

N° 5356<sup>2</sup>

## 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**

\* \* \*

## SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (27.1.2005) .....	1
2) Avis du Procureur général d'Etat (14.1.2005) .....	2

\*

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS AVEC LE  
PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**  
(27.1.2005)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre de la Justice, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe *l'avis de Monsieur le Procureur Général d'Etat* sur le projet de loi sous rubrique.

Par ailleurs, Monsieur le Ministre aimerait vous informer que les propositions de modification préconisées par le Parquet Général trouvent son accord.

Veillez 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 1re classe*

\*

## **AVIS DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT**

(14.1.2005)

Par lettre du 16 décembre 2004, Monsieur le Ministre de la justice a invité le Procureur général d'Etat à formuler un avis sur le projet de loi sous rubrique et à prendre position sur l'avis de la Commission nationale pour la protection des données.

Le Parquet général voudrait axer ses observations autour de trois points:

- souligner l'importance de la technique des empreintes génétiques dans le cadre de la recherche d'auteurs d'infractions et insister sur une série d'aspects pratiques
- faire quelques observations ponctuelles d'ordre technique sur le projet de loi
- prendre position par rapport à l'avis de la Commission nationale pour la protection des données.

\*

### **A. L'IMPORTANCE DE LA TECHNIQUE ADN ET LES CONDITIONS DE SA MISE EN PRATIQUE**

Dans le procès pénal, la preuve tend à déterminer qui est l'auteur de l'infraction. Elle peut être établie par des constatations directes (des „pièces à conviction“), des témoignages, l'obtention de l'aveu ou encore par le recueil d'indices. Toutefois, il a fallu attendre l'avènement de la médecine légale et de la police scientifique (appelée aussi criminalistique) pour que cette dernière catégorie de moyens de preuve occupe une place de premier ordre dans l'enquête criminelle. Découvrir des indices, les interpréter et apprécier leur valeur implique, en effet, une technique et une compétence particulières. A noter, à cet égard, que le Luxembourg n'est pas encore doté d'un institut de médecine légale et d'une police scientifique propre à la Justice, indépendants et disposant de l'infrastructure personnelle et scientifique adéquate, mais continue à vivre d'expédients et du recours, au cas par cas, à des institutions et experts étrangers avec tous les inconvénients que cela comporte.

Comme il est relevé dans l'exposé des motifs du projet de loi sous examen, ce projet vise à renforcer les moyens de lutte contre la criminalité en conférant une base juridique adéquate à l'établissement de profils ADN.

Le principe de l'investigation génétique consiste en des analyses génétiques réalisées sur des éléments retrouvés sur la „scène“ de l'infraction ou sur des prélèvements opérés sur la victime, d'une part, et en des analyses génétiques sur des prélèvements de comparaison effectués sur le ou les auteurs présumés de l'infraction constatée, d'autre part.

L'analyse génétique fonctionne aussi bien à charge qu'à décharge. Elle est aussi bien un moyen de confondre des coupables que de disculper des innocents.

La méthode d'identification génétique dans les enquêtes pénales est de plus en plus utilisée. A défaut de compétence relative au domaine scientifique de l'analyse génétique, le parquet général n'entend pas s'appesantir sur ces aspects scientifiques. On ne saurait cependant ignorer, sans remettre en cause les acquis scientifiques, que la fiabilité de l'analyse génétique dans le domaine de l'identification „criminelle“ a fait l'objet, à une certaine époque, de critiques ou du moins de réserves basées sur l'insuffisance des méthodes employées et sur les risques d'erreur en cas de matériel prélevé „contaminé“ (affaire Castro en 1989 aux USA). Entre-temps les méthodes d'analyse génétique se sont affinées et perfectionnées, grâce au développement scientifique en ce domaine, entre autres du fait de la multiplication des marqueurs génétiques pour déterminer le profil ADN, à un point tel que la fiabilité du résultat de ces analyses, si l'ensemble du procédé a été suivi correctement, est en général estimée actuellement à près de 100% (voir le rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire par le Député Christian CABAL déposé le 7 juin 2001 à l'Assemblée nationale française).

