



Décembre 2008

Rapport explicatif

relatif à l'avant-projet de modification du code pénal (CP)

concernant la nouvelle réglementation des droits d'accès en ligne des autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal, de l'Office fédéral de la police et du Service d'analyse et de prévention aux données du casier judiciaire

Table des matières

Condensé	3
1. Objectif de la révision	4
2. Droits d'accès des autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal	4
2.1 Contexte	4
2.2 Grandes lignes du projet	5
2.2.1 Remarques préliminaires sur l'importance des données pénales pour les procédures de naturalisation se déroulant en Suisse	5
2.2.2 Nécessité de l'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours	5
2.2.3 Nécessité d'un accès en ligne	6
2.2.4 Non raccordement des autorités chargées des naturalisations au niveau communal ..	7
2.3 Commentaire détaillé des modifications	7
2.3.1 Mention des autorités pouvant consulter en ligne les données (art. 367, al. 2, let. f, AP-CP)	7
2.3.2 Mention du but (art. 367, al. 2, let. f, AP-CP)	7
2.3.3 Réglementation de l'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours (art. 367, al. 4, AP-CP)	7
3. Droits d'accès de l'Office fédéral de la police (fedpol) et du Service d'analyse et de prévention (SAP)	8
3.1 Contexte	8
3.2 Grandes lignes du projet	9
3.2.1 Les droits d'accès de fedpol et du SAP doivent être définis en fonction des tâches à accomplir	9
3.2.2 Les données contenues dans VOSTRA doivent pouvoir être consultées en ligne	11
3.3 Commentaire des différentes modifications apportées dans le domaine de fedpol	12
3.3.1 Mention des autorités pouvant consulter en ligne les données (art. 367, al. 2, let. c, AP-CP)	12
3.3.2 Prévention d'infractions (art. 367, al. 2, let. c, ch. 1, AP-CP)	13
3.3.3 Poursuite d'infractions (art. 367, al. 2, let. c, ch. 2, AP-CP)	13
3.3.4 Communication d'informations à Interpol (art. 367, al. 2, let. c, ch. 3, AP-CP)	15
3.3.5 Contrôle du réseau de systèmes d'information de police (art. 367, al. 2, let. c, ch. 4, AP-CP)	15
3.3.6 Gestion du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (art. 367, al. 2, let. c, ch. 5, AP-CP)	16
3.3.7 Mesures d'éloignement et décisions d'expulsion (art. 367, al. 2, let. c, ch. 6, AP-CP) ..	16
3.3.8 Communication d'informations à Europol (art. 367, al. 2, let. c, ch. 7, AP-CP)	17
3.4 Commentaire des différentes modifications apportées dans le domaine du SAP	18
3.4.1 Mention des autorités pouvant consulter en ligne les données (art. 367, al. 2, let. c ^{bis} , AP-CP)	18
3.4.2 Prévention d'infractions (art. 367, al. 2, let. c ^{bis} , ch. 1, AP-CP)	18
3.4.3 Mesures d'éloignement et décisions d'expulsion (art. 367, al. 2, let. c ^{bis} , ch. 2, AP-CP)	18
3.4.4 Demandes de conformité de personnes (art. 367, al. 2, let. c ^{bis} , ch. 3, AP-CP)	19
3.4.5 Communication d'informations à Europol (art. 367, al. 2, let. c ^{bis} , ch. 4, AP-CP)	19
4. Conséquences sur les finances et les effectifs du personnel	19
5. Date de l'entrée en vigueur	20
6. Excursus : Autres modifications nécessaires (questionnaire)	20

Condensé

Pourquoi une modification du code pénal (CP) se révèle-t-elle nécessaire ?

L'octroi des droits d'accès en ligne aux données du casier judiciaire, qui sont des données sensibles, doit reposer sur une base légale formelle. A l'heure actuelle, certains droits d'accès en ligne au casier judiciaire (VOSTRA) ne sont réglés qu'au niveau de l'ordonnance. Ces dispositions peuvent certes se fonder sur la délégation de compétences prévue par l'art. 367, al. 3, CP (RS 311.0), mais elles sont censées n'être que des dispositions provisoires.

Sont concernés les droits d'accès des autorités cantonales chargées des naturalisations au niveau du canton (cf. art. 21, al. 3, de l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire [ordonnance VOSTRA ; RS 331], ceux de l'Office fédéral de la police (fedpol ; cf. art. 21, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA), et – dès le 1^{er} janvier 2009 – ceux du Service d'analyse et de prévention du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (ci-après SAP-DDPS ; cf. art. 21, al. 4, de l'ordonnance VOSTRA).

Afin d'instaurer au plus vite la situation juridique souhaitée sous l'angle de la protection des données, on va introduire dans le CP les dispositions de l'ordonnance en vigueur en les modifiant le moins possible. Il s'agit en fait simplement de les transférer dans la loi, ce qui n'aura aucune influence sur la pratique actuelle de ces autorités. L'art. 367, al. 2 et 4, CP doit donc être modifié.

Une révision totale du droit du casier judiciaire ne serait-elle pas indispensable ?

Les modifications évoquées ci-dessus ne sont pas les seules à être nécessaires dans le domaine du casier judiciaire, mais elles sont les plus urgentes sous l'angle de la protection des données. Il existe d'autres défauts structurels dans le droit en vigueur, mais un travail considérable devra encore être accompli sur le plan législatif pour pouvoir les corriger.

Pour pouvoir procéder sans tarder aux adaptations dont nous venons de parler, les autres modifications nécessaires dans le domaine du droit du casier judiciaire (p. ex. raccordement des services de police cantonaux, inscription des jugements pénaux prononcés à l'encontre des entreprises, etc.) ne seront effectuées que dans une seconde étape. Le Département fédéral de justice et police (DFJP) entreprendra les travaux nécessaires à une révision totale du droit du casier judiciaire en 2009.

1. Objectif de la révision

La proposition de modification du CP vise à l'élaboration d'une *base légale formelle* qui permettra aux *autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal* (et non au niveau communal), de même qu'à *certaines unités de l'Office fédéral de la police et du Service d'analyse et de prévention du DDPS* de disposer d'un accès en ligne à toutes les données du casier judiciaire à des fins précisément définies.

Le but du projet est en outre de transférer dans le CP les dispositions de l'ordonnance en vigueur (cf. art. 21, al. 2, 3 et 4, de l'ordonnance VOSTRA), qui n'étaient que provisoires. Les modifications proposées n'auront cependant aucun effet sur la pratique actuelle des autorités susmentionnées.

2. Droits d'accès des autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal

2.1 Contexte

Le 29 novembre 2006, le Conseil fédéral a proposé d'accepter une motion Freysinger (06.3616), qui demandait que les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal (mais non au niveau communal) aient *les mêmes droits d'accès au casier judiciaire que l'autorité fédérale compétente, l'Office fédéral des migrations (ODM)*. Il s'agissait de leur accorder un accès en ligne à toutes les données du casier judiciaire, c'est-à-dire les données relatives aux jugements et aux procédures pénales en cours (cf. art. 365, al. 1, let. g, CP en relation avec l'art. 367, al. 2, let. e, et al. 4, CP).

