

N° 6762¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI

portant approbation de l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave, signé à Luxembourg le 3 février 2012

* * *

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 (20.2.2015).....	2
3) Avis de la Cour supérieure de justice (19.2.2015)	2
4) Avis du Procureur d'Etat à Luxembourg – Dépêche du Procureur d'Etat à Luxembourg au Procureur Général d'Etat (23.1.2015).....	7
5) Avis du Parquet général (9.3.2015).....	8

*

**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 de l'Accord entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique aux fins du renforcement de la coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime grave, signé à Luxembourg le 3 février 2012.

Sur cette demande ont été transmis au Parquet Général

- l'avis de Monsieur le Juge d'instruction directeur de Luxembourg du 20 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.

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

Le Procureur Général d'Etat,
Robert BIEVER

*

AVIS DU JUGE D'INSTRUCTION DIRECTEUR

(20.2.2015)

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

En effet, les dispositions proposées en particulier dans 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 alors qu'il s'agit d'assurer d'une part 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 soient observées en tenant compte des impératifs du système judiciaire pénal en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg.

L'article 4 de ce projet de loi vise effectivement à assurer que les informations obtenues des autorités compétentes américaines peuvent être utilisées dans les enquêtes et instructions pénales effectuées par les autorités luxembourgeoises comme si elles avaient été obtenues par le biais d'une entraide judiciaire pénale classique entre le Luxembourg et les Etats-Unis.

Le juge d'instruction directeur,
Ernest NILLES

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

Cet accord s'inscrit dans le double cadre des dispositions prises par les autorités américaines pour renforcer la lutte contre la criminalité et le terrorisme et la coopération judiciaire, technique et opérationnelle conduite entre les Etats européens membres de l'Union Européenne, dont le Luxembourg, et les Etats-Unis d'Amérique.

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 qui fut signé le 3 février 2012.

Cet accord s'inspire très largement du traité de Prüm du 27 mai 2005, tel qu'il a été partiellement incorporé dans les décisions du Conseil de l'Union européenne du 23 juin 2008, n° 2008/615/JAI „*relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière*“ et n° 2008/616/JAI“ *concernant la mise en oeuvre de la décision 2008/615/JAI*“.

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.

L'accord conclu entre le Gouvernement du Luxembourg et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique vise à permettre une consultation mutuelle et automatisée des fichiers d'analyses ADN et des systèmes d'identification dactyloscopique, selon un système de concordance/sans concordance ou „*hit/no hit*“. Dans ce cas, seule l'existence d'une concordance entre les données de l'Etat demandeur et les données de l'Etat requis permet l'accès ultérieur aux données personnelles qui sont stockées dans les bases de données de l'Etat requis.

Le Luxembourg et les Etats-Unis se mettent mutuellement à disposition les données indexées. Les fichiers nationaux sont donc techniquement conçus de manière à ce que les empreintes et traces puissent être dissociées des données à caractère personnel proprement dites (nom, date de naissance, domicile, éléments de l'enquête etc.).

S'il est constaté que des traces d'identification dactyloscopique ou des profils ADN correspondent, l'échange des données à caractère personnel et d'autres informations se rapportant aux données indexées doit se faire sur la base du droit national de la partie requise, en ce compris les prescriptions en matière d'entraide judiciaire (et non de „l'assistance juridique“ qui est un terme impropre, employé aux articles 5 et 8 de l'accord).

Le champ d'application couvre, suivant l'article 1er, point 6, les infractions punies d'une peine privative de liberté de plus d'un an.

Cette durée correspond à celle définie dans le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Grand-Duché de Luxembourg et les Etats-Unis d'Amérique signé à Luxembourg, le 13 mars 1997 pour déterminer les limites de l'entraide (article 3, alinéa 1er, point b), et dans le Traité d'extradition entre le Grand-Duché de Luxembourg et les Etats-Unis d'Amérique signé à Washington le 1er octobre 1996 (article 2, alinéa 1er).

Le présent accord ne précise cependant pas si l'infraction qui entre dans son champ d'application doit être punie d'une peine privative de liberté d'un maximum supérieur à un an par la loi de l'Etat requérant, par la loi de l'Etat requis ou par les lois des deux Etats.

Le Traité d'extradition prévoit que la législation de chacun des Etats contractants doit comminer, pour l'infraction en cause, une peine privative de liberté supérieure à un an, tandis que le Traité d'entraide judiciaire prévoit que c'est la loi de l'Etat requérant qui doit prévoir cette peine.

En l'absence d'indication contraire, le principe de la double incrimination doit prévaloir.

Il faut donc consulter les lois tant de l'Etat requérant que de l'Etat requis pour déterminer si l'infraction en cause rentre dans le champ d'application de l'accord.

L'accord distingue entre deux cas de transmission de données à caractère personnel.

Le premier cas est la transmission de données à caractère personnel suite à la découverte d'une correspondance de traces dactyloscopiques ou de profils ADN (articles 3 à 9).

Le second cas est celui visé à l'article 11 de l'accord qui prévoit la transmission spontanée de données à caractère personnel, sans demande préalable de l'autre Etat signataire et sans vérification préalable d'une correspondance de traces dactyloscopiques ou de profils ADN dans les matières visées à l'article 11, alinéa 1er, points a, b et c.,

Dans toutes les hypothèses, la transmission de données à caractère personnel doit se faire dans le respect du droit national.

Dans le cas prévu aux articles 3 à 9 de l'accord, la transmission de données à caractère personnel doit en outre se faire conformément aux règles de l'entraide judiciaire.

Cette référence aux règles de l'entraide judiciaire est absente dans le cas de la transmission de données à caractère personnel prévue à l'article 11.

En ce qui concerne le droit national auquel il est fait référence, il faut notamment avoir égard à la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et notamment à son chapitre IV traitant des transferts de données vers des pays tiers.

En ce qui concerne le droit international de l'entraide pénale judiciaire, l'article 2 du traité d'entraide prévoit, quant à l'organe de transmission, la désignation d'autorités centrales, c'est-à-dire le Parquet Général pour le Luxembourg, qui communiquent directement entre elles pour l'exécution du traité.

L'accord déroge sur ce point au traité puisqu'il prévoit la transmission des données entre les points de contact nationaux. En principe, le point de contact luxembourgeois devrait pouvoir travailler de façon autonome et vérifier lui-même le respect des conditions mises au transfert de données à caractère personnel.

Quant au domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, il y a lieu de se reporter aux articles 1er et 3 du traité dans la mesure où ces dispositions peuvent s'appliquer aux transmissions visées par l'accord.

L'accord comprend la transmission de données à caractère personnel tant à des fins de prévention qu'à des fins de répression.

Par contre, le projet de loi introduit une distinction entre informations judiciaires et policières.

Suivant article 3, alinéa 2, du projet de loi: „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“.

Les informations policières pourraient être communiquées directement par le point de contact luxembourgeois au point de contact américain tandis que la communication des informations judiciaires 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 de l'accord (cf. commentaire des articles, pages 7 et 8).

Suivant le commentaire relatif à l'article 3, alinéa 2, joint au projet de loi (page 7 *in fine*) „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 de l'accord 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 faire une distinction entre l'activité de police administrative et l'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 (commentaire des articles page 7).

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 (...)“.

Or, parmi les transmissions de données à caractère personnel, seules celles visées aux articles 5 et 8, après vérification d'une concordance de traces dactyloscopiques ou de profils ADN, sont soumises aux restrictions prévues dans le traité d'entraide, mais non celles visées à l'article 11 de l'accord qui impose une transmission d'office, spontanée des données énumérées à l'alinéa 2 chaque fois que l'on se trouve dans l'un des cas sous a), b) ou c) de l'alinéa 1er de l'article 11. La transmission de données à caractère personnel en exécution de l'article 11 est étrangère au traité d'entraide.

La question d'une autorisation ne se pose donc pas en ce qui concerne l'article 11 de l'accord.

Il n'est en outre pas compréhensible, sur le plan de la protection des données personnelles, pourquoi, suivant le projet de loi, la transmission des informations dites judiciaires serait soumise à une autorisation d'un juge tandis que celles 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 seraient soumises 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): L'accord exclut toute intervention du pouvoir judiciaire

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

La transmission, l'échange et la mise à disposition à un autre Etat d'informations, en l'occurrence des données à caractère personnel, relèvent de la seule responsabilité du gouvernement sans que le pouvoir judiciaire y ait à interférer en accordant ou en refusant leur autorisation. L'accord ne prévoit pas une pareille intervention.

Les problèmes que la mise en oeuvre de l'accord pourrait susciter sont en principe réglés lors de consultations entre les parties signataires, c'est-à-dire sur le niveau diplomatique ou gouvernemental (accord article 20).

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 d'une autorité judiciaire, le projet de loi va au-delà de ce qui a été convenu dans l'accord.

L'accord 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 devrait être saisis, et qui pourraient être revendiqués par des personnes prétendant avoir un droit sur ces effets. Il porte au contraire exclusivement sur la transmission d'informations qui sont en la possession des autorités étatiques compétentes. Les modalités pratiques de cette transmission peuvent faire l'objet d'ententes ou d'accords de mise en oeuvre.

Le caractère strictement intergouvernemental de l'accord se trouve encore confirmé par son article 12, alinéa 3, qui dispose que „*le présent accord ne sera créateur d'aucun droit au bénéfice de toute personne privée, notamment celui d'obtenir, supprimer ou écarter tout élément de preuve ou de faire obstacle à l'échange de données à caractère personnel. Les droits existant indépendamment de cet accord ne sont cependant pas affectés*“.

Il s'ensuit que personne ne peut agir en justice sous prétexte qu'il se trouve lésé par l'exécution de l'accord.

