

N° 6759¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI

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

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (9.3.2015).....	1
2) Avis du Juge d'instruction directeur de Luxembourg (19.2.2015).....	2
3) Avis de la Cour supérieure de justice (19.2.2015).....	3
4) Avis du Procureur d'Etat à Luxembourg.....	8
– Dépêche du Procureur d'Etat à Luxembourg au Procureur Général d'Etat (23.1.2015).....	8
5) Avis du Parquet général (9.3.2015).....	9

*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(9.3.2015)

Monsieur le Ministre,

Le 5 janvier 2015 vous avez fait parvenir au soussigné le projet de loi portant approbation du „Memorandum of Understanding between the Government of the Grand-Duchy of Luxembourg and the United States of America for the exchange of terrorism screening information“ signé à Luxembourg le 20 juin 2012.

Sur cette demande ont été transmis au Parquet Général:

- l'avis de Monsieur le Juge d'instruction directeur de Luxembourg du 19 février 2015;
- l'avis de la Cour supérieure de justice du 19 février 2015;
- l'avis de Monsieur le Procureur d'Etat à Luxembourg du 23 janvier 2015.

Ces documents sont joints à la présente de même que l'avis du soussigné de ce jour.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma haute considération.

Le Procureur Général d'Etat,
Robert BIEVER

*

**AVIS DU JUGE D'INSTRUCTION DIRECTEUR
DE LUXEMBOURG**

(19.2.2015)

L'objectif de l'Accord sous examen est de contribuer à rendre plus efficaces et plus rapides les enquêtes internationales en matière de terrorisme en permettant l'échange d'informations sur des personnes faisant l'objet d'une enquête pénale en matière de terrorisme au Luxembourg et/ou aux Etats-Unis.

Dans l'article 3 paragraphe 2 du projet de loi il est rendu particulièrement attentif sur le fait qu'en cas d'informations judiciaires la communication des données est soumise à une autorisation préalable de la part de la juridiction ou du magistrat compétent qui est donnée sous toute forme laissant une trace écrite.

Effectivement les dispositions proposées par l'article 3 du projet de loi sous examen visent à rechercher une solution équilibrée pour tenir compte des exigences en matière d'échange d'informations pénales. D'une part d'assurer un échange d'information rapide et efficace par les canaux de la coopération policière, tout en assurant, d'autre part, que les règles applicables en matière d'entraide judiciaire pénale sont à observer.

La très grande majorité des informations détenues par les services de police sont des informations judiciaires pour lesquelles une autorisation écrite de la part du magistrat est requise. C'est ainsi que le juge d'instruction peut disposer de données sensibles sur une personne susceptibles de faire l'objet d'un échange d'informations tel que prévu dans le projet de loi sous examen.

Il est notamment indiqué dans le même paragraphe de l'article 3 que l'autorisation du magistrat compétent ne peut être refusée que pour les mêmes motifs pour lesquelles une demande d'entraide judiciaire en matière pénale prévue par des instruments juridiques en vigueur entre le Luxembourg et les Etats-Unis d'Amérique peut être refusées.

Il convient toutefois de relever le cas particulier où les intérêts de l'enquête menée par le juge d'instruction se trouvant dans une phase „chaude“ consistant dans un danger d'obscurcissement de preuves s'opposent à la délivrance sur demande des autorités américaines des données sensibles concernant la personne visée par l'enquête.

Dans ce cas précis le motif de refus consistant dans le fait que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la sécurité, à l'ordre public ou aux intérêts essentiels similaires à l'Etat requis pourra être invoqué.

Le projet de loi sous examen n'appelle pas d'autres observations de ma part.

Le juge d'instruction directeur,
Ernest NILLES

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(19.2.2015)

Le „*memorandum of understanding*“, ci-après le „*mémorandum*“, signé le 20 juin 2012 par les gouvernements du Grand-Duché de Luxembourg et des Etats-Unis, est basé sur l'accord conclu en date du 3 février 2012 entre le Grand-Duché de Luxembourg et les Etats-Unis concernant le renforcement de la coopération dans la prévention et la lutte contre la criminalité grave.