Jusqu'alors, ces autorités pouvaient seulement demander par écrit à l'autorité cantonale de coordination un extrait du casier judiciaire contenant des données relatives aux jugements (cf. art. 22, al. 1, let. h, de l'ordonnance VOSTRA, dans sa version conforme au RO 2006 4503). Elles ne disposaient en effet pas d'un droit d'accès en ligne. Par ailleurs, elles se voyaient également refuser l'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours, car les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal ne sont pas mentionnées à l'art. 367, al. 4, CP.

La motion susmentionnée n'a toutefois pas été traitée par le Parlement. Comme le Conseil fédéral partageait l'avis de son auteur et que plusieurs représentants des cantons avaient fait savoir qu'ils jugeaient urgent de modifier la loi, le DFJP a décidé de ne pas attendre un mandat formel du Parlement, mais de soumettre au Conseil fédéral une proposition de réforme des droits d'accès des autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal sous la forme d'une ordonnance fondée sur l'art. 367, al. 3, CP.

Le 14 décembre 2007, le Conseil fédéral a adopté la modification de l'ordonnance VOSTRA et fixé l'entrée en vigueur du nouvel art. 21, al. 3, de ladite ordonnance au 15 février 2008. Depuis lors, plus de la moitié des cantons ont déposé une demande d'accès en ligne au casier judiciaire.

Cette disposition réglementaire, édictée sur la base de l'art. 367, al. 3, CP, ne constitue toutefois qu'un régime transitoire. L'octroi des droits d'accès en ligne aux données du casier judiciaire, qui sont des données sensibles, doit reposer sur une base légale formelle (cf. art. 17, al. 2, et art. 19, al. 1 et 3, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données ; RS 235.1). Une solution conforme à la hiérarchie des normes devait donc être trouvée de toute urgence pour que la législation sur la protection des données puisse être respectée. Dans sa décision du 14 décembre 2007, le Conseil fédéral a donc chargé le DFJP de lui soumettre, d'ici la fin de l'année 2008, un projet de modification du CP destiné à la consultation.

2.2 Grandes lignes du projet

2.2.1 Remarques préliminaires sur l'importance des données pénales pour les procédures de naturalisation se déroulant en Suisse

Quiconque veut obtenir la nationalité suisse doit passer par trois étapes en cas de naturalisation ordinaire : la naturalisation au plan communal (1^{re} étape), cantonal (2^e étape) et enfin fédéral (3^e étape). Chaque étape a lieu sous réserve de la naturalisation à l'échelon supérieur. Les trois procédures ne sont cependant pas coordonnées : elles sont distinctes et décalées dans le temps. C'est la raison pour laquelle l'ODM ne doit pas être la seule autorité à pouvoir accéder en ligne à toutes les données du casier judiciaire.

L'obtention de la nationalité suisse est subordonnée à plusieurs conditions, dont le fait que le demandeur « se conforme à l'ordre juridique suisse » (cf. art. 14, let. c, de la loi sur la nationalité [LN ; RS 141.0], pour ce qui est du niveau fédéral). Aujourd'hui, on vérifie tant au niveau fédéral que cantonal que cette condition est bien remplie en consultant les données du casier judiciaire (à noter cependant que les critères d'appréciation peuvent différer d'un niveau à l'autre). Comme les autorités fédérales et cantonales doivent remplir les mêmes tâches, il fallait que ces deux autorités aient un accès identique au casier judiciaire.

2.2.2 Nécessité de l'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours

Pour des raisons tenant à l'économie de procédure, il convient que les données enregistrées dans VOSTRA et relatives aux procédures pénales en cours puissent être consultées non seulement par l'ODM, mais aussi par les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal :

- Si une autorité chargée des naturalisations au niveau cantonal apprend suffisamment tôt qu'une procédure pénale pouvant s'opposer à la naturalisation est en cours, elle peut *s'épargner de plus amples recherches de renseignements* en demandant à la personne concernée si elle consent à une suspension de la procédure de naturalisation jusqu'à la fin de la procédure pénale.

Cette suspension se justifie tout à fait dans la mesure où l'autorité *ne doit pas approuver la demande* tant qu'elle n'est pas convaincue que les conditions de la naturalisation sont remplies. Comme le montre l'expérience de l'ODM en matière d'autorisation fédérale de naturalisation, les personnes désireuses de se faire naturaliser retirent généralement d'elles-mêmes leur demande si elles apprennent que les autorités chargées des naturalisations ont eu connaissance d'une procédure pénale en cours les concernant. Elles peuvent le faire sans frais. Par ailleurs, elles peuvent déposer une nouvelle demande en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 5A.26/1997 du 19 janvier 1998), les autorités chargées des naturalisations seraient en droit de *refuser une naturalisation* pour la seule raison qu'une procédure pénale est en cours. Pourvu qu'il apparaisse clairement dans la décision que ce refus repose sur des doutes quant au comportement légal du demandeur et qu'il n'éveille pas la fausse impression qu'il soit coupable au sens pénal du terme, il ne porte pas *atteinte au principe de la présomption d'innocence*. En règle générale, la suspension de la procédure de naturalisation sera cependant la mesure la plus raisonnable et la moins dispendieuse en temps.

Dans la mesure où l'ODM intervient sur le plan fédéral dans la procédure de naturalisation, il n'y a aucun risque que les requérants soient naturalisés de manière injustifiée. Il est toutefois insensé que l'autorité cantonale doive attendre une confirmation de Berne

quand elle aurait pu se procurer les informations nécessaires *bien avant*. L'octroi du droit d'accès aux autorités cantonales compétentes aura pour effet d'alléger quelque peu le travail des autorités fédérales, puisque les cas problématiques seront bloqués avant le stade de l'examen par l'ODM.

- Il peut cependant arriver qu'une procédure pénale ne soit ouverte *qu'après l'octroi de l'autorisation fédérale*, alors que la procédure de naturalisation cantonale n'est pas encore achevée. Dans de nombreux cantons, le processus de naturalisation dure souvent encore plusieurs mois après l'octroi de cette autorisation. Si l'on n'octroie pas aux autorités cantonales compétentes le droit d'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours, il existe un *risque qu'une personne soit naturalisée sans qu'ait été prise en compte l'issue de la procédure pénale*. Comme la procédure de naturalisation est achevée au niveau fédéral, le canton renonce à des demandes de renseignements astreignantes auprès de l'ODM. Certes, une naturalisation peut être annulée dans les cinq ans en cas de condamnation. Mais comme les cas ne sont pas systématiquement examinés a posteriori faute de personnel et que les condamnations pénales ne sont pas automatiquement transmises aux autorités de naturalisation, il est plus judicieux que les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal puissent vérifier, avant de prendre leur décision, si une procédure pénale est en cours. On évitera ainsi des naturalisations injustifiées.