En outre, les personnes qui se croient lésées ne pourraient pas davantage agir sur base du traité d'entraide. L'article 1er, alinéa 7, dispose en effet que „*les dispositions du présent Traité n'attribuent aucun droit nouveau aux particuliers ni n'affectent un droit préexistant dans leur chef leur permettant de s'opposer à l'exécution d'une demande d'entraide ou d'obtenir la suppression ou l'exclusion de preuves*“.

Les personnes qui se croient lésées en leurs droits ne peuvent agir qu'en application du droit interne, les demandes des autorités américaines devant être exécutées conformément à la loi de l'Etat requis (articles 5 et 8 de l'accord et article 5, alinéa 2, du traité d'entraide).

Sous réserve des dispositions particulières de l'accord 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 modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel 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'Etat, ou de son délégué qui la préside, et de deux membres de la Commission nationale nommés, sur proposition de celle-ci, par le ministre.*

(...)

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“.

L'article 3, alinéa 2, du projet de loi doit par conséquent 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 16 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 du „Memorandum of understanding Luxembourg – USA for the exchange of terrorist screening information“.

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.

J. P. FRISING
Procureur d'Etat

*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(9.3.2015)

Le 3 février 2012 a été signé à Luxembourg un Accord 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“). Un projet de loi propose de l'approuver et de le transposer en droit luxembourgeois.

Sur l'Accord

L'Accord constitue en substance une reprise des dispositions du Traité de Prüm¹ dans les rapports bilatéraux entre le Grand-Duché et les Etats-Unis d'Amérique.

Il comporte des dispositions dont la portée est très étendue.

Ainsi, contrairement au 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, il n'a pas seulement pour objet la recherche et la poursuite d'infractions³, mais également leur „prévention“⁴.

Si l'Accord se limite, suivant la terminologie y employée, aux „crimes graves“⁵, ce terme englobe toute infraction passible d'un emprisonnement de plus d'un an⁶. Elle englobe dès lors toute infraction dépassant le seuil à partir duquel l'entraide judiciaire doit être accordée sur le fondement du Traité d'entraide judiciaire bilatéral précité⁷, dont l'objet n'est nullement circonscrit aux infractions graves. Eu égard également au nombre extrêmement important d'infractions ainsi visées, l'adjectif „grave“ peut ne pas paraître comme étant une description appropriée de la nature des infractions visées par l'Accord.

L'Accord érige en principe que les données obtenues sur son fondement peuvent être utilisées d'une façon extrêmement large, même dans des enquêtes en matière pénale autres que celles dans le cadre desquelles elles ont été sollicitées⁸, dans des procédures administratives ou judiciaires non pénales, mais liées directement aux enquêtes, pour la prévention d'une menace grave à la sécurité publique ou pour toute autre finalité, sous réserve cependant, dans ce dernier cas, d'un consentement préalable de la Partie ayant transmis les données⁹. Cette absence d'un principe de spécialité, qui est prévu par l'article 13 de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale¹⁰ et par l'article 7 du Traité d'entraide judiciaire bilatéral précité, est cependant corrigée par l'article 11, paragraphe 3, de l'Accord, qui dispose que „La Partie qui transmet les données peut, dans le respect de son droit national, imposer des conditions quant à l'utilisation qui en sera faite par la Partie destinataire. Si cette dernière accepte les données, elle sera liée par ces conditions.“ La mise en oeuvre de cette restriction suppose cependant l'existence de dispositions de droit national qui l'imposent. Une

1 Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, signé à Prüm le 27 mai 2005, approuvé par la loi du 22 décembre 2006 (Mémorial A, 2006, n° 234, page 4280). Le Traité a été remplacé par la décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière (Journal officiel de l'Union européenne, L. 210 du 6.8.2008, page 1).

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).

3 Voir l'article 1er, paragraphe 1, du Traité.

4 Voir les articles 2; 4, paragraphe 1 et 11, paragraphe 1, de l'Accord.

5 Voir notamment les articles 2; 4, paragraphe 1; et 11, paragraphe 1, de l'Accord.

6 Article 1, paragraphe 6, de l'Accord.

7 Article 3, paragraphe 1, sous b), du Traité d'entraide judiciaire bilatéral précité.

8 L'article 13, paragraphe 1, sous a), évoque sans autre précision une utilisation „aux fins de ses enquêtes en matière pénale“.

9 Article 13, paragraphe 1, de l'Accord.

10 Lois spéciales, V° Entraide judiciaire et extradition, page 101.

telle disposition existe, dans le domaine de l'entraide judiciaire coercitive¹¹, dans l'article 13 précité de la loi du 8 août 2000. Elle fait toutefois défaut dans le domaine de l'entraide judiciaire non coercitive et, sauf erreur, dans celui de la coopération policière. Le projet de loi de transposition serait à compléter sur ce point. Un système concevable serait de donner, suivant les cas, au point de contact, s'agissant des échanges non soumis à autorisation préalable par l'autorité judiciaire, et à cette dernière, s'agissant des échanges soumis à son autorisation, le pouvoir de formuler de telles restrictions respectivement dans l'acte de transmission des informations par le point de contact ou dans l'autorisation de l'autorité judiciaire.

Les échanges régis par l'Accord ne se limitent pas à des données non personnalisées relatives à des empreintes digitales et des profils ADN, puis, en cas de concordance constatée, à l'identité de l'auteur de ces empreintes ou profils. Ils s'étendent à l'identité des suspects de certaines infractions graves¹² et à des données non personnelles y relatives¹³. Le caractère très large des termes „*données non personnelles*“¹⁴ ne laisse entrevoir aucune circonscription de la portée de l'échange, si ce n'est qu'il porte sur le contenu des dossiers détenus par l'autorité requise, donc ne peut avoir pour objet la recherche de moyens de preuve non contenus dans ces dossiers. Il est difficile de ne pas être frappé par le caractère fort vague de la définition des infractions qui donnent lieu à l'échange régi par l'article 11 de l'Accord. L'échange ainsi visé concerne des „*infractions terroristes ou liées au terrorisme, ou des infractions liées à un groupe ou une association terroriste*“¹⁵, le fait de suivre „*un entraînement afin de commettre*“¹⁶ de telles infractions et le fait de commettre „*une infraction criminelle grave*“¹⁷ ou de participer à „*une association ou un groupe du crime organisé*“¹⁸. L'Accord ne fournit pas de précisions au sujet de la question de savoir si et de quelle façon le terme „*infraction criminelle grave*“ diffère de celui de „*crime grave*“. Cette incertitude est regrettable étant donné qu'elle hypothèque la légalité des échanges d'information exécutés sous cette qualification sur le fondement de l'article 11.

Le critère principal de mise en œuvre de l'Accord est la qualification de „*crime grave*“¹⁹. Ce terme est, ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, défini comme „*infraction passible d'un emprisonnement maximum de plus d'un an, ou d'une sanction plus lourde*“²⁰. La Cour Supérieure de Justice souligne à juste titre dans son avis²¹ que cette formulation laisse ouverte la question de savoir si ce seuil de peine doit être respecté par la loi de l'Etat requérant, par la loi de l'Etat requis ou, cumulativement, par la loi des deux Etats. L'avis retient dans le doute ce dernier cas de figure. Le Traité d'entraide bilatéral précité prévoit, à titre de comparaison, un double critère: l'entraide ne peut être refusée si l'infraction est punie d'une peine privative de liberté d'un maximum supérieur à un an dans l'Etat requérant et supérieur à six mois dans l'Etat requis²². Si la lecture de l'avis est correcte, la portée de l'Accord est plus restrictive que celle du Traité. L'incertitude de la formulation incite en tout cas à se reporter dans le doute, et dans la crainte d'hypothéquer la légalité des échanges, à cette lecture.

11 Relativement aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale „*qui tendent à faire opérer au Grand-Duché une saisie d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature, une communication d'informations ou de documents ordonnée conformément aux articles 66-2 à 66-4 du Code d'instruction criminelle, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré analogue*“ (Article 1er de la loi précitée du 8 août 2000).

12 Article 11, paragraphe 1, de l'Accord.

13 Article 11, paragraphe 5, de l'Accord.

14 Idem.

15 Article 11, paragraphe 1, sous a), de l'Accord.

16 Article 11, paragraphe 1, sous b), de l'Accord.

17 Article 11, paragraphe 1, sous c), de l'Accord.

18 Idem.

19 Voir notamment l'article 2 de l'Accord.

20 Article 1er, paragraphe 6, de l'Accord.

21 Voir la partie introductive de l'Avis.

22 Articles 1er, paragraphe 3, et 3, paragraphe 1, sous b), du Traité d'entraide bilatéral précité. Si ces seuils sont respectés l'entraide doit être acceptée. Le Traité réserve cependant une faculté d'exécution en cas de non-respect de ces seuils.

Sur la question de savoir si l'Accord exclut l'intervention d'une autorité judiciaire

Dans son avis, la Cour Supérieure de Justice conclut qu'il y a lieu de biffer l'article 3, paragraphe 2, du projet de loi de transposition, qui prévoit et définit l'intervention des autorités judiciaires, lorsque la communication effectuée sur base de l'Accord concerne des informations judiciaires. Cette conclusion se fonde sur le constat qu'aucune disposition de l'Accord n'appelle l'intervention d'un juge et qu'en faisant dépendre la communication d'informations d'une autorisation des autorités judiciaires le projet de loi irait au-delà de ce qui a été convenu dans l'Accord²³.

Cette conclusion et les prémisses sur lesquelles elle repose appellent des objections.