Pour assurer que l'ensemble du procédé soit suivi correctement, il importe cependant de prendre sur le plan légal et, surtout, sur le plan pratique des dispositions de nature à garantir la fiabilité du résultat des analyses en question. Je me limiterai, à cet égard, en ce chapitre de l'avis, à développer des considérations relatives à la mise en pratique des différentes phases de l'analyse génétique en m'inspirant essentiellement du rapport d'information sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques,

déposé le 18 décembre 2002 à l'Assemblée nationale française par la Commission des finances, de l'Economie générale et du plan et présenté par le Député Marc LE FUR:

### **I. Quant aux prélèvements et à la conservation du matériel biologique**

1) L'utilisation de la technique des empreintes génétiques doit reposer sur une qualité optimale des prélèvements, car un prélèvement mal fait, s'il ne rend pas impossible l'expertise, affaiblit considérablement la fiabilité des réponses données, à part le problème des prélèvements qui n'ont pas été effectués par ignorance ou incompetence ou qui ont été rendus impossibles par l'altération des lieux de l'infraction. Les prélèvements doivent donc être effectués dans les meilleurs délais par des personnes compétentes, qualifiées à cet effet par leur profession ou, pour le moins, par une formation adéquate.

2) Il importe de répertorier les prélèvements avec exactitude, précision et de façon minutieuse.

3) La conservation et donc la préservation des prélèvements doit s'effectuer, en vue de ne pas les altérer, en des contenants et des lieux appropriés et en des conditions optimales au regard de leurs caractéristiques. Des experts étrangers qualifiés et expérimentés devraient être consultés à cet effet. Il en est de même du transport des prélèvements.

La France a installé un service central de préservation des prélèvements biologiques à l'Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie nationale à Rosny-sous-Bois.

### **II. Laboratoires d'analyse génétique**

L'Etat a le choix soit d'installer, dans le cadre d'un laboratoire de police scientifique, un laboratoire d'analyse génétique, soit de faire procéder aux analyses par des laboratoires spécialement qualifiés à cet effet.

Dans l'un comme dans l'autre cas le(s) laboratoire(s) devrai(en)t répondre aux exigences de qualité définies dans un référentiel publié et accepté par la communauté scientifique internationale. L'Association européenne des laboratoires de police scientifique (ENSFI) recommande la mise en conformité des laboratoires aux normes ISO 9002 ou 17025.

En France, une procédure d'agrément des personnes et laboratoires habilités à procéder à des missions d'identification par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire pénale a été créée et une commission a été instituée à ces fins; elle est présidée par un magistrat de la Cour de cassation et comprend, par ailleurs, six membres siégeant en raison de leurs fonctions, quatre membres désignés en raison de leurs compétences en matière de biologie moléculaire. Au Luxembourg, il devra être pareillement institué à ces fins une procédure d'agrément des personnes et/ou laboratoires habilités à procéder à des missions d'identification par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire. Des contrôles externes ultérieurs seraient pareillement indispensables à intervalles réguliers. Pour garantir qu'à ces fins seuls des critères strictement scientifiques soient appliqués, ces procédures d'agrément et de contrôle devraient être confiées essentiellement à des scientifiques étrangers hautement qualifiés et expérimentés en ce domaine.

### **III. La mise en place et le fonctionnement du fichier informatique des empreintes génétiques ainsi que la procédure de comparaison d'empreintes génétiques**

A part les questions relevant de la procédure pénale ou de la protection des données, il importe que, au sujet de la constitution de ce fichier et de son utilisation, il y ait également, comme dit ci-devant, recours à des experts étrangers compétents et expérimentés en ce champ de mise en œuvre de la loi.