Le seul argument qui plaide contre l'octroi du droit d'accès en ligne aux données relatives aux procédures pénales en cours est le *risque d'une pré-condamnation*. On peut imaginer qu'une autorité chargée des naturalisations au niveau cantonal soit insidieusement poussée à rejeter une demande de naturalisation parce qu'elle apprend que le requérant a fait l'objet d'une procédure pénale, quand bien même il a été acquitté ou a bénéficié d'une ordonnance de classement : elle pourrait, au moment où elle reprend le dossier, refuser la naturalisation parce qu'elle considère d'un œil moins favorable les autres conditions à prendre en compte (p. ex. le degré d'intégration).

Il serait toutefois injuste de penser que les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal font généralement preuve d'un manque de professionnalisme et d'objectivité. Elles ont en effet l'habitude d'utiliser avec circonspection des données sensibles, transmises par leurs propres autorités de poursuite pénale.

Notons par ailleurs qu'une personne désireuse d'obtenir la nationalité suisse peut parer au risque de pré-condamnation en attendant que la procédure pénale soit achevée pour déposer sa demande. Dans l'idéal, le formulaire de demande de naturalisation devrait indiquer que l'autorité consulte des données relatives à d'éventuelles procédures pénales en cours.

Certes, tout nouveau raccordement s'accompagne d'un certain risque d'abus. Celui-ci peut cependant être réduit au minimum si *le personnel des autorités en question est correctement formé et contrôlé*. Les responsables du casier judiciaire à l'Office fédéral de la justice (OFJ) sont habilités par l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA à vérifier sur place si ces autorités traitent les données enregistrées dans VOSTRA conformément aux prescriptions en vigueur.

2.2.3 Nécessité d'un accès en ligne

Au vu du grand nombre de demandes de naturalisation déposées (rien qu'au niveau fédéral, on compte quelque 25 000 demandes chaque année), il apparaît judicieux que les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal n'aient pas à demander les données du casier judiciaire par écrit, mais qu'elles aient un accès en ligne à ces données. L'abandon des demandes écrites aura aussi l'avantage de décharger les services cantonaux de coordination qui établissent les extraits du casier judiciaire à leur intention.

2.2.4 Non raccordement des autorités chargées des naturalisations au niveau communal

Les autorités chargées des naturalisations *au niveau communal* n'auront par contre toujours pas accès à VOSTRA. En effet, les décisions de naturalisation étant souvent prises par l'assemblée communale, le risque serait grand que des données pénales pouvant rendre la réinsertion sociale délicate soient trop largement diffusées. Les autorités communales devront donc continuer de se satisfaire de l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers, qui contient moins de données relatives aux condamnations et aucune sur les procédures pénales en cours.

2.3 Commentaire détaillé des modifications

2.3.1 Mention des autorités pouvant consulter en ligne les données (art. 367, al. 2, let. f, AP-CP)

Le fait de mentionner expressément les « autorités cantonales chargées des naturalisations au niveau du canton » à l'art. 367, al. 2, let. f, AP-CP exclut le fait que les autorités chargées des naturalisations au niveau de la commune puissent avoir un accès au casier judiciaire. Parler simplement d'« autorités cantonales » (sans ajouter « au niveau du canton ») ne serait pas suffisamment clair car, dans la législation, l'expression « autorités cantonales » désigne aussi les « autorités communales ».

Dans la pratique, on raccordera généralement à VOSTRA non pas les autorités qui prennent les décisions au niveau cantonal (dans les cantons ne disposant pas d'une commission spécialisée, c'est bien souvent le Conseil d'Etat qui tranche), mais les unités opérationnelles qui rassemblent les documents permettant de se prononcer sur une naturalisation, autrement dit qui instruisent les demandes de naturalisation.

2.3.2 Mention du but (art. 367, al. 2, let. f, AP-CP)

L'art. 365, al. 2, let. g, CP permet certes déjà l'accès au casier judiciaire dans le cadre d'une « procédure de naturalisation ». Cependant, le fait de lier le but de l'accès, à savoir l'« accomplissement d'une procédure de naturalisation », directement à l'autorité autorisée à consulter en ligne les données est beaucoup plus clair sous l'angle de la technique législative. Dans le cadre de la révision totale du droit du casier judiciaire (voir les remarques au ch. 6), ce procédé, qui consiste à mentionner dans la même disposition l'autorité autorisée à accéder en ligne aux données et le but de l'accès, sera systématiquement appliqué aux autres autorités mentionnées à l'art. 367 CP.

L'expression « accomplissement d'une procédure de naturalisation » sous-entend qu'il est possible de contrôler les données relatives à des personnes naturalisées pendant les cinq ans durant lesquels la naturalisation peut être annulée en vertu de l'art. 41 LN. Une restriction technique de l'accès à VOSTRA à des données relatives aux étrangers n'a donc pas été prévue.

2.3.3 Réglementation de l'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours (art. 367, al. 4, AP-CP)

L'art. 367, al. 4, CP en vigueur parle de « données personnelles concernant les demandes d'extrait du casier judiciaire déposées dans le cadre d'enquêtes pénales en cours ». Cette formulation est dépassée, car elle se réfère à la situation juridique qui existait avant le 1^{er}

janvier 2007. Depuis l'introduction de l'art. 366, al. 4, CP, on inscrit en effet au casier judiciaire non plus les demandes d'extrait du casier judiciaire déposées par les autorités de poursuite pénale (desquelles on pouvait déduire qu'une procédure pénale était en cours), mais *toutes* les procédures pénales pour crime ou délit qui sont pendantes en Suisse pendant la durée effective de la procédure pénale. Le nouvel art. 367, al. 4, AP-CP parle donc de « données personnelles relatives aux procédures pénales en cours ».

Afin que les « autorités cantonales chargées des naturalisations au niveau du canton » puissent avoir accès aux données relatives aux procédures pénales en cours, l'art. 367, al. 2, let. f, AP-CP a été ajouté à l'art. 367, al. 4, CP.

3. Droits d'accès de l'Office fédéral de la police et du Service d'analyse et de prévention

3.1 Contexte

Une vérification interne au département effectuée en 2003 et portant sur la réglementation des droits d'accès en ligne de fedpol aux données du casier judiciaire a révélé que la réglementation légale alors en vigueur ne répondait ni aux besoins pratiques de fedpol ni aux normes légales en matière de protection des données.

Cette situation résultait en partie aussi de la *réorganisation de fedpol dans le cadre du projet « Strupol »*. Lors de cette réorganisation, la gestion du casier judiciaire a été attribuée à l'OFJ. Dans le cadre de ces travaux, les dispositions du CP relatives au traitement des informations du casier judiciaire ont été adaptées par la Chancellerie fédérale : en lieu et place de fedpol, l'art. 360^{bis}, al. 1, let. a, aCP désigne nouvellement l'OFJ comme autorité autorisée à traiter les données du casier judiciaire. Par ailleurs, les droits d'accès en ligne de fedpol ont été limités aux « enquêtes de police judiciaire » conformément à l'art. 360^{bis}, al. 2, let. c, aCP. En procédant de la sorte, on n'a pas remarqué que différents *services spécialisés* de fedpol qui avaient jusque-là accès à VOSTRA (p. ex. Interpol ou MROS) ne pouvaient subitement plus se fonder sur une base légale formelle pour accéder aux données du casier judiciaire.