Les prémisses de cette conclusion sont triples. D'abord, l'Accord ne réserverait le respect des règles de l'entraide judiciaire en matière pénale, que le contrôle par l'autorité judiciaire proposé par le projet de loi a pour objet d'assurer, que pour le seul échange de données personnelles en rapport avec des empreintes digitales ou de profils ADN, à l'exclusion de tout autre échange prévu par lui. Ensuite, l'échange des informations, dans la mesure où celles-ci se trouvent par hypothèse déjà en possession des autorités étatiques, serait étranger à l'entraide judiciaire en matière pénale. Finalement, l'Accord, en prévoyant la transmission des informations échangées par un point de contact, mission que le projet de loi entend confier non à une autorité judiciaire, mais à un service de police, à savoir le Service de police judiciaire de la Police grand-ducale, imposerait en principe à ce point de contact d'agir de façon autonome et de vérifier de son propre mouvement le respect des conditions du transfert.

Sur le renvoi, par l'Accord, aux règles de l'entraide judiciaire

La Cour Supérieure de Justice soutient dans son avis que l'Accord circonscrit le renvoi aux règles de l'entraide judiciaire à la seule transmission de données personnelles en matière d'empreintes digitales et de profils ADN²⁴.

L'Accord opère notamment des renvois au droit national dans son article 5, consacré à la transmission de données à caractère personnel en matière d'empreintes digitales, dans l'article 8, consacré à la transmission de telles données en matière de profils ADN et dans l'article 11, paragraphe 1, en matière de transmission de données personnelles et non personnelles en rapport avec certaines infractions qualifiées de graves.

Tandis que les articles 5 et 8 disposent que la transmission qu'ils régissent est régie „*par le droit national, y compris les règles d'assistance juridique*“ (donc les règles d'entraide judiciaire en matière pénale), l'article 11, paragraphe 1, subordonne la transmission des données y visées au respect par les Parties „*de leur droit national respectif*“.

L'avis précité déduit de cette différence de formulation que les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale ne régissent que la transmission prévue par les articles 5 à 8, à l'exclusion de celle prévue par l'article 11.

Cette déduction est doublement discutable. D'une part, comme les règles de l'entraide judiciaire font partie du droit national, ce qui est à suffisance confirmé par la formulation des articles 5 et 8, le renvoi, par l'article 11, au droit national les inclut nécessairement, même si elles n'y sont pas formellement énumérées. D'autre part, il serait difficilement concevable pour être logiquement incohérent d'admettre que ces règles puissent régir la transmission des noms des personnes ayant laissé sur le lieu d'une infraction leurs empreintes digitales²⁵ ou leurs traces ADN²⁶, sans s'appliquer également à la transmission des noms de personnes suspectées d'avoir participé à certaines infractions graves²⁷ et à celle de toute autre donnée tirée du dossier pénal en rapport avec ces infractions²⁸.

²³ Voir le point 4) de l'Avis de la Cour Supérieure de Justice.

²⁴ Voir le point 2) de l'Avis de la Cour Supérieure de Justice.

²⁵ Article 5 de l'Accord.

²⁶ Article 8 de l'Accord.

²⁷ Article 11, paragraphes 1 et 2, de l'Accord.

²⁸ Article 11, paragraphe 5, de l'Accord.

Le respect des règles de l'entraide judiciaire est donc réservé par l'Accord tant dans le cadre de l'article 11 que dans celui des articles 5 et 8.

Reste à savoir quel régime est imposé par l'Accord en ce qui concerne la consultation automatisée, et non personnalisée, d'empreintes digitales et de traces ADN, prévue par les articles 4 et 7.

Dans ces deux matières, l'Accord dispose que la consultation automatisée doit s'effectuer au cas par cas „dans le respect du droit national de la Partie requérante“. Cette réserve est donc spécifique à la Partie requérante, mais étrangère à la Partie requise. Or, un refus fondé sur des motifs tirés de l'entraide judiciaire ne se conçoit que dans le chef de la Partie requise. Ainsi compris l'Accord ne permettrait donc pas de refus d'assistance dans ces matières pour de tels motifs. Le projet de loi de transposition n'opère toutefois pas de distinction en ce qui concerne les matières dans lesquelles un refus tiré de l'entraide judiciaire peut être opposé par l'autorité judiciaire compétente.

Cette conclusion est cependant prématurée en ce qui concerne la consultation automatique de profils ADN. L'article 7, paragraphe 1, de l'Accord dispose, en effet, que les Parties „peuvent“ accorder un accès aux données de référence dans leurs fichiers d'analyse ADN „si le droit national des deux Parties le permet“. Il y a donc, dans cette matière, également une réserve, de surcroît de formulation large, tirée du respect du droit national. Comme ce droit national inclut les règles de l'entraide judiciaire, un refus fondé sur de tels motifs est partant compatible avec l'Accord.

Ce n'est finalement que par rapport à la consultation automatisée des empreintes digitales, régie par l'article 4 de l'Accord, que ce dernier ne prévoit aucune réserve tirée du droit national de la Partie requise. L'Accord impose, en effet, sans autre réserve que „chaque Partie permettra aux points de contact nationaux de l'autre Partie [...] un accès aux données de référence du système d'identification automatique des empreintes digitales“.

L'Accord réserve partant le respect des règles de l'entraide judiciaire dans les matières régies par les articles 5, 7, 8 et 11. Ce n'est que relativement à la consultation automatisée des empreintes digitales, prévue par l'article 4, que cette réserve ne trouve pas à s'appliquer.

Sur l'applicabilité des règles de l'entraide judiciaire aux échanges d'information prévus par l'Accord

Il est soutenu dans l'avis précité que les informations échangées au titre de l'Accord, qu'elles le soient sur le fondement des articles 4 et 7 ou sur celui des articles 5, 8 et 11, ne relèvent pas de l'entraide judiciaire. Il en serait ainsi étant donné que ces informations se trouvent dans les dossiers des autorités étatiques, donc ne doivent pas être recherchées entre les mains de tiers, et qu'elles seraient, en raison de leur nature d'informations, par nature soustraites à l'entraide judiciaire, qui serait circonscrite à la transmission de documents, fonds et autres effets.

Ces arguments ne peuvent trouver adhésion.

D'abord, en admettant la prémisse implicite, mais incorrecte, que l'entraide judiciaire est circonscrite au résultat d'actes de contrainte, les échanges d'information prévus par l'Accord se fondent dans bien des cas sur des objets ou documents qui sont entrés entre les mains de la justice à l'aide d'un acte de contrainte. Il y a tout particulièrement lieu de songer à la catégorie résiduaire des „données non personnelles“, visées par l'article 11, paragraphe 5, de l'Accord²⁹. Même les empreintes digitales³⁰ et les traces ADN³¹ peuvent avoir été obtenues sous la contrainte. Or, dans la pratique courante des preuves obtenues sous la contrainte dans une procédure pénale donnée ne sont intégrées dans une autre procédure pénale interne ou transmises dans le cadre de l'entraide judiciaire pénale internationale qu'après avoir été saisies (à nouveau) à cette fin par le juge d'instruction³². La circonstance qu'une information figure dans un dossier pénal n'implique donc pas qu'il puisse en être disposé sans restriction à d'autres

²⁹ Ces informations peuvent avoir été obtenues à l'aide d'une perquisition et saisie. Il en est ainsi, à titre d'illustration, du résultat de perquisitions bancaires renseignant sur des transactions financières effectuées par des personnes suspectées d'être membre d'une association de malfaiteurs (type d'infraction prévu par l'article 11, paragraphe 1, sous c), de l'Accord) ou du résultat d'écoutes téléphoniques ou de repérages téléphoniques concernant de telles personnes.

³⁰ A savoir celles prélevées à l'occasion d'une perquisition et saisie.

³¹ Voir l'article 48-1, paragraphe 3, du Code d'instruction criminelle, qui prévoit le prélèvement de telles traces sous la contrainte.

³² Cette seconde saisie vise la preuve en tant qu'elle figure dans le dossier pénal. Concrètement le juge d'instruction saisit tout ou partie du dossier pénal.

fins. La transmission dans le cadre de l'entraide judiciaire de données obtenues sous la contrainte dans une procédure pénale interne suppose donc l'exécution d'un nouvel acte de contrainte.

Ensuite, l'entraide judiciaire en matière pénale n'est pas circonscrite à l'exécution d'actes de contrainte. Cet objet limite certes le domaine de la loi du 8 août 2000. L'entraide judiciaire a toutefois un domaine autrement plus large. Ce constat général se confirme pour ce qui concerne les règles régissant l'entraide judiciaire pénale entre le Luxembourg et les Etats-Unis d'Amérique. Le Traité d'entraide bilatéral dispose, en effet, dans son article 1er, paragraphe 2, que „*l'entraide comprend: [...] b) la communication de documents, dossiers et éléments de preuve; [...] d) la localisation ou l'identification de personnes ou d'objets [et] i) toute autre forme d'entraide non prohibée par la loi de l'Etat requis*“. Il s'ensuit que les échanges d'informations visés par l'Accord ne sont pas, en raison de leur nature d'échanges d'informations, exclus du domaine de l'entraide judiciaire pénale.

Finalement, et surtout, le projet de loi ne prétend pas que les échanges régis par l'Accord relèvent de l'entraide judiciaire et soient régis par le Traité d'entraide bilatéral. Les règles de l'entraide judiciaire ne sont pas appliquées telles quelles. Elles ne constituent que la source d'inspiration du régime de droit interne, défini par la loi d'approbation, auquel l'échange est, dans le respect de l'Accord, subordonné. Les motifs de refus tirés de l'entraide judiciaire ne sont donc appliqués que par analogie.