Il est, par ailleurs, indispensable de créer et d'installer, dans les meilleurs délais, un logiciel, c'est-à-dire un outil informatique, destiné à opérer les traitements ADN criminalistique et condamnés.

La base des données créée en Allemagne par une loi de 1998 a été installée au Bureau fédéral d'enquêtes criminelles (BKA) à Wiesbaden.

#### IV. Problèmes de la coopération

Une dernière observation concerne la coopération pénale européenne et internationale:

La mise en œuvre de l’empreinte génétique comme preuve par la voie légale et sa mise en pratique sont indispensables, si demain, en matière de terrorisme, de crime organisé, de délinquance sexuelle et dans d’autres domaines de criminalité transfrontalière, le Luxembourg est appelé à coopérer en fournissant des preuves dont traite le projet de loi. Il serait hautement dommageable si, en pareil cas, le Luxembourg n’était pas à même d’accorder l’entraide sollicitée pour la seule raison qu’il ne dispose pas des outils prédécrits.

A rappeler, dans ce contexte, les différentes recommandations et résolutions des instances européennes (Conseil de l’Europe, Union européenne) traitant des empreintes ADN et des fichiers afférents, établissant, notamment, des standards uniformes et encourageant l’échange d’informations.

Citons, pour finir sur ce chapitre, la triste et tragique, mais éloquente affaire *Dickinson*, qui illustre l’importance du présent projet de loi et de sa mise en œuvre:

*„Une jeune fille britannique de 13 ans est retrouvée assassinée dans l’auberge de jeunesse de Pleine-Fougères en juillet 1996. L’autopsie révèle qu’elle a été violée et étouffée. Un SDF, déjà condamné pour agressions sexuelles et viols, est arrêté deux jours plus tard. Il avoue pendant sa garde à vue et est mis en examen et écroué. Il est disculpé par analyse génétique, son ADN ne correspondant pas à celui du violeur. Les tests sont également négatifs pour les cinq garçons qui faisaient partie du même groupe que la jeune fille. En juillet 1997, le nouveau magistrat chargé de l’instruction décide de procéder à l’analyse génétique de l’ensemble de la population masculine (de 15 à 60 ans) du village, puis aux délinquants sexuels de la région. Tous les tests, effectués en octobre 1997, se révèlent négatifs. En février 1998, un portrait-robot, élaboré à partir des témoignages de trois personnes ayant aperçu un rôdeur autour de l’auberge de jeunesse, est diffusé. En novembre, une jeune femme, victime d’un viol en 1993, reconnaît son agresseur. En avril 2001, les enquêteurs diffusent une liste de 48 personnes qu’ils souhaitent entendre comme témoins. Par le plus grand des hasards, un policier américain en vacances en France remarque un nom sur cette liste. De retour aux Etats-Unis, il constate que ce nom correspond à un Espagnol incarcéré en Floride pour une agression sexuelle dans un hôtel. Une analyse génétique, effectuée grâce un échantillon prélevé malgré son refus, l’accable en avril 2001. La France a demandé son extradition.“*

\*

#### B. OBSERVATIONS D’ORDRE TECHNIQUE SUR LES DISPOSITIONS DU PROJET

Tant la philosophie que les dispositions techniques du présent projet de loi trouvent l’approbation du Parquet général. Il faut notamment saluer que les auteurs du projet s’inscrivent dans une logique de procédure pénale et règlent l’établissement des profils ADN dans le cadre du code d’instruction criminelle. Le Parquet général voudrait encore souligner l’importance du fait que les profils ADN ne peuvent être établis que sur décision d’une autorité judiciaire, Procureur d’Etat ou juge d’instruction.

L’adoption d’une loi particulière s’impose pour organiser les *traitements ADN criminalistique et ADN condamnés* qui constituent des instruments indispensables à l’efficacité des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires.

Il y aurait tout au plus lieu de formuler quelques observations ponctuelles, de nature essentiellement technique.