Puisqu'on ne pouvait jusqu'alors parler d'« enquête de police judiciaire » au sens de l'art. 360^{bis}, al. 2, let. c, aCP (art. 367, al. 2, let. c, CP) qu'à partir de l'ouverture formelle de l'enquête judiciaire par le Ministère public de la Confédération (cf. art. 101, al. 1, de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale ; RS 312.0), il était impossible de consulter des données du casier judiciaire aux stades de la pure enquête de police (on parlait aussi d'« enquête préliminaire »¹) et de la *prévention*. Cette délimitation du droit d'accès n'était cependant pas adéquate car les données du casier judiciaire étaient en partie demandées aux mêmes fins que ce soit aux stades de la prévention, de l'enquête préliminaire ou de la procédure pénale en cours (voir les remarques au ch. 3.2.1).

Pour pouvoir au plus vite créer une situation juridique transparente en matière de droits d'accès de fedpol, le Conseil fédéral a décidé le 29 septembre 2006 (dans le cadre de l'adaptation de l'ordonnance VOSTRA à la nouvelle partie générale du CP ; cf. RO 2006 4503) de régler la question des droits d'accès en ligne de fedpol aux données du casier judiciaire dans une ordonnance (cf. art. 21, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA, dans sa version conforme au

¹ La notion « d'enquête préliminaire » se fonde exclusivement sur l'art. 2 de l'ordonnance concernant l'exécution de tâches de police judiciaire au sein de l'Office fédéral de la police (RS 360.1). Cette disposition prévoit que, en tant que police judiciaire de la Confédération, la Police judiciaire fédérale mène, en présence d'indices ou d'informations liés à la commission d'une infraction, des procédures d'enquêtes préliminaires et d'enquêtes relevant du domaine de compétence de la Confédération, placées sous la direction du Ministère public de la Confédération.

RO 2006 4503). Cette réglementation transitoire basée sur l'art. 367, al. 3, CP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Elle s'appliquait également à certains domaines du Service d'analyse et de prévention (SAP).

Le 21 mai 2008, le Conseil fédéral a décidé d'accéder à la demande formulée la veille par le DDPS et de transférer le 1^{er} janvier 2009 de fedpol au DDPS les unités du SAP exerçant des tâches de renseignement portant sur la sécurité intérieure, y compris le Centre fédéral de situation, en vertu de l'art. 1, let. b, de la loi fédérale sur le renseignement civil adoptée par le Parlement le 3 octobre 2008. Le nouveau service, qui s'appelle toujours « Service d'analyse et de prévention » (ci-après : SAP-DDPS), devrait se voir transférer les droits d'accès en ligne aux données du casier judiciaire dont disposait l'ancien service. Le 12 décembre 2008, le Conseil fédéral a approuvé la modification de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP ; RS 172.213.1) rendue nécessaire par le transfert. Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. L'art. 21, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA a été légèrement modifié (à l'exception des demandes de conformité prévues par la let. i, fedpol conserve un droit de consultation pour toutes les tâches) et l'ordonnance VOSTRA a été doté d'un nouvel art. 21, al. 4 relatif au droit d'accès du SAP-DDPS. Cette modification porte principalement sur la prévention d'infractions conformément à la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure [LMSI ; RS 120] (cf. ch. 3.4.2), sur l'examen de mesures d'éloignement prises en vertu de la législation sur les étrangers (cf. ch. 3.4.3), sur les demandes de conformité de personnes (cf. ch. 3.4.4) et sur la communication d'informations à Europol (cf. ch. 3.4.5).

Les dispositions de l'ordonnance en vigueur dans le domaine de fedpol et du SAP-DDPS seront inscrites dans le CP en ayant subi le moins de modifications possible. Il n'en faudra pas moins adapter certains termes au contenu et à la terminologie du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP)². Pour plus de précisions, voir les ch. 3.3.3 et 3.3.4.

3.2 Grandes lignes du projet

3.2.1 Les droits d'accès de fedpol et du SAP doivent être définis en fonction des tâches à accomplir

La révision vise à ce que les droits d'accès de fedpol et des domaines du SAP qui ont été transférés au DDPS le 1^{er} janvier 2009 ne dépendent plus du stade de la procédure (enquête de police judiciaire), mais de la question de savoir si le but concret de l'accès justifie la communication de données, compte tenu du principe de la proportionnalité.

Fedpol et le SAP-DDPS ne sont pas des ensembles homogènes. Ils sont constitués d'une multitude de services qui remplissent en partie des *tâches très différentes*. A cet égard, il est impossible de réduire les buts dans lesquels les informations du casier judiciaire sont demandées par fedpol et le SAP-DDPS à un *dénominateur commun*.

Parmi les domaines qui relevaient de la compétence de fedpol avant le 1^{er} janvier 2009, il faut distinguer les « services d'investigation » au sens large (qui mènent des enquêtes en vue de prévenir et de poursuivre des infractions) et les « services spéciaux » (qui remplissent d'autres tâches allant au-delà des enquêtes pénales). La nécessité de définir des buts qui soient spécifiques à ces derniers, dans la mesure où ils assument des tâches spéciales, est aisément compréhensible (voir les explications concernant les services de contrôle JANUS/IPAS au ch. 3.3.5, le MROS au ch. 3.3.6 et les demandes de conformité de personnes au ch. 3.4.4). La limitation du droit d'accès des services d'investigation aux « enquêtes de

² FF 2007 6583

police judiciaire » prévue par l'art. 367, al. 2, let. c, CP se révèle également peu adéquate pour les raisons suivantes :

- Il ne fait aucun doute que les informations du casier judiciaire sont *indispensables* au juge pour *pouvoir fixer la peine* en tenant compte des antécédents du prévenu ou pour pouvoir se prononcer sur l'octroi d'un sursis. La question de la fixation de la peine ne se posant pas encore au stade de l'enquête ou dans le domaine de la prévention, on pourrait arguer que l'accès aux données du casier judiciaire n'est nécessaire qu'une fois que la procédure judiciaire est ouverte. On remarque cependant aujourd'hui que ces données sont demandées aussi bien pour fixer la peine qu'à *d'autres fins*. Si on analyse ces buts secondaires, on constate que les données du casier judiciaire peuvent être importantes non seulement dans le cadre d'une procédure pénale en cours, *mais aussi à d'autres stades de la procédure* (l'art. 21, al. 2, let. b, de l'ordonnance VOSTRA parle d'« enquêtes préliminaires »), *et même dans le domaine de la prévention*.