Il est encore tiré argument dans l'avis de l'article 12, paragraphe 3, de l'Accord³³, qui dispose que l'Accord ne permet pas d'obtenir, de supprimer ou d'écarter un élément de preuve ou de faire obstacle à l'échange de données à caractère personnel. Une disposition similaire figure dans le Traité d'entraide bilatéral³⁴, ainsi que le rappelle l'avis. Ce dernier concède que les personnes qui se croient lésées dans leurs droits peuvent agir en vertu du droit interne. Quelle que soit sa portée, une telle clause n'empêche pas les Parties de subordonner, conformément à l'Accord, l'échange d'informations à des conditions définies par leur droit national et ne dispense pas les autorités étatiques à respecter ces conditions.

Sur l'exclusion, par suite de l'instauration d'une transmission par points de contact, d'un contrôle par une autorité judiciaire

L'avis considère que l'Accord déroge au Traité d'entraide bilatéral en ce qu'il réserve la transmission des données à des points de contact et non aux autorités centrales désignées par ce dernier³⁵. Ces points de contact devraient, selon l'avis, décider en principe seuls du respect des conditions de l'échange d'information³⁶. Dans la logique de l'argument, l'entraide judiciaire ainsi qu'une intervention des autorités judiciaires seraient exclues par l'Accord étant donné que l'échange d'informations qu'il instaure serait à assurer en principe seul par le point de contact qui, suivant le projet de loi, est au Luxembourg, un service de police, à savoir le Service de police judiciaire de la Police grand-ducale. L'argument pourrait, à première vue, trouver une justification supplémentaire dans les articles 6, paragraphe 1, et 9, paragraphe 1, de l'Accord, qui disposent, dans le contexte de la désignation de points de contact, que „*le recours à d'autres circuits disponibles d'assistance juridique n'est pas nécessaire, sauf en tant que de besoin, par exemple afin d'authentifier des données aux fins de leur admissibilité dans le cadre d'une procédure judiciaire par la Partie requérante*“.

Les points de contact ont, suivant les articles 6, 9 et 11, paragraphe 6, pour mission de transmettre les données échangées. Une telle mission n'est pas en soi incompatible avec l'obligation de solliciter, préalablement à cet échange, l'autorisation d'une autorité tierce. Ainsi le Traité d'entraide bilatéral désigne également des autorités centrales, dont la mission est, de façon similaire, la réception et l'envoi des demandes d'entraide et de leurs actes d'exécution. Cette désignation n'implique toutefois d'évidence pas la dispense de recourir aux autorités judiciaires compétentes aux fins d'exécuter les demandes d'entraide. Le point de contact de l'Accord, tout comme l'autorité centrale du Traité, est un organe de transmission. Les articles 6, paragraphe 1, et 9, paragraphe 1, l'énoncent formellement en précisant que leur mission consiste dans „*la transmission des données*“ non personnalisées d'empreintes digitales et de profils ADN échangées dans une première phase et dans „*la communication ultérieure de données à caractère personnel supplémentaire*“ après constat d'une concordance.

³³ Voir le point 4) de l'avis de la Cour Supérieure de Justice.

³⁴ Article 1er, paragraphe 7, du Traité d'entraide bilatéral.

³⁵ Article 2 du Traité d'entraide bilatéral. L'autorité centrale est, pour le Luxembourg, le Parquet Général.

³⁶ Voir l'introduction de l'avis de la Cour Supérieure de Justice.

La dispense, exprimée par les articles 6, paragraphe 1, et 9, paragraphe 1, de l'Accord, de recourir „à d'autres circuits disponibles d'assistance juridique“, s'entend dans le contexte de ces articles comme une dispense accordée à l'autorité requérante de devoir recourir à la procédure classique de l'entraide judiciaire. Elle ne se comprend pas comme une dispense accordée à l'Etat requis de respecter les règles de l'entraide judiciaire, d'ailleurs formellement réservées par les articles 5 et 8, et, à plus forte raison, comme une dispense de respecter les règles de droit interne définissant les conditions auxquelles est subordonné l'échange d'information.

L'Accord n'impose de surcroît ni la désignation d'un point de contact de nature policière ni la désignation d'un point de contact unique³⁷.

L'obligation imposée par l'Accord de désigner des points de contact n'exclut donc pas l'application possible des règles de l'entraide judiciaire et l'intervention, à cette fin, des autorités judiciaires.

Conclusion

L'Accord n'exclut pas l'intervention d'autorités judiciaires.

Il réserve formellement le respect du droit interne des Parties. Il confirme que les règles de l'entraide judiciaire en font partie. Il laisse donc aux Parties la faculté de définir dans leur droit interne les conditions auxquelles l'échange d'information est subordonné. Faute de prévoir des restrictions à cette fin, il ne s'oppose pas à voir ces conditions définies dans la loi d'approbation et à les voir définies d'une façon spécifique pour les besoins de l'Accord.

L'Accord se distingue de ce point de vue de la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres de l'Union européenne³⁸. Celle-ci empêche les Etats membres de subordonner à un accord ou à une autorisation judiciaire l'échange d'information entre leurs services de police et ceux des autres Etats membres si cet accord ou cette autorisation n'est pas requis en droit interne³⁹. Elle assimile donc de ce point de vue les services de police des autres Etats membres aux services de droit interne. L'Accord ne comporte pas de tel „principe de non-discrimination“ et d'assimilation des services de police étrangers aux services nationaux. Il ne s'oppose partant pas à voir soumettre l'échange d'information à des conditions spécifiques, définies par la loi d'approbation.

Par voie de conséquence, le projet de loi, en prévoyant l'autorisation par une autorité judiciaire et un refus pour des motifs tirés de l'entraide judiciaire n'ajoute rien à l'Accord et se trouve être compatible avec ce dernier. La seule matière dans laquelle un refus pour de tels motifs est incompatible avec l'Accord est la consultation automatisée d'empreintes digitales, régie par l'article 4.

Sur le projet de loi

Le projet de loi de transposition propose de confier la mission de point de contact au Service de police judiciaire de la Police grand-ducale. Ce point de contact peut communiquer directement les informations dont il dispose au point de contact des Etats-Unis. Il agit, à bien comprendre, de sa propre initiative et sous sa propre responsabilité, sauf si les informations qu'il se voit demander par les autorités des Etats-Unis ou s'il s'apprête à leur transmettre sont des informations dites judiciaires. Dans ce cas, l'autorité judiciaire titulaire de ces informations est appelée à donner son autorisation, qu'elle ne peut refuser que pour les motifs pour lesquels une demande d'entraide judiciaire adressée par les Etats-Unis au Luxembourg pourrait être refusée.

Sur la distinction entre informations policières et judiciaires

Le projet de loi opère une distinction entre des informations policières et des informations judiciaires. Ce critère est important étant donné que, dans la logique du projet de loi, l'échange

³⁷ Voir à cet égard la formulation de l'article 6, paragraphe 1, de l'Accord: „[...] chaque Partie désignera un ou plusieurs points de contact nationaux“.

³⁸ Journal officiel de l'Union européenne n° L 386 du 29.12.2006, page 89. Cette décision-cadre n'a pas encore été transposée en droit luxembourgeois.

³⁹ Article 3, paragraphe 3, de la décision-cadre.

d'„informations policières“ est soustrait à tout contrôle tandis que celui d'„informations judiciaires“ suppose une autorisation d'une autorité judiciaire.

La distinction entre informations judiciaires et policières se réclame de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁴⁰, qui définit dans son article 8 le régime du traitement de données dites judiciaires. Sont ainsi visés „*le traitement des données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires*“⁴¹, ainsi que celui de „*données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté*“⁴².

Ces textes sont à rapprocher de l'article 17 de la même loi qui dispose que les traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche et à la constatation des infractions pénales réservés notamment aux organes du corps de la police grand-ducale, font l'objet d'un règlement grand-ducal⁴³ et sont contrôlés et surveillés par une autorité de contrôle composée du Procureur général d'Etat, ou de son délégué, et de deux membres de la Commission nationale de la protection des données⁴⁴. Sont à citer dans cet ordre d'idées notamment un règlement grand-ducal modifié du 2 octobre 1992 relatif à la création et à l'exploitation d'une banque de données nominatives de police générale⁴⁵. Il en est encore ainsi pour ce qui concerne les empreintes digitales et les photographies recueillies en application des articles 47-2 et 51-2 du Code d'instruction criminelle⁴⁶. En revanche, les données ADN sont traitées sous la responsabilité du Procureur général d'Etat⁴⁷, donc ne constituent pas un traitement de données au sens de l'article 17 précité.

Le commentaire des articles souligne à juste titre que la distinction entre informations judiciaires et policières ne fait l'objet d'aucune définition légale.

Deux lectures se conçoivent.

Dans une première lecture, la nature de la donnée dépend du traitement dont elle fait l'objet. Ainsi, une donnée traitée, conformément à l'article 8 de la loi du 2 août 2002, „*dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires*“ est une donnée judiciaire. En revanche, la même donnée, recueillie dans le cadre d'une telle enquête pénale, qui est ultérieurement intégrée dans „*les traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche et à la constatation des infractions pénales*“, visé par l'article 17 de cette loi, devient, en raison de ce traitement, une donnée policière. Une donnée en soi est donc neutre. Elle ne devient judiciaire ou policière que par suite du traitement dont elle fait l'objet. Sa qualification dépend de la finalité de son usage.