1) L’article 15, paragraphe 2, de la loi prévoit un délai d’appel de 10 jours. Le soussigné se demande si, dans un souci de cohérence des textes, il ne faudrait pas adapter ce délai de dix jours au délai de droit commun de 3 jours prévu pour les appels dans le cadre de l’instruction préparatoire par l’article 133 du code d’instruction criminelle. Ce délai de trois jours a d’ailleurs également été retenu pour les appels contre les ordonnances de la chambre du conseil du tribunal en matière d’entraide judiciaire pénale (article 10, paragraphe 3, de la loi du 8 août 2000 sur l’entraide judiciaire internationale en matière pénale).

2) L’article 15, paragraphe 4, prévoit, dans sa dernière phrase, la possibilité d’introduire un recours en cassation et renvoie aux dispositions pertinentes du code d’instruction criminelle. Pour éviter des

discussions sur la recevabilité des recours au regard des articles 407 et 416 du code d'instruction criminelle, il est proposé de formuler la dernière phrase de cette disposition de la façon suivante:

*„Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.“*

3) Les articles 48-4 et suivants à insérer dans le code d'instruction criminelle déterminent en détail la procédure à suivre pour dresser un profil ADN. L'article 48-5, paragraphe 3, prévoit les conditions dans lesquelles un prélèvement peut être effectué sous la contrainte physique. Le point (4) de cet article exclut la contrainte physique pour la prise de sang.

On peut se demander, si pour la clarté des dispositions, il ne serait pas préférable de fusionner les paragraphes 3 et 4.

L'article 48-5, paragraphe 3, se lirait comme suit:

*„En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être effectué sous la contrainte physique si cette personne ... (suite du texte). **La contrainte physique est exclue pour la prise de sang.** Le refus de la personne concernée (suite du texte).“*

Le point (4) serait omis.

4) L'article 48-6, paragraphe 4, règle la communication du résultat de la comparaison des profils ADN à la personne intéressée. Ce texte n'instaure pas un droit à une contre-expertise. Consacrer expressément un tel droit à ce stade de la procédure présenterait plusieurs avantages. On respecterait le principe de l'égalité des armes dont le Conseil de l'Europe a souligné l'importance au point 9 de sa recommandation No R (92) 1 sur l'utilisation des analyses ADN dans le cadre du système de justice pénale du 10 février 1992. On exclurait clairement une application éventuelle du droit commun des expertises fixé aux articles 87 et 88 du code d'instruction criminelle. On pourrait éviter que la question de la contre-expertise ne réapparaisse systématiquement devant la juridiction de jugement. A noter qu'en droit belge, la contre-expertise est prévue à l'article 90 undecies, paragraphe 4, du code d'instruction criminelle.

Aussi est-il suggéré de compléter la disposition de l'article 48-6, paragraphe 4, par la phrase suivante:

*„L'intéressé a le droit, endéans un délai de 10 jours, de demander au procureur d'Etat ou au juge d'instruction l'établissement d'un profil ADN par un autre expert à désigner conformément aux dispositions du paragraphe 1er.“*

\*

## **C. PRISE DE POSITION SUR L'AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES DONNEES**

La Commission nationale pour la protection des données (ci-après: *la CNPD*) a été „demandée en son avis“ sur le présent projet de loi en ce qu'il porte création d'un traitement de données, sur la base de 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 (ci-après: *la loi du 2 août 2002*).

L'avis est articulé en deux grandes parties, la première comportant des considérations générales sur le projet de loi, la seconde, des commentaires spécifiques sur les dispositions essentielles du projet de loi.

C'est avec intérêt que le Parquet général a examiné cet avis très circonstancié. Il ne peut que souligner le souci exprimé par la CNPD de trouver un équilibre entre les objectifs légitimes de recherche et de répression des infractions et les droits et libertés fondamentales des personnes concernées.

La recherche de cet équilibre est sous-jacente à l'ensemble du projet de loi et se traduit notamment par les nombreuses conditions de fond et de forme dont est entourée la procédure d'identification par empreinte génétique.