Le Gouvernement fédéral des Etats-Unis a mis en place en 1986 un programme d'exemption de visa („*Visa Waiver Program*“) pour les pays alliés. Le programme d'exemption de visa est un programme du gouvernement américain permettant aux citoyens des pays concernés de voyager aux Etats-Unis, y compris en cas de transit, pour une période maximale de 90 jours sans devoir obtenir un visa préalablement. Une demande dans le système électronique d'autorisation de voyage (ESTA) dûment autorisée est néanmoins requise.

Une liste de trente-huit pays, dont le Luxembourg, est définie par le Département de la Sécurité intérieure des Etats-Unis. Les citoyens qui ne sont pas seulement résidents dans un de ces pays, mais qui ont la nationalité de l'un d'eux peuvent bénéficier du programme d'exemption de visa.

A la suite des attentats du 11 septembre 2001, les autorités américaines ont significativement renforcé les conditions d'appartenance ou de maintien au programme. En particulier, la loi américaine du 3 août 2007 oblige les pays bénéficiaires à développer des échanges d'informations avec les Etats-Unis, plus particulièrement dans le domaine de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave.

Dans cette optique, le gouvernement américain avait annoncé son intention de mettre en place des instruments complémentaires d'échange de données en rapport avec la sécurité et le maintien de l'ordre. Concrètement, cela implique que les pays participants au VWP sont tenus de signer trois types d'accord pour l'échange d'informations avec les Etats-Unis:

- un accord concernant l'échange des données PNR (*Passenger Name Records*);
- un accord concernant l'échange de „*terrorism screening information*“;
- un accord concernant l'amélioration de la coopération dans la prévention et la lutte contre la criminalité grave.

L'accord d'échange d'informations avec le „*Terrorism Screening Center*“ (TSC) des Etats-Unis, qui fait l'objet du présent mémorandum, fut signé le 20 juin 2012.

La demande des Etats-Unis de pouvoir disposer de garanties de sécurité en échange d'une dispense de visa pour nos concitoyens, est une préoccupation légitime.

Le mémorandum vise à renforcer la coopération policière entre les deux Etats signataires afin de prévenir des actes de terrorisme international par 1) l'identification précoce des individus connus ou suspectés de pouvoir être impliqués dans des activités terroristes et 2) le partage des données informatisées sur les menaces terroristes („*terrorism screening information*“).

Le mémorandum fournit une définition très large de la „*terrorism screening information*“ qui comprend toute information pouvant contribuer à identifier des personnes connues ou soupçonnées d'être impliquées dans des activités terroristes.

La „*terrorism screening information*“ comprend au minimum le nom complet et la date de naissance de la personne concernée ainsi que le numéro des documents d'identité et la nationalité antérieure si ces données sont connues. Mais la „*terrorism screening information*“ à fournir peut s'étendre sur des données d'identification biométriques dans la mesure où la loi de la partie appelée à fournir ces informations le permet.

Cette „*terrorism screening information*“ peut être complétée par de la „*background information*“ qui comprend toute information supplémentaire sur les personnes connues ou soupçonnées d'être impliquées dans des activités terroristes.

Le mémorandum précise que cette information peut provenir „*from intelligence and law enforcement information*“, c'est-à-dire de toutes sources de renseignements quels que soient les moyens techniques mis en oeuvre pour l'obtenir.

L'article 3 du mémorandum prévoit un échange des informations entre les autorités policières des Etats-Unis et du Luxembourg, les „*points of contact*“ étant, du côté américain, un membre du „U.S.

Terrorist Screening Center“, relié au FBI, et, du côté luxembourgeois, le Service de Police Judiciaire de la Police grand-ducale.

L'article 3, alinéa 1er, du projet de loi dispose que les informations visées par le mémorandum sont communiquées directement entre ces points de contact.

Cette solution doit être approuvée, car elle garantit à la fois la rapidité du flux des renseignements et leur secret.

Suivant l'alinéa 2 de cet article 3, „*lorsqu'il s'agit d'informations judiciaires, cette communication est soumise à une autorisation de la part de la juridiction ou du magistrat compétent qui est donnée sous toute forme laissant une trace écrite. Lorsqu'il s'agit d'informations faisant partie d'une procédure ayant fait l'objet d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée, le procureur général d'Etat est compétent*“.