Dans une seconde lecture, la nature d'une donnée dépend de la finalité pour laquelle elle a été recueillie, donc du motif de sa collecte. Une donnée obtenue dans le cadre d'enquêtes pénales ou de procédures judiciaires est une donnée judiciaire. Elle garde cette nature peu importe la nature du traitement dont elle fera l'objet, donc qu'elle fasse l'objet d'un traitement dans le cadre d'une enquête pénale ou d'une procédure judiciaire, prévu par l'article 8 de la loi, ou qu'elle soit ultérieurement intégrée dans une banque de données policières, donc fasse l'objet d'un traitement prévu par l'article 17 de la loi. Dans cette lecture il y a lieu de distinguer entre la finalité de la collecte de l'information, qui détermine sa qualification, et son traitement, qui n'est pas pertinente pour la qualifier. Une donnée n'est donc pas en soi neutre et sa qualification comme donnée judiciaire ou policière ne dépend pas du traitement dont elle fait l'objet, donc de la finalité de son usage, mais de la finalité de sa collecte.

40 Code Administratif, Volume 5, V° Informatique, page 36.

41 Article 8, paragraphe 1, de la loi du 2 août 2002.

42 Article 8, paragraphe 2, de la même loi.

43 Article 17, paragraphe 1, sous a), de la même loi.

44 Article 17, paragraphe 2, de la même loi.

45 Texte originairé publié au Mémorial A, 1992, page 2247. Le fond du texte a été légèrement modifié par règlement grand-ducal du 9 août 1993 (Mémorial A, 1993, page 1180). L'autorisation qui avait été initialement accordée pour 5 ans a été progressivement prorogée, en dernier lieu par règlement grand-ducal du 19 mai 2014 (Mémorial A, 2014, page 1416) jusqu'au 31 décembre 2015.

46 Articles introduits par la loi du 5 juin 2009 relative à l'accès des autorités judiciaires, de la Police et de l'Inspection générale de la Police à certains traitements de données à caractère personnel mis en oeuvre par des personnes morales de droit public (Mémorial, A, 2009, n° 135, page 1896). Les articles 47-2 et 51-2 du Code d'instruction criminelle disposent que les empreintes digitales et les photographies recueillies en application de ces articles „*peuvent être traitées ultérieurement par la Police à des fins de prévention, de recherche et de constatation des infractions pénales*“.

47 Article 15, paragraphe 1, de la loi modifiée du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale (Mémorial A, 2006, n° 163, page 2984).

Les deux lectures sont, à première vue, conciliables avec la loi. Celle-ci ne comporte, comme rappelé, pas de définition du terme „données judiciaires“, qu'elle emploie dans l'intitulé de l'article 8 ni de celui de „données policières“. Elle se limite à définir, dans l'article 8, le traitement de données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires et, dans l'article 17, le traitement d'ordre général de données nécessaire à la prévention, à la recherche et à la constatation des infractions. Elle réglemente donc différents traitements, distingués suivant leurs finalités, de données dont la nature n'est pas elle-même définie.

Le Rapport de la Commission des média et des communications de la Chambre des Députés évoque cependant que les données judiciaires sont „*les données traitées dans le cadre d'enquêtes pénales ou de procédures judiciaires civiles ou administratives*“⁴⁸. Le terme de „données judiciaires“ ne figure qu'à l'article 8. Il n'est pas repris dans l'article 17. Ces rares éléments, tenant pour l'essentiel à l'intitulé d'un article de la loi, pourraient inciter à donner l'avantage à la première des deux lectures.

L'article 4, paragraphe 1, sous a), de la loi dispose que le responsable du traitement doit s'assurer que les données qu'il traite sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. L'accent est ainsi mis sur la finalité pour laquelle les données sont collectées. Or, ce critère correspond à la seconde lecture.

Les auteurs du projet de loi paraissent avoir opté plutôt pour cette dernière étant donné qu'ils définissent dans le commentaire des articles le terme information judiciaire comme „*information faisant partie d'une procédure pénale qui est sous le contrôle et la direction d'un magistrat ou d'une juridiction pénale*“⁴⁹. Or, une information peut faire partie d'une procédure pénale et se trouver partant forcément sous le contrôle d'un magistrat tout en faisant par ailleurs, en parallèle, objet d'un traitement policier sur le fondement de l'article 17 de la loi précitée. Ce traitement policier ne la disqualifie dans cette optique pas en information policière. Le traitement policier d'une donnée judiciaire n'est, dans la logique de cette définition, pas de nature à transformer une donnée judiciaire en une donnée policière. Dans ce même ordre d'idées, le commentaire des articles souligne à raison l'extrême rareté des informations policières par comparaison avec les informations judiciaires telles que définies par les auteurs du projet de loi. Les auteurs du projet de loi précisent par ailleurs „*que la Police peut détenir des informations dites „judiciaires“ d'une part, et des informations dites „policières“ d'autre part*“. Il se pourrait toutefois que cette phrase ait moins pour objet d'arbitrer entre les deux lectures en discussion que d'exprimer la thèse, qui sera critiquée ci-après, de l'existence d'une enquête policière préalable à l'enquête judiciaire.

Comme la lecture retenue détermine le domaine du contrôle des autorités judiciaires, il importe de prendre parti sur celle à retenir. S'il est décidé de maintenir ce critère, il doit donc impérativement être défini avec précision dans la loi.

Avantages et inconvénients des deux lectures

Les deux lectures en jeu se différencient du point de vue de leurs avantages et de leurs inconvénients.

La seconde, qui qualifie les données suivant la finalité de leur collecte et non suivant celle de leur traitement, comporte un périmètre de données judiciaires, donc de données dont l'échange est subordonné à une autorisation judiciaire préalable, plus large que la première. Tandis que cette dernière exclut de ce périmètre toute donnée, même d'origine judiciaire, figurant dans les banques de données des services de police, la seconde englobe outre les données figurant matériellement dans les dossiers des autorités judiciaires également ces mêmes données pour autant qu'elles soient, à l'époque de leur collecte ou ultérieurement, regroupées dans les banques de données policières.

La seconde lecture permet donc un contrôle judiciaire préalable à l'échange beaucoup plus large que la première (qui qualifie les données en données judiciaires ou policières suivant la finalité de leur traitement, quels que soient les motifs pour lesquels elles ont été collectées).

Elle présente cependant une complexité plus grande que la première.

Dans cette dernière, la qualification d'une donnée est simple: une donnée figurant dans un dossier des autorités judiciaires est de nature judiciaire tandis que toute donnée, même d'origine judiciaire,

⁴⁸ Document parlementaire n° 4735¹³, page 15, sous 2).

⁴⁹ Projet de loi, Commentaire des articles 3 et 4.

figurant dans une banque de donnée policière prévue par l'article 17 de la loi est une donnée policière. Bref, si l'échange d'informations porte sur une donnée, qu'elle soit même d'origine judiciaire, qui figure dans ces banques de données, il concerne une donnée policière, de sorte que l'échange n'est pas soumis à autorisation judiciaire préalable (mais seulement à un contrôle a posteriori par l'autorité de contrôle prévue par l'article 17). En revanche, si l'échange porte sur une donnée ne figurant pas dans ces banques de données, mais qu'il n'est possible de se la procurer qu'en consultant les dossiers des autorités judiciaires, il s'agit d'une donnée judiciaire et son échange est soumis à autorisation judiciaire préalable.

Dans la seconde lecture, les données judiciaires englobent outre celles figurant dans les dossiers des autorités judiciaires également ces mêmes données pour autant qu'elles figurent dans des banques de données policières. Or, dans ces banques de données figurent également, le cas échéant, d'autres données, qui ne sont pas d'origine judiciaire. Il y a donc lieu de faire la part des choses. Il faut partant déterminer pour chaque donnée figurant dans une telle banque de données si elle n'a pas une origine judiciaire. La difficulté n'est sans doute pas insurmontable étant donné que l'extrême majorité des données y figurant a cette origine. Celle-ci peut, à la limite, être présumée.

Ce qui est, en revanche, beaucoup plus difficile, c'est de relier une donnée d'origine judiciaire figurant dans une banque de donnée policière à un dossier judiciaire déterminé. Ainsi, à titre d'exemple, les services de police regroupent dans une banque de données les empreintes digitales prélevées à l'occasion d'innombrables enquêtes pénales. Il n'est pas sans effort d'identifier l'enquête pénale précise à l'occasion de laquelle telle empreinte a été prise, d'identifier le dossier judiciaire qui s'y rapporte et de déterminer l'état de procédure dans lequel se trouve ce dossier et, partant, le magistrat qui en est au moment donné responsable. Cette difficulté pourrait certes être techniquement résolue par des moyens informatiques, qui supposeraient toutefois une large interconnexion des banques de données des autorités judiciaires avec celles des services de police, option qui soulève de manifestes difficultés du point de vue de la protection des données. Ce désavantage de la seconde lecture se présente si, comme proposé par le projet de loi, l'autorisation préalable à l'échange est à accorder par l'autorité judiciaire qui est en charge du dossier judiciaire dont la donnée à échanger relève. Il s'efface si ce contrôle est confié à une autorité unique.

Dépassement possible des inconvénients des deux lectures par recours à un critère alternatif

Il n'est, du moins dans le contexte de l'Accord, sans doute pas nécessaire d'arbitrer entre les deux lectures possibles des notions d'informations judiciaires et policières. Il est, en effet, eu égard à la rédaction de l'Accord, concevable de faire abstraction de ce critère. L'Accord différencie clairement les objets de l'échange d'information qu'il institue :

- L'article 4 régit la consultation automatisée de données dactyloscopiques non nominatives.
- L'article 5 concerne la transmission de données nominatives à la suite du constat d'une correspondance dans le cadre de la consultation prévue par l'article 4.
- L'article 7 régit la consultation automatisée de profils ADN non nominatifs.
- L'article 8 est relatif à la transmission de données nominatives à la suite du constat d'une correspondance dans le cadre de la consultation prévue par l'article 7.
- L'article 11 régit la transmission, le cas échéant spontanée, de données à caractère personnel et non personnels aux fins de la prévention, de la détection et de l'enquête portant sur „des infractions criminelles et terroristes graves“.