L'avis de la CNPD appelle des observations sur ses deux parties:

### **I. Considérations générales**

Les commentaires formulés par la CNPD dans la partie de son avis consacrée aux considérations générales méritent une attention particulière, en ce qu'ils articulent des critiques fondamentales à

l'égard de la logique même du projet de loi. Ainsi qu'il sera exposé plus en détail dans la suite, la CNPD considère que les traitements des données ADN par les autorités judiciaires obéissent aux règles générales de la loi du 2 août 2002, alors que le projet de loi s'inscrit dans une logique de procédure pénale.

Il convient de relever que l'établissement d'un profil ADN ne porte que sur les parties non codantes du génome humain et ne permet pas d'établir un tableau génétique de la personne concernée. La finalité du traitement est exclusivement l'identification de l'auteur d'une infraction, à l'instar de l'exploitation d'une empreinte digitale traditionnelle. Les profils ADN visés par le présent projet de loi ne constituent dès lors pas des données aussi sensibles que les données médicales.

#### **a) Le profil ADN en tant que donnée judiciaire**

La loi du 2 août 2002 prévoit, en des termes clairs, que „*le traitement de données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires est opéré dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle ... ou d'autres lois*“.

Par cette disposition le législateur, en concordance d'ailleurs avec 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 (JOCE L 281, p. 31), a reconnu la spécificité des traitements des données judiciaires qui ne relèvent pas du droit commun de la loi du 2 août 2002 ni d'un contrôle par la CNPD.

Or, en lisant l'avis de la CNPD, on constate que la commission considère que le traitement par les autorités judiciaires de données relatives à des affaires pénales, malgré l'article 8, précité, n'échappe pas aux règles fixées par la loi du 2 août 2002.

Les développements du point I. B) 2) consacré au positionnement du projet de loi par rapport à la loi qualifiée de „loi-cadre“ du 2 août 2002 peuvent d'ailleurs être compris davantage comme une mise en cause de principe de l'existence et du contenu de l'article 8 de la loi du 2 août 2002 que comme une critique ponctuelle et technique par la CNPD du présent projet de loi. La même remarque vaut pour les considérations du point I. D) 2) où la CNPD critique certaines considérations de l'exposé des motifs du projet de loi relatives au statut et à la mission de la CNPD par rapport aux autorités judiciaires.

Au point I. A), la CNPD évoque l'article 6 de la loi du 2 août 2002 qui viserait, au paragraphe 4, les données génétiques. Or, les empreintes génétiques en matière pénale ne relèvent pas de l'article 6 de la loi, mais constituent des données judiciaires au sens de l'article 8 de cette loi.

Dans le même ordre d'idées, les auteurs de l'avis préconisent, au point I. B) 1), l'insertion des dispositions de la „loi autonome“ dans la loi du 2 août 2002, sans apprécier à leur juste valeur le lien entre ces dispositions autonomes et les dispositions nouvelles du code d'instruction criminelle. Le traitement des données génétiques en cause n'est pas davantage un traitement „policié“ au sens de l'article 13 de la directive 95/46 et de l'article 17 de la loi du 2 août 2002.

Adopter le point de vue de la CNPD signifierait que les traitements de toutes les données personnelles dans le cadre d'une affaire pénale, tels que l'identification de numéros de comptes bancaires, de numéros de téléphone ou de GSM, les prises de sang en matière de circulation, les examens médicaux, voire l'autopsie de cadavres, constituent des traitements régis par les dispositions et les régimes de contrôle de la loi du 2 août 2002.