Le projet de loi introduit ainsi une distinction entre informations policières qui pourraient être communiquées directement par le point de contact luxembourgeois au point de contact américain et les informations judiciaires dont la communication devrait être soumise à l'autorisation du magistrat (par exemple le juge d'instruction) ou du tribunal qui a le contrôle de la procédure pénale à la date où l'échange d'informations est demandé pour décider, en application des règles prévues en matière d'entraide judiciaire pénale, si ces informations peuvent être échangées entre les points de contact compétents pour l'exécution du mémorandum (cf. commentaire des articles, pages 5 et 6).

Suivant le commentaire relatif à l'article 3, alinéa 2, joint au projet de loi (page 5) „*il faut entendre par „information judiciaire“ toute information faisant partie d'une procédure pénale qui est sous le contrôle et la direction d'un magistrat ou d'une juridiction pénale. En clair, cela signifie que, par exemple, si un officier ou agent de police judiciaire détient des informations recueillies dans le cadre d'une enquête préliminaire au sens de l'article 46 du code d'instruction criminelle, ces informations revêtent le caractère d'information judiciaire dès que ce policier informe le Parquet de cette enquête et reçoit des instructions en retour sur les devoirs à accomplir*“.

La distinction ainsi opérée entre informations judiciaires et informations policières par le projet de loi à son article 3, alinéa 2, suscite les objections suivantes.

D'abord le critère de distinction entre informations judiciaires et informations policières tel qu'énoncé aux motifs du projet de loi manque de précision (1).

Ensuite, cette distinction n'est pas pertinente au regard du but poursuivi (2).

En outre, la mise en oeuvre de l'article 3, alinéa 2, est malaisée en pratique (3).

Enfin, et surtout, l'exécution du mémorandum ne relève pas du champ de compétence des instances judiciaires (4).

Quant au point 1): Le critère de distinction entre informations judiciaires et policières est inadéquat

En effet, il convient de distinguer entre activité de police administrative et activité de police judiciaire.

La police administrative se distingue de la police judiciaire au regard de sa finalité. Si la première, de nature préventive, vise à éviter un trouble à l'ordre public, la seconde, de type répressif, consiste à constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte (article 9-2 du code d'instruction criminelle).

Tandis que la police administrative est de la compétence du pouvoir exécutif, la police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur d'Etat, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au titre 1er du code d'instruction criminelle (article 9 du même code).

Le procureur d'Etat procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. A cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de police judiciaire dans le ressort de son tribunal (article 24 du même code).

Il s'ensuit que le point de vue exprimé dans le commentaire à l'article 3 du projet de loi ne peut être maintenu en ce qu'il établit une distinction entre les informations recueillies lors d'une enquête préliminaire au sens de l'article 46 du code d'instruction criminelle selon que la police informe le Parquet de cette enquête et exécute des instructions de celui-ci ou, au contraire, n'informe pas le Parquet et mène l'enquête indépendamment de celui-ci.

En effet, du moment que les officiers et agents de police agissent dans le cadre de leur fonction de police judiciaire telle que définie *supra*, ils sont *ipso facto* soumis à l'autorité du procureur d'Etat, que

celui-ci soit ou non informé ou ait ou non d'ores et déjà donné des instructions sur la manière de procéder. Par ailleurs, les officiers de police judiciaire sont tenus d'informer sans délai le procureur d'Etat des crimes, délits et contraventions dont ils ont connaissance (article 12 du code d'instruction criminelle). Une enquête menée par la police en dehors du contrôle du ministère public serait illégale.

Par conséquent, en application des dispositions légales citées *supra*, toutes les informations recueillies lors d'une enquête préliminaire, doivent être qualifiées „informations judiciaires“, et ne peuvent être qualifiées „informations policières“ que celles recueillies en dehors de toute enquête ou poursuite judiciaire. Les informations policières relèvent plutôt du Service de renseignement que du Service de police judiciaire.

Quant au point 2): La distinction n'est pas pertinente au regard du but poursuivi

Le but poursuivi par l'instauration d'un contrôle judiciaire de la transmission des données à caractère personnel serait de garantir le respect des principes applicables en matière d'entraide judiciaire pénale (voir commentaire des articles, pages 3 et 4).

L'article 3, alinéa 2, 3e phrase, du projet de loi dispose en effet que „l'autorisation ne peut être refusée que pour les mêmes motifs pour lesquels une demande d'entraide judiciaire en matière pénale prévue par les instruments juridiques en vigueur entre le Luxembourg et les Etats-Unis d'Amérique peut être refusée (...)“.

Cette considération est erronée et en contradiction flagrante avec le mémorandum.