Concrètement, elles sont en effet demandées dans les buts suivants :

But n° 1 : confirmer ou infirmer un soupçon initial (restreindre le cercle des auteurs)³ ;

But n° 2 : disposer d'informations permettant de vérifier la crédibilité des personnes interrogées (témoins, experts, etc.)⁴ ;

But n° 3 : empêcher des « investigations parallèles »⁵ ;

But n° 4 : protéger des agents infiltrés/enquêter sur le milieu dans lequel évolue l'auteur⁶.

³ Le fait qu'une personne suspecte est inscrite au casier judiciaire pour avoir commis une infraction fournit le *premier élément* permettant de confirmer un soupçon initial vague. Des informations provenant du casier judiciaire et relatives à des actes jugés ne peuvent cependant pas être considérées comme *indices probants* pour les nouvelles infractions imputées à la personne. Ces informations sont plutôt considérées par fedpol et par le SAP comme des *indications* selon lesquelles *des investigations supplémentaires pourraient être utiles*. L'accès précoce aux informations du casier judiciaire risque certes de conduire à la concentration des investigations sur quelques récidivistes seulement, bien que le nombre des auteurs d'une première infraction soit nettement plus élevé. Cependant, les données du casier judiciaire n'étant *jamais les seuls indices permettant de fonder un soupçon*, il est rare que les enquêteurs se trompent lorsqu'ils décident de suivre une piste. Puisque ces données donnent aux enquêteurs des indications précieuses leur permettant d'orienter leurs investigations dans la bonne direction, il ne faudrait pas refuser à fedpol et au SAP le droit d'accès aux données du casier judiciaire.

⁴ Les interrogatoires peuvent être conduits de manière plus efficace si la personne qui interroge en sait beaucoup sur la personne interrogée dès le début de l'interrogatoire. Des connaissances sur le passé délictueux de cette dernière présentent un intérêt particulier puisqu'elles représentent un moyen efficace pour vérifier sa crédibilité. Lorsque des personnes sur lesquelles on ne dispose pas d'informations sont interrogées, l'accès aux données du casier judiciaire est indispensable.

⁵ L'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours est nécessaire pour empêcher des investigations parallèles. Il s'agit d'établir si plusieurs autorités de poursuite pénale conduisent simultanément des investigations à l'encontre d'une personne déterminée. Cela peut par exemple se produire à fedpol si la Confédération est compétente de manière facultative selon l'art. 337, al. 2, CP (respectivement : art. 24, CPP) ou si une personne a commis des infractions dans plusieurs endroits dans la mesure où l'une de ces infractions relève de la juridiction fédérale conformément aux art. 336 et 337 CP (respectivement : art. 23 et 24 CPP). Comme les données relatives aux procédures pénales en cours se rapportent toujours à une personne prévenue, la consultation du casier judiciaire ne permet pas d'éviter des « investigations parallèles » autour d'un suspect (il n'est inscrit nulle part dans le casier judiciaire que les investigations portent sur d'autres suspects). Ce sont surtout les services de fedpol qui assument en sus des tâches de coordination qui peuvent demander que l'accès leur soit accordé à cette fin. Mais il pourrait également être utile au SAP de savoir que des investigations sont menées : il pourrait ainsi évaluer correctement les risques représentés par l'auteur ou son environnement pour la sûreté intérieure.

- La limitation du droit d'accès aux informations du casier judiciaire (dans le cadre de procédures pénales en cours) a également été justifiée par le fait que seule la personne contre laquelle une procédure pénale a été ouverte doit supporter une atteinte importante à ses droits de la personnalité. L'ouverture d'une procédure pénale en cas de soupçons représenterait ainsi la limite à partir de laquelle le particulier devrait accepter une intrusion plus importante de l'Etat dans sa sphère privée. C'est la raison pour laquelle ce dernier devrait s'imposer plus de retenue tant qu'il n'a pas de soupçons sur une personne. Si cet argument est sans doute valable pour le prévenu, il manque globalement de pertinence puisque – comme nous l'avons déjà relevé – des extraits du casier judiciaire concernant des participants à la procédure ne faisant pas l'objet de soupçons (p. ex. des témoins ou des personnes appelées à fournir des renseignements) et ayant un statut différent dans la procédure peuvent déjà, sous l'empire du droit actuel, être demandés dans le cadre de procédures pénales.
- La limitation du droit d'accès aux données relatives aux procédures pénales en cours ne peut pas non plus se justifier par la *réglementation relative au droit de consulter le dossier*. On a invoqué l'argument selon lequel une personne qui se trouve prévenue dans une procédure pénale peut exercer son droit de consulter le dossier et donc vérifier si un extrait du casier judiciaire la concernant a été demandé. Puisque le droit de consulter le dossier n'échoit en principe qu'aux parties à la procédure pénale (cf. art. 101 CPP), cet argument ne permet pas de justifier qu'un extrait du casier judiciaire concernant des témoins puisse être demandé, car ces derniers n'ont pas, pour leur part, le droit de consulter le dossier.

Pour toutes ces raisons, le stade de la procédure n'est pas en lui seul déterminant pour l'octroi du droit d'accès⁷.

3.2.2 Les données contenues dans VOSTRA doivent pouvoir être consultées en ligne

Fedpol et le SAP-DDPS sont des services qui fonctionnent 24 heures sur 24 et qui ont besoin d'obtenir des informations le plus rapidement possible. Il faut donc qu'ils puissent continuer de consulter en ligne les données du casier judiciaire.

Le fait que les services de fedpol et du SAP-DDPS se voient octroyer un accès en ligne aux données du casier judiciaire dans le cadre du présent projet ne signifie pas forcément que chacun des domaines couverts par ces services obtiendra automatiquement un accès en ligne. Le CP ne postule le droit d'accès qu'en tant que principe. L'aménagement d'un raccordement en ligne et l'octroi d'autorisations d'accès individuelles ont lieu conformément à la directive du DFJP du 30 septembre 2004 sur la mise en place de liaisons en ligne et l'octroi d'autorisations d'accès à des applications informatiques du DFJP (directive du DFJP sur les liaisons en ligne). Il incombe donc en principe au *délégué à la protection des données de l'OFJ compétent en matière de casier judiciaire* de décider si l'autorité en question doit ou non être raccordée en ligne au casier judiciaire (cf. art. 17 de la directive du DFJP sur les

⁶ Il s'agit d'un but qui ne concerne pas tous les services de fedpol, mais qui concerne essentiellement les investigations secrètes menées par la Police judiciaire fédérale et régies par la loi (cf. ch. 3.3.3). En effet, pour planifier la mission d'un agent infiltré, il est extrêmement important de savoir dans quel environnement celui-ci devra évoluer. Afin de mieux évaluer les risques liés à une mission et donc de mieux protéger l'agent infiltré, les informations sur les antécédents des personnes qui se trouvent dans cet environnement sont indispensables. L'accès aux données du casier judiciaire représente un moyen efficace pour mieux préparer les agents infiltrés à leur mission.