#### **b) L'empreinte génétique et les droits de la défense**

La CNPD omet de prendre suffisamment en compte la finalité du traitement ADN et la logique de la procédure pénale. Le projet de loi sous examen ne vise pas, en premier lieu et principalement, la création d'une banque de données génétiques gérée par les autorités judiciaires ou la police à des fins de prévention générale ou de recherche d'infractions. Il a pour objectif de doter le ministère public et le juge d'instruction d'un instrument technique indispensable pour rechercher et convaincre l'auteur d'une infraction dans le cadre d'une enquête ou instruction préparatoire bien précise. L'analyse ADN constitue un moyen de preuve dont la valeur et la pertinence sont à débattre entre parties dans la logique de l'instruction contradictoire ou du procès devant le juge pénal. A cet égard, elle ne se distingue pas de toute autre forme de preuve, tels l'empreinte digitale, une signature, une photo, un témoignage etc. La problématique soulevée par le projet de loi se pose ainsi en termes de procédure contradictoire et droits de la défense et moins en termes de protection des personnes à l'égard du traitement de données personnelles.

C'est à juste titre que les auteurs du projet de loi ont entendu régler ces questions dans le cadre du code d'instruction criminelle. Aussi, les considérations de la CNPD relatives au prélèvement de cellules humaines exercé sous contrainte physique (point I. C de l'avis), pour intéressantes qu'elles soient, sont, à l'évidence, étrangères à la loi du 2 août 2002 et aux missions de la CNPD.

Le seuil de deux ans retenu dans le nouvel article 48-5, paragraphe 3, du code d'instruction criminelle pour un prélèvement sous contrainte physique se justifie par la considération que ce seuil existe également pour l'application d'autres moyens de contrainte autrement graves tels le mandat de dépôt (article 94 du code d'instruction criminelle) ou les mesures spéciales de surveillance des communications (article 88-1 du code d'instruction criminelle). Fixer un seuil supérieur à deux ans signifierait, en pratique, qu'il serait impossible de soumettre à un examen ADN l'auteur présumé d'un accident mortel ou de déterminer l'identité du conducteur, dès lors que l'homicide involontaire n'est passible que d'un emprisonnement de trois mois à deux ans (article 419 du code pénal). A noter que l'exploitation d'empreintes digitales dans cette hypothèse resterait possible. Or, l'exploitation d'une empreinte génétique vise, comme l'exploitation d'une empreinte digitale, à identifier l'auteur d'une infraction.

### **c) Les traitements ADN et la responsabilité du Procureur général d'Etat**

Au niveau des traitements ADN, il faut distinguer trois cas de figure différents.

- L'établissement d'une empreinte génétique, son utilisation dans une affaire pénale, de même que l'exploitation de la banque de données des données ADN criminalistique ou ADN condamnés en vue de rechercher ou d'identifier l'auteur d'une infraction constituent des actes de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire. Ces actes sont posés sous la responsabilité du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans les conditions prévues au code d'instruction criminelle. Les actes en cause sont par essence des actes d'enquête préliminaire ou d'instruction préparatoire relevant des dispositions pertinentes du code d'instruction criminelle et non pas de simples traitements de données régis par la loi de 2002. Les droits des parties sont sauvegardés par les voies de recours prévues dans le code d'instruction criminelle. Dans cette logique, les articles 8 et suivants du projet de loi se réfèrent aux dispositions nouvelles du code d'instruction criminelle.
- Le traitement criminalistique, sous la responsabilité du Procureur général d'Etat, concerne la conservation et la gestion de l'ensemble des profils ADN établis dans le cadre d'affaires pénales conformément aux dispositions pertinentes du code d'instruction criminelle.

Le texte actuel de l'article 8 pourrait permettre la conclusion que les actes de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire pourraient être considérés comme comportant des traitements de données au sens de la loi de 2002. Pour éviter tout malentendu, à cet égard, il est proposé de remplacer le texte actuel de l'article 8 de la loi par la disposition suivante.