Contrairement à l'accord aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave, signé à Luxembourg le 3 février 2012, le mémorandum ne se réfère pas au traité d'entraide pénale signé entre le Luxembourg et les Etats-Unis d'Amérique le 13 mars 1997 et approuvé par la loi du 23 novembre 2000. Et pour cause, car ce traité d'entraide a, comme tout traité, convention ou loi relative à l'entraide pénale internationale, un caractère répressif. Il précise en effet à son article 1er que „les parties contractantes s'accordent, conformément aux dispositions du présent Traité, l'entraide en rapport avec la recherche et la poursuite d'infractions, dont la répression, au moment de la demande d'entraide, est de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant, et dans des procédures de confiscation et de restitution en rapport avec des infractions pénales“.

Par contre, le „terrorism screening“ a essentiellement un caractère préventif. Il est étranger au traité d'entraide judiciaire.

Il s'ensuit que pour l'exécution du mémorandum, il n'y a pas lieu de refuser la communication des renseignements dans les domaines qui, suivant l'article 4 du traité d'entraide, justifient le refus de cette entraide. Les renseignements à échanger sur base du mémorandum peuvent comprendre toute information pertinente conformément à sa raison d'être et à ses objectifs (cf. Article II, *Scope of information exchange*), sous réserve de la „classified information“.

Il y a encore lieu de préciser que la mise à disposition des renseignements en exécution du mémorandum doit être spontanée et ne requiert pas une demande formelle du point de contact américain.

La question d'une autorisation ne se pose donc pas, en principe du moins, au stade de la mise à disposition des renseignements au point de contact américain, mais sur le plan de l'accès aux renseignements par des personnes en dehors du point de contact désigné et de l'usage des renseignements lorsque celui-ci entraîne la révélation de l'information reçue.

Il n'est en outre pas compréhensible, sur le plan de la protection de la vie privée et des données personnelles, pourquoi, suivant le projet de loi, la transmission des informations dites judiciaires serait soumise à l'autorisation d'un juge tandis que la transmission des informations qualifiées de policières (c'est-à-dire relatives à des personnes qui ne font pas l'objet d'une enquête policière ou d'une poursuite pénale) ne serait soumise à aucune autorisation.

Quant au point 3): Les difficultés de mise en oeuvre

La mise en oeuvre de l'article 3, alinéa 2, du projet est difficile en pratique.

Il faudrait d'abord déterminer dans chaque cas le juge ou le tribunal compétent pour donner l'accord puisque cette compétence dépend du stade auquel se trouve la poursuite pénale à la date de la demande d'information du point de contact américain. La poursuite peut se trouver au stade d'enquête préliminaire sous la compétence du procureur d'Etat, dans la phase d'instruction judiciaire dirigée par un juge

d'instruction, au niveau du règlement de la procédure devant la chambre du conseil ou encore au stade du jugement après renvoi devant la juridiction de jugement. Il faudrait en outre tenir compte de ce que l'enquête, l'instruction, le règlement de la procédure et le jugement au fond peuvent faire l'objet de recours.

La notion de „contrôle de la procédure pénale“ auquel se réfère le projet de loi dans le commentaire des articles, manque de précision.

Qui a le „contrôle de la procédure pénale“, le ministère public, le juge d'instruction ou la chambre du conseil, au cas où le juge d'instruction a clôturé l'information et le ministère public a saisi la chambre du conseil en vue du règlement de la procédure?

Qui a le „contrôle de la procédure pénale“, dans l'hypothèse où la chambre du conseil de la Cour d'appel a chargé le juge d'instruction d'une information complémentaire?

Un même individu peut faire l'objet de plusieurs poursuites pénales indépendantes les unes des autres, se trouvant à des stades différents: une première affaire peut d'ores et déjà être définitivement jugée, une deuxième se trouver en instance d'appel ou faire l'objet d'un pourvoi, une troisième être encore en instruction devant le juge d'instruction et d'autres affaires toujours au stade d'enquête préliminaire. Quel magistrat sera compétent pour donner son accord à la transmission des données à caractère personnel de cet individu?

Est-ce que les autorités américaines doivent soumettre au point de contact luxembourgeois, pour chaque demande d'information, un dossier complet, traduit en français, pour que le magistrat luxembourgeois puisse statuer en connaissance de cause?