Comme il a été rappelé ci-avant, la banque de données des empreintes digitales constitue un traitement de données effectué par les services de police sur le fondement de l'article 17 de la loi du 2 août 2002. Elle regroupe donc des données policières dans la première lecture et judiciaires dans la seconde. Les profils ADN sont gérés par le Parquet général. Il s'agit donc de données judiciaires dans les deux lectures. Les données visées par l'article 11 de l'Accord sont hétéroclites. Elles peuvent, en partie, se trouver dans des banques de données gérées par les services de police sur le fondement de l'article 17 de la loi du 2 août 2002 (donc constituer une donnée policière dans la première lecture et, suivant leur origine, une donnée judiciaire dans la seconde) et, en partie, résulter d'éléments de dossiers judiciaires (donc constituer une donnée judiciaire dans les deux lectures).

Il s'ensuit que la ventilation des échanges visés par les différents articles de l'Accord suivant le critère des données judiciaires/policières n'est pas nécessairement aisée, surtout pour ceux prévus par l'article 11, qui constitue en quelque sorte un „fourre-tout“.

Les consultations de données non nominatives, de données dactyloscopiques et de profils ADN prévues par les articles 4 et 7 sont certainement moins sensibles du point de vue de la protection des données que les échanges de données nominatives prévus par les articles 5, 8 et 11.

Compte tenu de ces considérations une voie possible serait d'abandonner dans le contexte de l'Accord le critère des informations judiciaires/policières et de recourir au critère alternatif suivant:

- Les consultations de données non nominatives prévues par les articles 4 et 7 seraient exemptes d'une autorisation préalable par l'autorité judiciaire. Elles ne sont pas pour autant soustraites à tout contrôle:
 - o Les consultations automatisées des données dactyloscopiques non nominatives, prévues par l'article 4, qui, comme rappelé, ne réserve, contrairement aux articles 5, 7, 8 et 11, pas le respect du droit national, sont soumises à la surveillance et au contrôle a posteriori par l'autorité de contrôle instaurée par l'article 17 de la loi du 2 août 2002.
 - o Les consultations automatisées des profils ADN, prévues par l'article 7 concernent une banque de données placée sous la responsabilité du Procureur général d'Etat⁵⁰. L'exécution de demandes de services de police étrangers aux fins de mettre en correspondance un profil ADN d'un auteur inconnu d'une infraction prélevé par eux avec les profils ADN contenus dans la banque de données et de les informer en cas de concordance constatée sans pour autant révéler à ce stade l'identité de la personne identifiée est, dans la pratique courante actuelle, préalablement autorisée au cas par cas par le Parquet général⁵¹.
- En revanche, les échanges prévus par les articles 5, 8 et 11 seraient, quelle que soit la qualification des données échangées comme données judiciaires ou policières, soumis à une autorisation judiciaire préalable telle qu'envisagée par le projet de loi.

Sur une définition inappropriée du domaine des enquêtes judiciaires contenue dans le commentaire des articles

L'avis de la Cour Supérieure de Justice distingue à juste titre les activités de police administrative, définies par l'article 33 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police⁵² et comportant notamment „la prévention des infractions“, et les activités de police judiciaire, définies par l'article 34 de la même loi, ainsi que par l'article 9-2, paragraphe 1, du Code d'instruction criminelle, comportant notamment la mission „de rechercher les crimes, les délits et les contraventions, de les constater; d'en rassembler les preuves, d'en donner connaissance aux autorités compétentes, d'en rechercher, saisir, arrêter et mettre à la disposition de l'autorité compétente les auteurs“⁵³.

Cet avis relève à juste titre que „du moment que les officiers et les 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“⁵⁴. L'exemple cité dans le commentaire des articles, postulant que „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“⁵⁵, est dès lors incorrect. En réalité, toute infor-

50 Article 15 de la loi précitée du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale.

51 En cas de constatation d'une concordance le service de police requérant est informé de ce fait, mais ne se voit pas transmettre l'identité du porteur du profil ADN dont la correspondance a été constatée. Le service de police requérant est invité de faire établir à cette fin une demande d'entraide judiciaire par les autorités judiciaires de son pays. L'exécution de celle-ci est autorisée et exécutée par le Parquet général, qui se considère en tant que responsable de la banque de données comme autorité requise.

52 Lois spéciales, V° Force publique, page 31.

53 Article 34, sous 1°, de la loi précitée.

54 Voir le point 1) de l'avis précité de la Cour Supérieure de Justice.

55 Projet de loi, Commentaire des articles 3 et 4.

mation recueillie par un officier ou un agent de police judiciaire dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance est *ab initio*, et sans préjudice du moment dont les autorités judiciaires en sont informées, une information judiciaire.

Une compréhension inexacte du rôle des officiers et agents de police judiciaire dans le cadre de l'exercice de leurs missions de police judiciaire transparaît dans un autre passage du commentaire des articles. Après y avoir décrit que „suivant l'approche de beaucoup d'Etats que l'on peut qualifier de „continentaux européens“, dont le Luxembourg, la Police ne dispose pas d'une autonomie comparable [à celle de la Police des pays anglo-américains] et travaille, surtout en matière judiciaire, sous la direction du Parquet et du juge d'instruction, suivant le stade de la procédure, et exécute en principe les mesures ordonnées par ces autorités judiciaires“⁵⁶, il est avancé, aux fins de justifier un échange d'information direct entre services de police, que „la complexité et l'envergure des affaires criminelles internationales exigent de plus en plus un échange d'informations rapide, déjà en amont de toute procédure judiciaire, afin de comparer et de croiser des informations policières et d'effectuer des analyses opérationnelles, orienter des enquêtes pénales complexes aussi tôt que possible dans la „bonne“ direction, constater les liens entre des enquêtes a priori distinctes, identifier les rôles que les malfrats jouent au sein d'organisations criminelles, détecter les liens de coopération entre des organisations criminelles distinctes, comme par exemple la fourniture d'armes et de faux passeports par un groupe de crime organisé à un groupe terroriste“⁵⁷. Le rapprochement de ces éléments, ensemble avec la mise en garde exprimée dans ce même ordre d'idées contre les lenteurs néfastes de l'entraide judiciaire, suggère l'existence d'une compétence des services de police d'effectuer des enquêtes en toute autonomie „en amont de toute procédure judiciaire“. Dans cette lecture, les services de police auraient „en amont de toute procédure judiciaire“ le pouvoir d'„orienter des enquêtes pénales complexes aussi tôt que possible dans la „bonne“ direction“.

Une telle lecture constituerait un travestissement de l'état du droit. Il n'existe pas d'enquête policière avant l'enquête judiciaire. Toute recherche d'une infraction constitue une enquête judiciaire dirigée par le Procureur d'Etat. Notre système est de ce point de vue résolument continental, par opposition aux systèmes anglo-américains évoqués dans le commentaire des articles.

Sur le système de transmission de données proposé par le projet de loi

Le projet de loi distingue les informations policières, qui peuvent faire l'objet d'un échange sans autre contrôle direct par le Service de police judiciaire de la Police grand-ducale, des informations judiciaires, dont la transmission suppose l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire.

Il a été vu ci-avant que l'Accord ne s'oppose pas à une telle autorisation.

Trois systèmes possibles de transmission auraient été concevables.

Un premier système exempterait la transmission de données de toute autorisation. Il aurait présenté tout à la fois une efficacité redoutable qui se serait cependant accompagnée d'un abandon total de tout contrôle tout aussi redoutable. L'Accord, qui renvoie à de nombreuses reprises au droit national, ne l'impose manifestement pas. C'est donc à juste titre qu'il n'a pas été retenu par les auteurs du projet de loi.

Un deuxième système conserverait par analogie⁵⁸ pour l'exécution (bien que non pour la présentation) des demandes le système de l'entraide judiciaire. Les auteurs du projet de loi soulignent non sans raison qu'une telle option s'accompagne de certaines lourdeurs et lenteurs incompressibles. La problématique se pose surtout pour ce qui est de la transmission de données sur le fondement de l'article 11 de l'Accord, et plus particulièrement du paragraphe 5 de cet Article. Les données non personnelles y visées peuvent, en raison du défaut de délimitation de cette catégorie, comporter des informations directement tirées d'actes de contrainte, tel le résultat de retracements téléphoniques, d'écoutes téléphoniques ou de perquisitions, notamment bancaires. Dans la pratique courante, de telles données, même si elles se trouvent déjà entre les mains de la justice, ne peuvent être utilisées dans une autre poursuite pénale nationale ou, à plus forte raison, dans une poursuite pénale d'un autre Etat, que sous

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Il ne s'agirait, bien entendu, que d'une application par analogie de ce système. En effet, les échanges visés par l'Accord s'effectuent entre services de police et ne constituent donc de ce point de vue pas une forme d'entraide judiciaire, qui s'effectue par hypothèse entre autorités judiciaires.

réserve d'une saisie à décider par le juge d'instruction et dans ce dernier cas sous réserve des contrôles et recours prévus par la loi du 8 août 2000 relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Dans le contexte de l'Accord, il faudrait sans doute concevoir dans cette logique un dispositif analogue à celui de la loi du 8 août 2000, comportant une intervention du juge d'instruction et un contrôle d'office de la régularité de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. Un tel système pêche par une certaine inefficacité, qui peut être difficile à justifier dans des cas de criminalité très grave, tels que les actes de terrorisme, visés par l'article 11 de l'Accord.