***„Art 8. Il y a lieu d'entendre par „traitement criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.“***

Ce traitement général qui n'est pas directement lié à l'établissement de profils ADN ou l'exploitation de tels profils dans le cadre d'une affaire pénale précise, mais qui en constitue un instrument de travail de base indispensable relève de la responsabilité du Procureur général d'Etat. Ce traitement ne relève pas pour autant des dispositions générales de la loi de 2002, mais est couvert par l'article 8 de cette loi en ce que sont en cause des données judiciaires. Les conditions de ce traitement sont fixées par la nouvelle loi.

Appliquer la définition du responsable au sens de l'article 2, lettre o, de la loi du 2 août 2002 ne donne pas de sens dès lors que, contrairement aux dispositions de cette loi, le Procureur général ne peut pas déterminer les finalités et moyens du traitement qui sont fixés, dans une logique de procédure pénale, par la loi.

- Le troisième aspect du „traitement“ a trait à l'établissement, à la conservation et à la gestion stockage des données ADN de personnes condamnées. Ce traitement revêt une nature similaire au traitement des données du casier judiciaire visé à l'article 8, paragraphe 2, de la loi du 2 août 2002.

En concordance avec la modification de l'article 8, il est proposé de remplacer le texte actuel de l'article 11 (1) par la disposition suivante:

**„Art 11. (1) Il y a lieu d’entendre par „traitement ADN condamnés“ l’insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du code d’instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l’article 48-3 du code d’instruction criminelle“.**

#### **d) Le recours juridictionnel**

L’article 15 de la loi prévoit contre les actes du Procureur général, en sa qualité de responsable des traitements criminalistique et condamnés, tels que définis ci-dessus, une demande en nullité devant la chambre du conseil.

La CNPD critique au point I. D) 2) les dispositions de l’article 15 de la loi en relevant l’absence de „surveillance efficace de la part d’une autorité de contrôle indépendante qui puisse agir de sa propre initiative“.

On peut s’interroger sur la portée de cette considération. Est-ce que la CNPD entend donner à son propre contrôle une importance et une valeur supérieures au contrôle effectué par un juge dans le cadre d’un recours juridictionnel?

Les réflexions de la CNPD procèdent, encore une fois, d’une méconnaissance de la nature des données en tant que données judiciaires et de la portée de l’article 8 de la loi du 2 août 2002.

#### **e) Les droits de la personne concernée**

L’établissement d’un profil ADN et le recours aux fichiers criminalistique et condamnés constituent des actes posés par le Procureur d’Etat et le juge d’instruction dans le cadre d’une enquête préliminaire ou d’une instruction préparatoire. Les droits des personnes concernées sont fixés par le code d’instruction criminelle. Le principe du contradictoire consacré par ce code et les voies de recours y prévues sont applicables.

L’alimentation et la conservation des fichiers criminalistique et condamnés sont effectuées sous la responsabilité du Procureur général d’Etat. Ces fichiers constituent un outil indispensable à la recherche et à l’identification d’auteurs d’infractions.

Les droits des personnes concernées sont fixés à l’article 15 de la loi.

Vouloir appliquer les règles générales de la loi de 2002 sur le droit à l’information, le droit d’accès, le droit à l’effacement et le droit de rectification revient à méconnaître la spécificité de ces données en tant que données judiciaires et à mettre en cause la finalité légitime de la recherche et de la poursuite des infractions.

## **II. Une prise de position sur les commentaires des dispositions essentielles**

Les critiques ponctuelles de la CNPD constituent, dans une très large mesure, une application concrète des considérations générales formulées au point I de son avis.

### *a) ad article 3*

Les commentaires de la CNPD touchent la problématique de l’organisation des analyses ADN à Luxembourg et au-delà celle de la création d’un institut médico-légal.

Cette problématique sur laquelle le présent avis met également l’accent est étrangère à la question de la protection des données personnelles.

### *b) ad article 4*

La question théorique de la qualification de la donnée génétique comme donnée personnelle est intéressante. Les soussignés ont toutefois du mal à saisir la pertinence de cette discussion. Ainsi qu’il a été exposé dans la première partie, le point décisif est de savoir si l’utilisation de ces données doit obéir aux règles de la loi du 2 août 2002 ou, en raison de leur nature de données judiciaires, à un régime particulier prévu par le code d’instruction criminelle et une loi spéciale.