Quant au point 4): Le mémorandum exclut toute intervention du pouvoir judiciaire

Mais, plus fondamentalement, c'est le principe même de la distinction entre informations judiciaires et informations policières qui est critiquable dans le contexte du présent mémorandum.

Il a été exposé que la communication de renseignements entre les Etats signataires en exécution du „*terrorism screening*“ a essentiellement un caractère préventif et non répressif. Cet échange de renseignements fait par conséquent partie de la police administrative et relève de la seule compétence du gouvernement et non des autorités judiciaires, peu importe que les renseignements pertinents à communiquer aient été recueillis lors d'une enquête préliminaire, lors d'une information judiciaire, lors d'une audience devant une juridiction de jugement ou en dehors de toute enquête ou poursuite pénale.

Même en faisant abstraction de la distinction entre police administrative et police judiciaire et de la répartition des pouvoirs qui en découle, la transmission, l'échange et la mise à disposition à un autre Etat d'informations, en l'occurrence relatives à des données à caractère personnel, relève de la seule responsabilité du gouvernement sans que les Cour et tribunaux y aient à interférer en accordant ou en refusant leur autorisation.

La question se pose si le projet de loi est conforme au mémorandum en ce qu'il prévoit de soumettre la transmission des informations relatives au „*terrorism screening*“ à l'accord d'une autorité judiciaire.

D'abord, l'exécution du mémorandum est confiée aux points de contact des deux Etats signataires, à savoir le Service de Police Judiciaire du côté luxembourgeois. Le mémorandum ne prévoit pas l'intervention d'une autre autorité étatique pour accorder ou refuser l'autorisation pour la transmission d'informations.

Ensuite, les controverses que l'interprétation, l'exécution ou la mise en oeuvre du mémorandum peuvent susciter, sont réglées directement par les points de contact, sinon sur le plan diplomatique entre les gouvernements (article VI du mémorandum).

Comment, dans ces circonstances, faire dépendre la transmission d'informations de l'accord d'une autorité judiciaire, en principe indépendante du pouvoir exécutif?

En faisant dépendre la transmission des informations du „*terrorism screening*“ d'une autorité judiciaire, le projet de loi va au-delà de ce qui a été convenu dans le mémorandum.

Le mémorandum ne renferme en outre aucune disposition qui appellerait l'intervention d'un juge.

Il ne comporte l'exécution d'aucune mesure contraignante à l'encontre de personnes. Ce qui doit être transféré en application de cet accord ne sont ni des documents, ni des objets, ni des fonds ou d'autres effets qui auraient fait l'objet d'une saisie ou qui devraient être saisis, et qui pourraient être revendiqués par des personnes prétendant avoir un droit sur ces effets. Il porte au contraire exclusive-

ment sur la transmission d'informations qui sont en la possession des autorités étatiques compétentes.

Le caractère strictement intergouvernemental du mémorandum se trouve encore confirmée par son article VII alinéa 2, qui dispose que „*nothing in this Memorandum of Understanding shall provide a private right of action*“.

Il en suit que personne ne peut agir en justice sous prétexte qu'il se trouve lésé par l'exécution du mémorandum.

Le mémorandum prévoit en son article V, alinéa 11, que chaque Etat signataire doit mettre en place une procédure permettant aux individus de faire valoir leurs réclamations en ce qui concerne les informations qui les concernent afin d'éviter les malentendus ou le risque d'une identification erronée. Cette procédure doit être conforme avec les mesures d'exécution à convenir entre les Etats signataires. Une plainte peut par exemple émaner de personnes qui se retrouvent sur une „*no fly list*“ ou qui se voient refuser l'entrée aux Etats-Unis. Cependant, le recours qui doit être mis en place n'a aucun caractère judiciaire.

Les personnes qui se croient lésées en leurs droits ne peuvent agir qu'en application de la législation luxembourgeoise, à savoir notamment la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Sous réserve des dispositions particulières du mémorandum qui, en tant que convention internationale, constitue une norme supérieure à la législation nationale, le traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 (r) de la loi du 2 août 2002, reste soumis aux dispositions de celle-ci.

Le traitement de données à caractère personnel comprend la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction des données.

En ce qui concerne la légitimité du traitement des données à caractère personnel, il faut se référer à la disposition générale de l'article 5 (1), points b) et d). Il faut noter que l'article 10 qui concerne le „traitement à des fins de surveillance“ ne prévoit pas l'hypothèse d'un traitement à des fins de surveillance et de prévention d'actes terroristes. Sur ce point la loi est lacunaire.