⁷ Cela ne veut pas dire qu'une délimitation en fonction des stades de procédure ne serait jamais justifiée, comme le démontre l'exemple des renseignements fournis dans le domaine d'Interpol (voir les remarques figurant au ch. 3.3.4).

liaisons en ligne). Le délégué à la protection des données de l'OFJ décide, en collaboration avec le chef du casier judiciaire, du nombre et de l'identité des collaborateurs de cette autorité qui disposeront d'un droit d'accès individuel à VOSTRA (voir les dispositions de la section 4, de même que les art. 13 à 15 et 18 à 20 de la directive du DFJP sur les liaisons en ligne)⁸.

Il n'y a pas lieu de craindre une atteinte disproportionnée à la protection des données résultant de l'extension des droits d'accès en ligne de fedpol et du SAP-DDPS, ce d'autant que deux nouvelles dispositions en matière de traitement des données ont été élaborées dans le cadre de la dernière révision pour éviter la tenue de registres parallèles⁹. L'art. 18, al. 5 et 6, de l'ordonnance VOSTRA limite l'enregistrement et la transmission de données du casier judiciaire pour les autorités suisses qui ont obtenu ces données. Une large transparence lors du traitement des données du casier judiciaire est ainsi garantie.

3.3 Commentaire des différentes modifications apportées dans le domaine de fedpol

3.3.1 Mention des autorités pouvant consulter en ligne les données (art. 367, al. 2, let. c, AP-CP)

L'art. 367, al. 2, let. c, AP-CP précise expressément que seuls les services de fedpol qui ont besoin des informations du casier judiciaire pour accomplir leurs tâches peuvent y avoir accès. Nous avons renoncé à *nommer explicitement tous ces services* dans la loi. Nous avons préféré définir les buts dans lesquels les données du casier judiciaire pouvaient être demandées. Cette solution présente l'avantage de ne pas avoir à adapter le CP si des réorganisations devaient avoir lieu au sein de fedpol.

La formulation de l'art. 367, al. 2, let. c, AP-CP n'est pas tout à fait conforme au concept normatif actuel du droit du casier judiciaire selon les art. 365 ss CP. Aujourd'hui, la question des buts de l'accès et celle des autorités disposant d'un droit d'accès en ligne font effectivement l'objet de deux articles distincts (art. 365 et 367 CP). Cette distinction n'est cependant pas appropriée, car une autorité doit avoir un but bien spécifique pour pouvoir demander des informations du casier judiciaire. Pour éviter tout problème d'interprétation dans la nouvelle réglementation des droits d'accès de fedpol, les buts de l'accès ont été introduits à l'art. 367 AP-CP. Nous avons renoncé à compléter l'art. 365 CP. Il est prévu, dans le cadre de la révision totale du droit du casier judiciaire (cf. ch. 6), d'attribuer également des buts précis aux autres autorités. Comme l'ordonnance qui était en vigueur jusqu'à présent tient déjà compte de ce problème, l'ensemble de la structure de l'art. 21, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA a pu être repris. Quelques adaptations d'importance mineure à la terminologie du CPP se sont toutefois révélées nécessaires.

⁸ Pour prendre cette décision, il y a lieu de tenir compte notamment des éléments suivants : intensité d'utilisation, nombre de collaborateurs de l'entité en question disposant déjà d'une autorisation d'accès, nécessité d'une action indépendante et rapide (p. ex. en dehors des heures de travail habituelles), volume des données demandées, fonctions proposées (interroger, inscrire, modifier, éliminer).

⁹ Les registres parallèles sont des banques de données contenant des informations liées à des personnes et dans lesquels des informations identiques à celles figurant dans le registre original sont enregistrées ou conservées, en tout cas partiellement, et peuvent être consultées immédiatement. Le problème des registres parallèles réside avant tout dans le fait que les données qui y figurent sont dans certains cas enregistrées, consultées et transmises à une autre fin que celle qui est autorisée par les dispositions régissant la banque de données originale. Par ailleurs, ce sont bien souvent d'autres délais d'élimination qui s'appliquent aux banques de données concernées. Les données qui sont enregistrées dans un registre parallèle ont une existence qui leur est propre et sont en quelque sorte détournées de leur but initial. En pareil cas, le traitement des données perd une grande partie de sa transparence.

3.3.2 Prévention d'infractions (art. 367, al. 2, let. c, ch. 1, AP-CP)

Le droit d'accéder aux données du casier judiciaire dans le but de prévenir des infractions n'existe que depuis le 1^{er} janvier 2007 (cf. art. 21, al. 2, let. a, de l'ordonnance VOSTRA, dans sa version conforme au RO 2006 4503). Depuis le transfert de certains domaines du SAP-DDPS, les droits d'accès dans le domaine de la prévention des infractions sont répartis entre fedpol et le SAP-DDPS (voir aussi les remarques au ch. 3.4.2).

Dans le domaine de compétence de fedpol, ce droit d'accès en ligne est exercé par le « Domaine Hooliganisme » et par « l'Offices central des armes », qui sont rattachés à la Division principale « Services » de fedpol. Ces services de fedpol prennent des mesures pour prévenir la « violence lors de manifestations sportives » et les « actes préparatoires relatifs au commerce illicite d'armes » en vertu de l'art. 2, al. 1 et 2, LMSI. La compétence de fedpol pour ces deux domaines découle des art. 24a ss LMSI et des art. 5 ss de la loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS 514.54). L'expression « lorsqu'elles [ces infractions] relèvent de sa compétence » veut dire que le droit de consultation des services de fedpol compétents ne porte pas sur toutes les catégories d'infractions prévues par l'art. 2, al. 1 et 2, LMSI.

Les données peuvent être demandées dans les buts suivants :

- *confirmer un soupçon* : dans le domaine de la police préventive, il est indispensable de pouvoir s'informer de manière suffisante sur les personnes suspectes, en particulier en dehors des heures de bureau.
- *empêcher des investigations parallèles* : en étant informé sur une procédure en cours, on peut éviter des investigations parallèles.
- *disposer d'informations permettant de vérifier la crédibilité des personnes interrogées* : les interrogatoires sont conduits sur une base purement « volontaire » et non comme ils le seraient dans une enquête judiciaire. La personne interrogée n'est pas tenue de répondre ou de collaborer de quelque manière que ce soit.
- *protéger des agents infiltrés/enquêter sur le milieu dans lequel évolue l'auteur* : les services compétents ne travaillent pas dans le domaine de la prévention avec de véritables agents infiltrés, mais avec des « sources », c'est-à-dire des personnes faisant partie de l'environnement de la personne visée et qui font parvenir des informations à fedpol. Vérifier la crédibilité de ces personnes est donc très important. Elles ne doivent pas être impliquées dans une procédure pénale (afin qu'elles ne cherchent pas dans le cadre d'une telle procédure à justifier leurs agissements en se prévalant de leur rôle de « sources »).