Il est difficile d’apprécier les conséquences pratiques, au niveau du contenu du présent projet de loi, de la qualification d’un profil ADN comme donnée personnelle avant ou seulement après identification.



Quel est l'enjeu de cette qualification, dès lors que les droits des particuliers ne naissent ou ne deviennent opérationnels qu'au moment de l'identification?

*c) ad article 6*

Dans un souci de sauvegarde des droits des personnes concernées, le projet interdit, à l'article 6, paragraphe 2, l'interconnexion des traitements ADN criminalistique et condamnés avec d'autres traitements de données personnelles.

Cette disposition a un caractère „*prophylactique*“. Interdisant les interconnexions, il est logique que les auteurs du projet ne les aient pas spécifiées.

*d) ad articles 48-3 et 48-5 du code d'instruction criminelle*

Les commentaires de la CNPD portent sur certains choix des auteurs du projet de loi en matière de procédure pénale. Le lien avec la protection des données est plus que ténu, sauf à entendre soumettre le code d'instruction criminelle et les attributions du procureur d'Etat et du juge d'instruction aux mécanismes de la loi du 2 août 2002.

*e) articles 9, paragraphe 3, 10 et 13*

A titre de remarque générale, les soussignés s'interrogent sur la pertinence des commentaires de la CNPD, alors que les dispositions en cause relèvent moins d'une problématique de protection des données personnelles que de choix de politique criminelle.

L'article 9, paragraphe 3, prévoit, en des termes, on ne peut plus clairs, que l'insertion de profils ADN dans le „*traitement criminalistique*“ n'est effectuée que si la comparaison est positive. Cette règle vaut tant dans l'hypothèse où le prélèvement a été volontaire que dans celle où il a été forcé. Le cas de figure du traitement volontaire englobe, à l'évidence, le recensement dit collectif.

L'article 10, paragraphe 1er, règle la question de la durée du traitement criminalistique et prévoit la fin du traitement en cas d'acquiescement, de prescription ou de décès. Cette disposition est protectrice des droits de la personne concernée. Dans une optique répressive, on aurait pu imaginer le maintien de ce traitement, en cas d'acquiescement pour des raisons formelles ou de prescription, alors qu'il est par ailleurs établi que la personne concernée est l'auteur de l'infraction et qu'elle peut être soupçonnée d'avoir commis d'autres infractions.

Le deuxième paragraphe ne vient pas bouleverser le régime du paragraphe 1er, mais prévoit un tempérament en cas de comparaison positive en relation avec une autre affaire. Il ne faut pas perdre de vue que l'objectif même du traitement criminalistique et condamnés est de permettre des comparaisons de profils ADN établis dans une affaire avec des profils d'autres affaires, ceci afin de détecter les auteurs d'infractions. Renoncer à cette finalité conduirait à abandonner le traitement criminalistique et condamnés.

Dans la procédure pénale, une décision de classement est provisoire et peut être rapportée à tout moment. De même, une décision de non-lieu n'empêche pas une reprise des poursuites en cas de survenance d'éléments nouveaux. Dans ces conditions il est logique que les profils ADN soient maintenus. En droit pénal, une condamnation avec sursis constitue une condamnation, le sursis ne concernant que l'exécution de la peine. La suspension du prononcé de la peine est une mesure de faveur au profit d'un prévenu dont la culpabilité est par ailleurs avérée. Les critiques formulées par la CNPD au point II. F) 2), outre qu'elles ne relèvent pas de la problématique de la protection des données, ne sont dès lors pas justifiées d'un point de vue du droit pénal.

*Le Procureur général d'Etat,*  
Jean-Pierre KLOPP

*Le Premier avocat général,*  
Georges WIVENES