C'est donc à juste titre que le projet de loi s'oriente vers un troisième système dans lequel la transmission des informations judiciaires suppose certes une intervention d'une autorité judiciaire, mais limite cette intervention à une autorisation. Ce système concilie des impératifs de contrôle avec ceux de l'efficacité. Il ne faut pas perdre de vue dans l'appréciation de sa pertinence qu'il régit un échange de données qui se trouvent déjà, par hypothèse, entre les mains des autorités étatiques⁵⁹.

Si le projet de loi propose donc à juste titre ce système, certaines questions restent cependant ouvertes.

Sur les motifs de refus de l'autorisation

Le projet de loi prévoit à titre de motif de refus de l'autorisation „*les mêmes motifs pour lesquels 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 refusée*“⁶⁰.

La seule option laissée par le projet de loi à l'autorité judiciaire est donc le refus d'autorisation de transmission pour des motifs tirés de l'entraide judiciaire. Ces motifs n'incluent aucun refus pour de purs motifs d'opportunité tirés notamment des nécessités de la poursuite pénale.

Il est à rappeler que la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 précitée laisse la place à des motifs de refus de transmission d'informations tirés de motifs d'opportunité. Un tel échange peut, en effet, être refusé dans ce cadre „*s'il y a des motifs factuels de supposer que la communication d'informations ou de renseignements: [...] b) nuirait au bon déroulement d'une enquête ou d'une opération de renseignement en matière pénale ou à la sécurité des personnes ou c) serait clairement disproportionnée ou sans objet au regard des finalités pour lesquelles elle a été demandée*“⁶¹. La décision-cadre ne s'applique, bien entendu, que dans les rapports entre les Etats de l'Union européenne. Elle ne s'oppose, même dans ces rapports, pas à la conclusion future de conventions, d'accords bilatéraux ou multilatéraux, à condition que celles-ci soient plus favorables à l'échange d'informations⁶². Elle n'impose pas son modèle d'échange d'information dans les rapports entre un Etat membre et un Etat tiers. Il est également à rappeler, dans cet ordre d'idées, qu'elle empêche les Etats membres de subordonner à un accord ou à une autorisation judiciaire l'échange, entre ses propres services de police et celles des autres Etats membres, d'informations auxquelles ses propres services peuvent avoir accès, dans le cadre d'une procédure interne, sans cet accord ou cette autorisation⁶³. Elle assimile donc de ce point de vue les services de police des autres Etats membres aux services nationaux sous réserve des motifs de refus cités ci-avant. Son modèle d'inspiration n'est donc pas l'entraide judiciaire, mais une sorte d'assimilation des services de police des autres Etats membres aux services nationaux. L'Accord, qui est conclu avec un Etat tiers à l'Union européenne et ne prévoit pas de telles clauses de non-discrimination et d'assimilation, se différencie de ce point de vue de la décision-cadre.

Il se justifie donc de faire référence, dans le projet de loi, et contrairement à la décision-cadre, aux motifs de refus de l'entraide judiciaire.

Or, le Traité d'entraide judiciaire bilatéral ne prévoit pas la possibilité de refuser l'entraide pour des motifs similaires d'opportunité. Toutes les informations échangées dans le cadre de l'Accord peuvent également être sollicitées dans le cadre d'une demande fondée sur le Traité d'entraide, qui ne comporte pas de restriction quant à la nature des mesures sollicitées. Si elles sont demandées sur le fondement

⁵⁹ Ce qui n'exclut nullement de le soustraire à une application par analogie des motifs de refus de l'entraide judiciaire (la demande d'obtenir des informations tirées de dossiers répressifs constitue de par son objet une forme usuelle d'entraide judiciaire), mais ce qui justifie d'assouplir ses modalités d'exécution.

⁶⁰ Article 3, paragraphe 2, du projet de loi.

⁶¹ Article 10, paragraphe 1.

⁶² Article 12, paragraphe 4, de la décision-cadre.

⁶³ Article 3, paragraphe 3, de la décision-cadre.

du Traité d'entraide, elles ne peuvent pas être refusées pour des motifs d'opportunité du type de ceux prévus par la décision-cadre. Il serait alors difficilement compréhensible de soumettre leur transmission à de tels motifs dans le cadre de l'exécution de l'Accord. L'article 6, paragraphe 1, de ce dernier dispose de plus, pour rappel, que „*le recours à d'autres circuits disponibles d'assistance juridique n'est pas nécessaire*“. L'Accord se proposant d'assurer dans son domaine une coopération plus simple et plus rapide que celle régie par le Traité, il est difficile de le soumettre à des conditions plus restrictives que celles définies par le Traité.

Il se justifie donc de ne pas prévoir dans le projet de loi des motifs de refus tirés de l'opportunité du type de ceux prévus par la décision-cadre, mais inconnus du Traité d'entraide bilatéral.

Si le projet de loi limite dès lors à juste titre le refus de l'échange à des cas de refus de l'entraide judiciaire, il ne précise pas pour autant la nature exacte de ces motifs. L'avis de la Cour Supérieure de Justice⁶⁴ conclut non sans raison que ces motifs sont ceux précisés aux articles 1 et 3 du Traité d'entraide bilatéral.

L'application de ces dispositions soulève toutefois des questions. L'article 1er, paragraphe 1, du Traité d'entraide bilatéral dispose que l'entraide recevable au sens de ce Traité est celle „*en rapport avec la recherche et la poursuite d'infractions*“. L'autorisation pourrait dès lors être refusée au motif qu'une demande d'échange ne concerne pas la recherche et la poursuite d'infractions, mais simplement la prévention de telles infractions. Or, l'Accord a, comme rappelé ci-avant, également pour objet la prévention d'infractions. Le texte proposé par le projet de loi obligerait dès lors à refuser systématiquement l'autorisation dans ce cas de figure.

Cet exemple illustre la nécessité de déterminer de façon limitative quels sont les motifs de refus.

Les motifs qui seraient à retenir à ce titre sont ceux tirés de l'article 3, paragraphes 1, sous a) à d) et 2, du Traité d'entraide bilatéral. Il y a, en revanche, lieu de faire abstraction du motif de refus de l'article 3, paragraphe 1, sous e), tiré de ce que la demande n'est pas conforme aux dispositions de forme définies à l'article 4 du Traité. En effet, l'Accord, contrairement au Traité, ne définit pas de conditions de forme des demandes. Ces dernières ne sauraient donc être refusées pour ce motif.

L'article 1er, sous b), du Traité ne saurait non plus trouver application sans réserve. Il dispose que la demande peut être refusée si elle se rapporte à une infraction punie par la loi de l'Etat requérant d'une peine privative de liberté dont le maximum est égal ou inférieur à un an, donc, par voie de conséquence, ne peut pas être refusée si l'infraction est punie d'une peine privative de liberté dont le maximum est supérieur à un an. L'Accord s'applique aux crimes graves⁶⁵, définis comme infraction passible d'un maximum de plus d'un an⁶⁶. La Cour supérieure de justice souligne à juste titre qu'il faut dans le doute admettre que cette condition doit être respectée selon le droit des deux Etats. Le projet de loi devrait préciser ces exigences.

L'article 3, paragraphe 1, sous d), du Traité dispose qu'une demande d'entraide peut être refusée si l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte, notamment, à l'ordre public. Au sens strict, la contrariété de l'ordre public ne saurait donc concerner que l'exécution de la demande. Un exemple en serait si une demande d'entraide avait pour objet de demander aux autorités luxembourgeoises de s'introduire par la force dans une habitation aux fins d'y installer des dispositifs d'écoute⁶⁷ ou d'entendre une personne sous la menace de tortures etc. Il peut toutefois être soutenu que l'ordre public est également mis en cause par l'exécution de la demande si celle-ci a pour effet d'engendrer dans l'Etat requérant des conséquences incompatibles avec cet ordre public. Le point délicat constitue à cet égard, dans les relations avec les Etats-Unis d'Amérique, la sanction de certaines infractions, et précisément des infractions les plus graves visées par l'Accord, par la peine de mort. Il est dans cet ordre d'idées rendu attentif à l'article 4, paragraphe 4°, de la loi belge du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, qui dispose que „*l'exécution d'une demande est refusée si: [...] 4° la demande se rapporte*

64 Voir l'introduction de cet avis.

65 Article 2 de l'Accord.

66 Article 1, paragraphe 6, de l'Accord.

67 Si l'installation de tels dispositifs paraît compatible avec l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle (qui concerne „*l'utilisation de moyens techniques de surveillance et de contrôle de toutes les formes de communication*“, donc à défaut de restriction également la communication orale ordinaire), aucun texte n'autorise toutefois l'intrusion dans une habitation aux fins d'installer de tels dispositifs.

à une infraction passible de la peine de mort dans l'Etat requérant, à moins: – qu'il ne puisse être raisonnablement admis que l'exécution est de nature à réduire le risque d'une condamnation à une peine de mort; – que cette demande ne fasse suite à une demande émanant de l'inculpé ou du prévenu lui-même; – que l'Etat requérant ne donne des garanties suffisantes que la peine de mort ne sera pas prononcée ou, si elle est prononcée, qu'elle ne sera pas exécutée". Il se pose la question de savoir si le projet de loi ne devrait pas préciser de ce point de vue la condition tirée du respect de l'ordre public.

La loi d'approbation devra donc préciser les motifs de refus de l'autorisation. Une telle précision est d'autant plus indispensable que le Traité d'entraide judiciaire fait certes partie de notre droit interne, suite à son approbation, mais régit des questions différentes de celles visées par l'Accord. Il revient à la loi d'approbation de définir un régime complet et cohérent d'exécution de l'Accord. Le Traité ne peut être appliqué que par analogie et en tenant compte des spécificités de l'Accord, qui est du moins en ce qui concerne la nature des autorités impliquées et de son caractère en partie préventif étranger à l'entraide judiciaire⁶⁸.