3.3.3 Poursuite d'infractions (art. 367, al. 2, let. c, ch. 2, AP-CP)

L'art. 21, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA distingue, dans le domaine de la poursuite des infractions, les « enquêtes préliminaires » (let. b) et les « investigations de police judiciaire » (let. c). Cette distinction visait à laisser *clairement* transparaitre que fedpol avait aussi accès aux données du casier judiciaire durant la phase qui précédait l'ouverture formelle de la procédure pénale par le ministère public (enquête de police judiciaire au sens de l'art. 367, al. 2, let. c, CP). Il fallait faire comprendre que toutes les enquêtes judiciaires menées dans le but de poursuivre des infractions étaient couvertes. Comme le CPP prévoit une nouvelle réglementation de l'ensemble des procédures d'investigation conduites par la police et le ministère public pour poursuivre les infractions, il est judicieux de réunir les deux dispositions susmentionnées dans une même disposition (cf. art. 367, al. 2, let. c, ch. 2, AP-CP). L'expression « poursuivre les infractions » (à la différence de l'expression « prévenir les infractions » au sens de l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 1, AP-CP) indique clairement qu'il est ques-

tion ici de répression et non de prévention. Nous avons volontairement renoncé à utiliser les concepts d'« enquêtes préliminaires » et d'« enquêtes de police judiciaire » pour nous conformer à la terminologie du CPP :

- Le CPP désigne par « procédure préliminaire » toutes les étapes en amont de la procédure de première instance (cf. titre 6, art. 299 à 327 CPP). Cette procédure préliminaire se compose de la « procédure d'investigation de la police » (cf. art. 306 et 307 CPP) et de l'« instruction par le ministère public » (cf. art. 308 à 318 CPP). Cette dernière est toujours ouverte de manière formelle (cf. art. 309 CPP).
- Dans le langage courant, l'expression « police judiciaire » est aujourd'hui employée dans un sens beaucoup plus large. Elle couvre en effet toutes les enquêtes judiciaires menées dans le but de poursuivre des infractions et est donc considérée comme le pendant de la « police de sécurité ou de sûreté » (chargée de prévenir les risques et dont les tâches continuent d'être réglées par des lois sur la police).

Comme fedpol intervient aussi durant l'instruction (sur mandat du ministère public), la formulation employée à l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 2, AP-CP indique clairement que le droit d'accès aux données vaut pour l'ensemble de la procédure préliminaire.

Le droit d'accès en ligne prévu par l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 2, AP-CP est défini par rapport aux activités principales de la Police judiciaire fédérale (PJF). Sont concrètement concernés le « Domaine antennes »¹⁰, le « Domaine centres »¹¹, les « Engagements spéciaux »¹² et les « Officiers d'enquête »¹³.

La PJF conduit des enquêtes dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (cf. art. 336 et 337 CP et art. 23 et 24 CPP) et dans d'autres domaines relevant de la législation pénale accessoire (cf. loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes ; RS 812.121). Cette activité comprend notamment la lutte contre la criminalité transfrontalière dans les domaines de la criminalité organisée, du financement du terrorisme, du blanchiment d'argent et de la criminalité économique, mais aussi la conduite de procédures dans les domaines de la protection de l'Etat (p. ex. les délits à l'explosif, la corruption, les délits de fausse monnaie, le génocide). Peuvent être engagés à cet effet les instruments dont la police dispose habituellement, tels que l'observation, l'investigation secrète et les recherches ciblées. La PJF assure également l'exécution des demandes d'entraide judiciaire émanant de l'étranger et relevant de la compétence de la Confédération.

Le but de la recherche de données dans VOSTRA est en définitive de *poursuivre des infractions*. Les données du casier judiciaire servent à confirmer un soupçon, à empêcher des investigations parallèles, à disposer d'informations permettant de vérifier la crédibilité des personnes interrogées, de même qu'à protéger des agents infiltrés (enquêtes sur le milieu dans lequel évolue l'auteur).

¹⁰ Auxquels appartiennent les divisions « Enquêtes Lausanne », « Enquêtes Zurich » et « Enquêtes Lugano ».

¹¹ Auxquels appartiennent les divisions « Enquêtes Berne », « Enquêtes Protection de l'Etat » et « Enquêtes terrorisme ».

¹² Auxquels appartiennent les divisions « Enquêtes, forensique, informatique », « Enquêtes Engagements spéciaux » et « Observation ».

¹³ Les officiers d'enquête sont chargés de la coordination et de la gestion des procédures pour l'ensemble des divisions. Ils sont les interlocuteurs du ministère public et peuvent lui demander l'ouverture d'enquêtes judiciaires. Ils assurent en outre l'échange d'informations avec le SAP et avec d'autres unités administratives de la Confédération.

3.3.4 Communication d'informations à Interpol (art. 367, al. 2, let. c, ch. 3, AP-CP)

Le droit d'accès en ligne est défini par rapport à l'activité des divisions « Centrale d'engagement », « Enquêtes Coopération policière internationale » et « Coordination » du domaine « Coopération policière internationale » de la PJF. Dans les faits, les droits d'accès de ces divisions sont actuellement concentrés auprès de la « Centrale d'engagement », mais chacune d'entre elles pourrait tout à fait, d'un point de vue légal, exercer son droit de manière indépendante.

Les divisions « Centrale d'engagement » et « Coordination » sont des plaques tournantes pour l'échange d'informations de police judiciaire avec les autorités de poursuite pénale nationales et étrangères. Elles assument les tâches du Bureau central national Interpol et procèdent aux premières investigations préalables de police. Elles coordonnent les enquêtes intercantoniales et internationales. Faisant partie de la division « Enquêtes Coopération policière internationale », tant les attachés de police qui se trouvent à l'étranger que les collaborateurs des centres de coopération de Genève et de Chiasso garantissent que l'échange d'informations avec l'étranger se fait sans difficulté. Ils représentent une aide précieuse dans les enquêtes judiciaires et prennent les premiers contacts avec les autorités étrangères.

La consultation du casier judiciaire sert à recueillir des données dans le cadre de l'échange d'informations de police judiciaire avec des services d'Interpol et des services de police étrangers dans le but de traiter des demandes de renseignement.

L'échange d'informations qui a lieu dans le cadre d'Interpol recouvre tous les domaines de la criminalité. Le droit d'accès aux données de VOSTRA ne doit être octroyé aux services de police étrangers que dans la mesure où les services de police suisses peuvent eux-mêmes y avoir accès. La réglementation prévue par l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 3, AP-CP, qui représente une concrétisation de l'art. 351 CP, devra refléter le flux des données à l'intérieur de l'Etat :

- Comme les services cantonaux de police ont au moins indirectement accès aux données du casier judiciaire dans le cadre d'une *instruction pénale en cours* (ils obtiennent – le cas échéant – ces informations par le procureur concerné), *toutes* ces données doivent également être mises à la disposition d'Interpol lorsqu'une procédure pénale a été ouverte à l'étranger par une autorité de justice pénale.
- Dans le cadre des enquêtes de police menées à l'étranger, les données ne doivent être communiquées à Interpol que si les infractions relèvent de la compétence de fedpol.
- Seuls fedpol et le SAP-DDPS ont en Suisse accès aux données du casier judiciaire en vue de prévenir certains types d'infractions visées par la LMSI. La communication d'informations à Interpol est donc possible dans le cadre d'infractions du même type (terrorisme, service de renseignements prohibé, extrémisme violent, violence lors de manifestations sportives, commerce d'armes et de substances radioactives et transfert de technologie selon l'art. 2, al. 1 et 2, LMSI).