Quant au contrôle du traitement, y compris la transmission des données à caractère personnel, l'article 17 (2) de la loi modifiée du 2 août 2002 prévoit que „le contrôle et la surveillance des traitements mis en oeuvre tant en application d'une disposition de droit interne qu'en application d'une convention internationale est exercé par une autorité de contrôle composée du Procureur Général d'État, ou de son délégué qui la préside, et de deux membres de la Commission nationale nommés, sur proposition de celle-ci, par le ministre.

(...)

L'autorité de contrôle est informée immédiatement de la mise en oeuvre d'un traitement de données visé par le présent article. Elle veille à ce que ces traitements soient effectués conformément aux dispositions légales qui les régissent“.

La loi modifiée du 2 août 2002 ne s'oppose pas au transfert des données à caractère personnel aux autorités américaines en application de l'article 18 (1) sinon de l'article 19 (1), point d) qui vise la „sauvegarde d'un intérêt public important“.

Il suit de ces considérations que l'article 3, alinéa 2, du projet de loi doit être biffé.

AVIS DU PROCUREUR D'ETAT A LUXEMBOURG**DEPECHE DU PROCUREUR D'ETAT A LUXEMBOURG
AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT**

(23.1.2015)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

Comme suite à votre demande du 6 janvier 2015, je me permets de vous soumettre l'avis du Parquet de Luxembourg sur le projet de loi visé.

Le texte en projet ne soulève pas d'observations particulières. C'est une condition incontournable pour éviter d'être écarté du programme de levée de l'exigence de visa pour un voyage aux Etats-Unis, et une obligation de mise en oeuvre de la Résolution 2178 (2014) de l'ONU. Il se rattache au projet de loi portant approbation de l'Accord Luxembourg – USA aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave.

Les échanges d'informations qui résultent de procédures impliquant les autorités judiciaires seront opérés sous la supervision du magistrat respectivement compétent, sur le modèle du Traité de Prüm et des dispositions de droit européen qui régissent les échanges d'informations de police judiciaire entre services répressifs des Etats Membres de l'Union Européenne.

A noter qu'il convient de mentionner parmi les dispositions principales d'entraide judiciaire en matière pénale en vigueur entre les Etats-Unis et le Luxembourg, celles résultant d'instruments internationaux auxquels les deux pays sont parties, comme la Convention de Vienne de 1988 et la Convention de Palerme, et les Conventions contre le terrorisme.

Profond respect.

Le Procureur d'Etat,
J.P. FRISING

*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(9.3.2015)

Le 20 juin 2012 a été signé entre le Gouvernement du Grand-Duché et celui des Etats-Unis d'Amérique un „*Memorandum of Understanding*“ (ci-après „le Mémorandum“) dont l'objet est l'échange d'informations non classifiées au sujet de l'identité de terroristes connus ou suspectés („*screening information*“, terme défini comme „*unclassified identifying information about known or suspected terrorists*“). S'y ajoutent des informations additionnelles au sujet de telles personnes („*background information*“). La formulation de l'instrument est assez souple. Il subordonne l'échange d'informations qu'il régit au respect du droit interne des Parties¹.

La Cour supérieure de justice considère dans son avis que le Mémorandum s'oppose à toute intervention des autorités judiciaires. Elle invoque, à l'appui de cette thèse, différents arguments qu'elle a également fait valoir dans le cadre de son avis relatif au projet de loi n° 6762 concernant l'Accord signé le 3 février 2012 entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et celui des Etats-Unis d'Amérique aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave (ci-après „l'Accord“).

Il a été pris position sur ces arguments dans l'avis du Parquet général relatif au projet de loi n° 6762. Il y est renvoyé.

Le Mémorandum, tout comme l'Accord, subordonnent l'échange d'informations au respect du droit interne des Parties, donc n'imposent pas un échange sans conditions ni autorisations.

La circonstance que l'échange organisé par le Mémorandum soit confié à des points de contact n'exclut pas l'intervention de toute autre autorité ou service. Par analogie, le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique du 13 mars 1997² instaure des autorités centrales dont la fonction consiste à transmettre les demandes et leurs documents d'exécution. Or, l'existence de ces autorités centrales n'empêche pas *per se* l'intervention d'autres autorités.

