paragraphe de l'article 10 du projet de loi bouleverse de fond en comble le régime d'effacement instauré par le premier paragraphe en prévoyant le maintien de ces informations au traitement ADN criminalistique „si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une **comparaison positive** en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire“.

D'après le commentaire des articles, „le paragraphe (2) de cet article apporte un **certain correctif** au paragraphe (1) en ce qu'il vise à assurer que des données ADN peuvent être maintenues au traitement ADN criminalistique lorsque la finalité de ce traitement l'exige **même si, stricto sensu, les hypothèses prévues par le paragraphe 1 se sont réalisées**“ au motif qu'il „ne faut pas oublier en effet que, d'une part, les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN criminalistique ne sont pas exclusivement ceux de suspects, prévenus ou inculpés et que, d'autre part, une personne physique peut être impliquée dans plusieurs affaires en des qualités différentes, tantôt en tant qu'auteur, tantôt en tant que victime.“ (cf. document parlementaire No 5356, p. 22).

La Commission nationale reste perplexe quant au bien-fondé d'un pareil correctif qui peut engendrer des abus en pratique, puisque d'éventuels détournements de finalité se trouveront facilités.

5) La Commission nationale fait en outre siennes les réflexions de la Commission belge pour la protection de la vie privée exprimées dans son avis concernant l'avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale en Belgique en ce qui concerne les objectifs recherchés par le législateur et sur la base de ceux-ci, les délais de conservation des profils ADN dans la banque de données „Criminalistique“.

„Si l'objectif poursuivi par le législateur consiste uniquement à identifier des traces découvertes dans le cadre d'une infraction déterminée, cet objectif est atteint lorsque les traces ont été identifiées; les profils ADN devraient dès lors être effacés de la banque de données dès que l'identification a été réalisée. Dans cette optique, il conviendrait même de qualifier de disproportionné l'enregistrement de profils ADN déjà identifiés dans la banque de données „Criminalistique“. Toutefois, si comme en l'espèce l'objectif est de disposer de suffisamment de moyens **en vue d'en-**

quêter sur des infractions futures, la conservation de traces identifiées peut se révéler importante. Dans ce cas, on crée toutefois une banque de données de suspects potentiels, avec toutes les possibilités d'abus que cela implique. (cf. avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale; Commission pour la protection de la vie privée, Belgique, Numéro: JZ985ED_1, Numéro de rôle: 17/98 du 14 mai 1998.)

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 8 octobre 2004

Gérard LOMMEL
Président

Edouard DELOSCH
Membre effectif

Pierre WEIMERSKIRCH
Membre effectif