Sur la critique tirée d'un défaut d'autorisation préalable à la communication, par le Luxembourg, d'informations policières

La Cour Supérieure de Justice critique à juste titre dans son avis qu'il ne serait pas compréhensible, du point de vue de la protection des données personnelles, que la transmission d'informations judiciaires soit soumise à autorisation tandis que celle d'informations policières ne soit soumise à aucune autorisation⁶⁹.

Une réponse à cette critique pourrait consister à étendre le plus possible le contrôle préalable par les autorités judiciaires en ne limitant pas l'intervention des autorités judiciaires aux seules informations judiciaires (même comprises dans le sens large de la seconde lecture, de données collectées à des fins judiciaires sans préjudice de leur traitement ultérieur par les services de police sur le fondement de l'article 17 de la loi du 2 août 2002), mais en précisant d'office que cette autorisation est le préalable nécessaire de tout échange sur le fondement des articles 5, 8 et 11 de l'Accord. Le recours à un tel critère assurerait un tel contrôle pour tout échange de données nominatives ou même non nominatives, mais sensibles.

Les échanges purement policiers de données non nominatives sur le fondement des articles 4 et 7 ne seraient pas pour autant soustraits à tout contrôle, ainsi qu'il a été exposé ci-avant.

Sur l'autorité judiciaire appelée à donner l'autorisation

Le projet de loi prévoit que l'autorité judiciaire compétente pour donner son autorisation est celle qui est, au moment de la demande, en charge du dossier dont émanent les informations à échanger. Il peut s'agir successivement du Parquet, du juge d'instruction, des juridictions de fond de premier et de second degré, de la Cour de cassation et, au moment d'un appel après qu'une décision passée en force de chose jugée a été rendue, du Procureur général d'Etat.

La Cour Supérieure de Justice souligne dans son avis que la multitude d'autorités judiciaires susceptibles d'être compétentes soulèverait des difficultés pratiques. Cette crainte peut toutefois paraître exagérée. Il suffit, à cet égard, de citer la pratique courante de la transmission d'informations à l'Office européen de police, plus connu sous le terme EUROPOL. La détermination de l'autorité judiciaire compétente et l'octroi par celle-ci de l'autorisation de transmission n'ont pas causé de difficultés pratiques.

S'il est décidé de maintenir cette solution il serait indiqué de préciser davantage les autorités judiciaires compétentes au cours de chaque phase de la procédure, sur le modèle des articles 68, 110, 111 et 116 du Code d'instruction criminelle.

Il est cependant discutable que cette solution soit appropriée.

En effet, le choix des autorités judiciaires ayant compétence pour autoriser l'échange d'informations dépend des critères de refus recevables. Si le refus peut se fonder sur des motifs d'opportunité alors il se justifie de le confier à l'autorité judiciaire qui est en charge du dossier. Si, en revanche, ainsi qu'il

⁶⁸ Bien que non s'agissant de l'objet même de l'échange d'information.

⁶⁹ Voir le dernier alinéa du point 2) de l'avis de la Cour Supérieure de Justice.

est proposé, le refus ne se justifie que pour des motifs s'inspirant de ceux qui permettent de refuser l'entraide judiciaire, alors il est plus appropriée de le confier à une autorité judiciaire unique. Outre qu'une telle option rend le traitement des demandes plus rapide et plus uniforme, le recours à l'autorité en charge du dossier n'apporte, eu égard aux motifs possibles de refus, aucune plus-value.

Il s'ajoute que dans la mesure où il est fait, comme suggéré, abstraction du critère des informations judiciaires pour circonscrire le domaine de l'autorisation, mais que cette autorisation est requise pour tous les échanges fondés sur les articles 5, 8 et 11 de l'Accord, il peut y avoir des cas de figure, il est vrai marginaux, dans lesquels l'échange concerne des données qui ne peuvent pas être rattachées à un dossier judiciaire.

Dans le cadre du Traité d'entraide bilatéral, l'appréciation des conditions de refus de l'entraide appartient au Parquet général, qui y est désigné comme autorité centrale⁷⁰. Ce même service est appelé à apprécier ces mêmes critères dans le cadre de la loi du 8 août 2000. Il dispose d'une permanence de 7 jours sur 7, 24 heures sur 24, donc peut, en cas d'urgence, être contacté à tout moment. Il serait donc à première vue le service judiciaire auquel un tel contrôle serait à confier.

Une solution alternative pourrait consister à confier ce contrôle au président de la chambre du conseil de la Cour d'appel. Ce magistrat dispose d'une compétence similaire de contrôle et d'autorisation en ce qui concerne les mesures de surveillance de toutes les formes de communication, prévue par l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle. La solution présente, par rapport à celle de la désignation du Parquet général, l'avantage de confier la tâche à un magistrat du siège. Elle présente toutefois trois désavantages. D'abord, du point de vue pratique, les décisions ne pourraient pas être rendues avec la célérité que pourrait assurer le Parquet général en tant qu'auteur des autorisations. Ensuite, un tel régime serait inédit, alors que ce magistrat n'assume par ailleurs pas de compétences similaires en matière d'entraide judiciaire. Ce serait donc un régime d'exception, spécifique à l'Accord. Finalement, les motifs de refus comportent des motifs d'ordre politique, tels que la mise en cause de la souveraineté ou des intérêts essentiels de l'Etat. L'appréciation de ces conditions a été transférée par la loi de 2000 du Gouvernement, qui devrait normalement en être l'arbitre, au Parquet général par souci de „dépolitiser“ l'entraide judiciaire. Ce transfert n'a d'ailleurs pas été sans contestation judiciaire⁷¹. Si l'appréciation de ces conditions d'ordre politique au sens large se conçoit, à la limite, dans le chef du Ministère public, il peut paraître difficile, du point de vue de la séparation des pouvoirs, de le confier à la magistrature assise.

Sur le défaut d'indication des services et autorités compétents pour adresser des demandes par le Luxembourg aux Etats-Unis d'Amérique

L'article 3, paragraphe 2, régit le traitement par le Luxembourg de demandes émanant des Etats-Unis ou la communication spontanée de données par le premier au second.

L'article 4 du projet de loi envisage le cas de figure d'une communication de données par les Etats-Unis au Luxembourg. Il omet cependant de préciser qui, au Luxembourg, peut être l'auteur d'une demande de communication. Des auteurs possibles sont les officiers de police judiciaire, agissant par hypothèse sous le contrôle des autorités judiciaires, le Procureur d'Etat, les juges d'instruction et le Procureur général d'Etat. Il serait opportun de compléter le texte sur ce point.

Sur la nécessité de définir un principe de spécialité et une autorité compétente à le formuler, conformément aux articles 11, paragraphe 3, et 13 de l'Accord

Il est envoyé aux développements faits ci-avant, sous „Sur l'Accord“.

⁷⁰ Article 2, paragraphe 2, du Traité d'entraide bilatéral.

⁷¹ Voir l'arrêt n° 37/06 de la Cour constitutionnelle du 17 novembre 2006 (Mémorial A, 2006, n° 220, page 3784).

**Sur l'exclusion d'une autorisation judiciaire préalable
en cas d'échange automatisé d'empreintes digitales non
personnalisées sur base de l'article 4 de l'Accord**

Il a été vu ci-avant, sous „Sur le renvoi par l'Accord aux règles de l'entraide judiciaire“, que l'Accord s'oppose à un refus pour des motifs tirés de l'entraide judiciaire ou d'autres d'une demande aux fins d'un échange automatisé de données dactyloscopiques non personnalisées. Or, l'article 3, paragraphe 2, n'opère de ce point de vue aucune distinction.

Il a cependant également été suggéré ci-avant qu'il se conçoit de toute façon de soustraire les comparaisons automatisées non personnalisées d'empreintes digitales et de profils ADN à la nécessité d'un contrôle par l'autorité judiciaire tel que défini par le projet de loi.

Conclusion générale

- L'Accord n'est pas incompatible avec une autorisation préalable des autorités judiciaires, sous la seule exception de la comparaison automatisée de données dactyloscopiques non nominatives prévue par l'article 4.
- Il est proposé d'abandonner, dans le cadre de la transposition de l'Accord, le critère de distinction entre données judiciaires et données policières, donc de ne pas subordonner l'autorisation préalable des autorités judiciaires à la condition que les données à échanger soient de nature judiciaire.
- Il est proposé en lieu et place d'appliquer un critère tiré de l'objet de l'échange tel que défini par les dispositions de l'Accord, donc de subordonner à l'autorisation préalable des autorités judiciaires les échanges de données prévus par les articles 5 (données nominatives en rapport avec des empreintes digitales), 8 (données nominatives en rapport avec des profils ADN) et 11 (autres données nominatives et non nominatives en rapport avec certaines infractions graves) de l'Accord, mais d'en soustraire les échanges de données (non nominatives et moins sensibles) prévus par les articles 4 (consultation automatisée de données dactyloscopiques non nominatives) et 7 (consultation automatisée de profils ADN non nominatifs) (étant précisé que les échanges prévus par l'article 4 sont soumis au contrôle et à la surveillance ex post de l'autorité de contrôle prévue par l'article 17 de la loi du 2 août 2002 et que ceux prévus par l'article 7 sont, dans la pratique actuelle, soumis à autorisation préalable du Procureur général d'Etat).
- 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.
- Il y aurait lieu de préciser les services et autorités compétents pour adresser des demandes d'échange d'informations par le Luxembourg aux Etats-Unis d'Amérique.
- Il y aurait lieu de définir un principe de spécialité et une autorité compétente à le formuler, conformément aux articles 11, paragraphe 3, et 13 de l'Accord.

Le Procureur général d'Etat,
Robert BIEVER