Il est tiré argument de ce que l'échange d'information est étranger à l'entraide judiciaire, donc ne saurait être soumis aux règles de celle-ci. D'une part, ainsi qu'il a été exposé dans l'avis du Parquet général au sujet du projet de loi n° 6762, l'échange de données détenues par les autorités étatiques peut parfaitement former l'objet de l'entraide judiciaire, et ce à plus forte raison dans le cadre très large tracé par le Traité d'entraide bilatéral. D'autre part, et surtout, le Mémorandum, dont le libellé est d'ailleurs particulièrement souple, réserve le respect du droit national, donc n'empêche pas les Parties de subordonner l'échange d'information aux conditions que leur droit interne définit, le cas échéant dans la loi d'application. Le projet de loi en autorisant un refus d'autorisation d'échange d'information pour des motifs pour lesquels une demande d'entraide judiciaire pourrait être refusée ne prétend pas que l'échange d'information régi par le Mémorandum soit une entraide judiciaire ni que le Traité d'entraide bilatéral lui soit en tant que tel applicable. Il prend simplement ces règles comme modèle pour définir par analogie les dispositions de droit interne luxembourgeois auxquelles l'échange est subordonné. Les règles de l'entraide judiciaire ne constituent donc qu'une source d'inspiration des normes de droit interne qui régissent l'échange d'information prévu par le Mémorandum.

Comme le Mémorandum réserve expressément le respect du droit interne des Parties, il n'exclut pas l'intervention d'une autorité judiciaire. La thèse tirée de ce que le Mémorandum ne renferme aucune disposition qui appellerait l'intervention d'une telle autorité ne saurait, partant, appeler l'adhésion.

De même, la disposition de l'article VI du Mémorandum, qui réserve la possibilité d'une interprétation de ce dernier par consultation entre les Parties, n'est pas en contradiction avec une intervention d'une autorité judiciaire, rendue possible par l'article II, paragraphe 1. Le Traité d'entraide bilatéral, qui implique indiscutablement l'intervention d'autorités judiciaires, comporte une disposition similaire dans son article 18.

¹ Voir l'article II, paragraphe 1: „*The Parties agree, subject to their respective domestic laws and regulations, to provide each other with terrorism screening information [...]*“.

² Traité approuvé par la loi du 23 novembre 2000 (Mémorial A, 2000, page 2013) et amendé par l'instrument prévu par l'article 3, paragraphe 2 (a) de l'Accord en matière d'entraide judiciaire signé le 25 juin 2003 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union Européenne, relatif à ce Traité, signé à Washington, le 1er février 2005, approuvé par la loi du 21 décembre 2007 (Mémorial A, 2007, page 4538, et Rectificatif publié au Mémorial A, 2008, page 279).

L'article VII, paragraphe 2, du Mémorandum, duquel il est tiré argument pour soutenir que ce dernier n'appelle l'intervention d'aucune autorité judiciaire, trouve son parallèle dans l'article 1, paragraphe 7, du Traité d'entraide bilatéral.

Le caractère éventuellement de nature de droit administratif du recours prévu par l'article V, paragraphe 11, n'exclut pas l'intervention possible d'une autorité judiciaire sur le fondement de l'article II, paragraphe 1, aux fins d'autoriser les échanges d'information visés par le Mémorandum.

L'avis défend la thèse que le Mémorandum exclut l'intervention des autorités judiciaires étant donné qu'il a un objet essentiellement préventif. Le Mémorandum est relatif aux actes de terrorisme. Or, les infractions en matière de terrorisme sont définies d'une façon à ce point large qu'il est difficile de concevoir des activités dans ce domaine qui ne soient pas incriminées en tant qu'infractions. La prévention d'attentats et d'activités terroristes ne peut donc guère être distinguée de la recherche des infractions qui les sanctionnent. Or, la recherche d'infractions relève des activités de police judiciaire soumises à la direction des Procureurs d'Etat³. L'échange de données en cette matière, tel que régi par le Mémorandum, a donc a tout le moins une nature tout aussi judiciaire qu'administrative.

Il s'ajoute que cet échange de données concerne, s'agissant de celles transmises par le Luxembourg, d'informations au sujet de personnes y suspectées d'actes de terrorisme. Ces informations trouvent ainsi quasi certainement leur source dans des enquêtes et instructions préparatoires. Elles présentent donc indiscutablement une nature judiciaire. Il est dès lors difficile de concevoir que l'Etat puisse en disposer sans que les autorités judiciaires n'aient leur mot à dire.

L'avis défend par ailleurs la thèse que l'échange de données en possession de l'Etat à un autre Etat relève de la seule compétence du Gouvernement à l'exclusion de toute intervention des autorités judiciaires. Le bien-fondé de cette thèse dépend indiscutablement de la finalité de l'échange et de la nature des données qui en forment l'objet. Or, ainsi qu'il a été vu ci-avant, la finalité de l'échange est, tout autant que la prévention d'attentats terroristes, la recherche des infractions que la préparation de tels attentats implique, donc une finalité judiciaire. La nature des données échangées est quasi exclusivement de nature judiciaire. Il est difficile de concevoir que l'échange de données judiciaires dans une finalité indissociablement judiciaire (autre que préventive, et partant administrative) soit par principe soustrait au contrôle des autorités judiciaires.

La solution esquissée par le projet de loi, de soumettre dans ces circonstances cet échange d'informations à un large contrôle préalable des autorités judiciaires en s'inspirant par analogie des règles de l'entraide judiciaire (et sans prétendre que le Mémorandum régit à strictement parler une forme d'entraide judiciaire) ne saurait donc qu'être approuvée.

Il est simplement à rendre attentif aux points soulevés dans l'avis du Parquet général au sujet du projet de loi n° 6762, auquel il est renvoyé:

- Il est proposé d'abandonner, dans le cadre de la transposition du Mémorandum, tout comme dans celle de l'Accord, le critère de distinction entre données judiciaires et données policières, donc de ne pas subordonner l'autorisation préalable des autorités judiciaires au caractère judiciaire des données à échanger.
- Il est proposé en lieu et place d'appliquer un critère tiré de l'objet de l'échange. L'autorisation préalable devrait être requise toutes les fois que des données nominatives de personnes suspectées d'actes de terrorisme sont transmises par le Luxembourg aux Etats-Unis d'Amérique (en tout cas lorsque le Luxembourg révèle aux Etats-Unis l'identité d'une personne suspectée d'actes de terrorisme dont il ne résulte pas de l'échange d'information qu'elle était déjà connue des autorités de ce pays).
- Les motifs de refus de l'autorisation, s'il est justifié de les circonscrire à ceux permettant de refuser une demande d'entraide judiciaire, seraient à préciser.
- Il est proposé de confier le pouvoir d'autorisation à une autorité judiciaire unique, qui pourrait être le Procureur général d'Etat, sinon éventuellement le Président de la chambre du conseil de la Cour d'appel.

³ Voir l'article 24, paragraphe 1, du Code d'instruction criminelle, qui dispose que „le procureur d'Etat procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale“ ou l'article 34, sous 1°, de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police (Lois spéciales, V° Force publique, page 31).

Monsieur le juge d'instruction directeur près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg insiste que la loi d'approbation doit permettre de refuser la transmission d'informations lorsqu'une telle transmission est inopportune dans le cadre de l'instruction préparatoire. Il considère qu'un refus pour un tel motif pourrait être qualifié d'atteinte à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'Etat. Comme il a été exposé dans l'avis du Parquet général au sujet du projet de loi n° 6762, les motifs de refus proposés, à juste titre, par ce projet de loi ne s'étendent pas à de tels motifs d'opportunité. Il paraît par ailleurs difficile de qualifier ces derniers d'atteinte aux intérêts précités. Il ne faut par ailleurs pas perdre de vue que l'échange d'informations est circonscrit aux seules autorités entre lesquelles il est effectué et ne saurait être étendu à d'autres autorités que sous réserve d'un accord écrit préalable de l'Etat ayant fourni les informations, conformément à l'article V, paragraphe 2, du Mémoire. L'échange d'informations ne paraît donc manifestement pas être de nature à faire craindre un danger d'obscurcissement des preuves dans le cadre de l'instruction préparatoire de laquelle les informations ont été tirées. Il pourrait toutefois, le cas échéant, être envisagé de subordonner l'accord préalable à l'utilisation des données à d'autres fins, prévu par l'article V, paragraphe 2, également à de tels motifs d'opportunité.

Le Procureur général d'Etat,
Robert BIEVER