3.3.5 Contrôle du réseau de systèmes d'information de police (art. 367, al. 2, let. c, ch. 4, AP-CP)

Fedpol a réuni les systèmes de contrôle JANUS et IPAS sur le plan organisationnel. A l'heure actuelle, le contrôle de JANUS et celui d'IPAS sont toutefois effectués séparément (cf. art. 15 de l'ordonnance du 30 novembre 2001 sur le système informatisé de la Police judiciaire fédérale [ordonnance JANUS ; RS 360.2] et art. 2 de l'ordonnance du 21 novembre 2001 sur le système informatisé de gestion et d'indexation de dossiers et de personnes de l'Office fédéral de la police sur les systèmes d'information de police de la Confédération [RS 361.2]). Aujourd'hui, seul le service « Contrôle JANUS » dispose d'un droit d'accès à

VOSTRA (cf. art. 21, al. 2, let. e, de l'ordonnance VOSTRA). Ce service a entre autres pour tâche de procéder au contrôle prévu par la loi des données figurant dans JANUS (cf. art. 13, al. 2, de l'ordonnance JANUS). Les données du casier judiciaire permettent de vérifier périodiquement la fiabilité et l'exactitude des données figurant dans JANUS. Il peut par exemple s'avérer judicieux de corriger les données concernant les personnes sur la base des données du casier judiciaire (p. ex. les alias). Dans le cadre de l'élaboration de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP ; RS 361), qui est entrée en vigueur le 5 décembre 2008, la disposition relative à la banque de données JANUS (cf. art. 11 de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération ; RS 360) a été abrogée et la fusion des banques de données JANUS et IPAS décidée (cf. art. 9 ss LSIP). Cette fusion ne sera effective que d'ici quelques années pour des raisons techniques, mais la consultation de VOSTRA dans le but de contrôler les données de ce nouveau système appelé « réseau de systèmes d'information de police » devrait rester possible. C'est la raison pour laquelle il est question de la nouvelle banque de données à l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 4, AP-CP.

3.3.6 Gestion du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (art. 367, al. 2, let. c, ch. 5, AP-CP)

Le droit d'accès en ligne est défini par rapport à l'activité du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS¹⁴ (cf. art. 23 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier ; RS 955.0). Le MROS n'est pas une autorité de police ou de justice. Selon l'art. 1 de l'ordonnance du 25 août 2004 sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (RS 955.23), il a notamment pour tâche d'assister les autorités de poursuite pénale dans la répression du blanchiment d'argent, de la criminalité organisée et du financement du terrorisme, de recevoir et d'analyser les communications et les dénonciations, de procéder à des recherches relatives aux faits qui lui ont été communiqués et de décider de la transmission des communications, dénonciations, annonces et autres informations aux autorités de poursuite pénale cantonales et fédérales.

Le MROS dispose d'un laps de temps très court (en général trois jours) pour procéder à l'analyse des communications reçues. Le délai de traitement est de cinq jours au total : trois jours pour le MROS (le dossier est ensuite transmis à l'autorité judiciaire compétente) et deux jours pour le juge d'instruction afin de pouvoir bloquer des fonds suspects.

Les données de VOSTRA sont notamment nécessaires pour confirmer ou infirmer un *souppçon initial*. Le MROS a également besoin de savoir si des *enquêtes parallèles* sont menées (accès aux données relatives aux procédures en cours) pour pouvoir transmettre le dossier au bon service.

L'activité du MROS vise en définitive également à poursuivre des infractions. Pour que les choses soient claires, il faut mentionner dans une nouvelle lettre que l'accès au casier judiciaire a également pour but de « gérer le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ».

3.3.7 Mesures d'éloignement et décisions d'expulsion (art. 367, al. 2, let. c, ch. 6, AP-CP)

Avant le 1^{er} janvier 2009, le droit d'accès en ligne était défini par rapport à l'activité de la section « *Service des étrangers* » du SAP de fedpol. Cette dernière contrôlait des personnes

¹⁴ MROS = Money Laundering Reporting Office Switzerland

dans le cadre de la prise et de la levée de mesures d'éloignement en vertu de l'art. 67, al. 2, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20) et décidait des interdictions d'entrée sur le territoire suisse à l'encontre de personnes étrangères, notamment sur la base d'informations venant de l'étranger. Par ailleurs, elle préparait les décisions d'expulsion dite politique en vertu de l'art. 121, al. 2, Cst. Cette section disposait déjà auparavant (c'est-à-dire avant l'adoption du régime transitoire, en vertu de l'art. 21, al. 2, let. g, de l'ordonnance VOSTRA, dans sa version conforme au RO 2006 4503) d'un droit d'accès en ligne à VOSTRA (cf. art. 365, al. 2, let. e, CP).

Le transfert de la section « Service des étrangers » au DDPS a entraîné la séparation des compétences de traitement et de décision (cf. art. 10 et 11 Org DFJP). Depuis le 1^{er} janvier 2009, c'est le « Service des étrangers » du SAP-DDPS qui prépare les décisions d'expulsion. Fedpol a toutefois conservé le pouvoir de disposition. Celui-ci relève de la compétence du service [la dénomination précise de ce service n'est pas encore connue, car l'adaptation de l'organisation est toujours en cours]. Comme ce service doit pouvoir examiner les décisions proposées par le SAP-DDPS, l'accès à VOSTRA est indispensable à fedpol.

L'extrait du casier judiciaire sert à confirmer une information reçue et la dangerosité potentielle d'un suspect. Il n'y a pas d'interrogatoires ou de procédure pénale. Le cas échéant, le service se renseigne auprès du Département fédéral des affaires étrangères et du SAP-DDPS.

3.3.8 Communication d'informations à Europol (art. 367, al. 2, let. c, ch. 7, AP-CP)

L'art. 355a CP fixe sous la forme d'une disposition générale les conditions auxquelles les données peuvent être communiquées à Europol. L'art. 367, al. 2, let. c, ch. 7, AP-CP doit être considéré comme une concrétisation de cette disposition générale dans la législation relative au casier judiciaire.

Conformément à l'art. 355a CP, Europol se voit appliquer les mêmes restrictions de traitement que les services internes correspondants au sein de fedpol et du SAP-DDPS. Cela signifie que les données du casier judiciaire ne peuvent être communiquées à Europol que dans la mesure où fedpol et le SAP-DDPS ont eux-mêmes accès à ces données. Comme Europol exerce son activité à la fois dans les domaines de la prévention et de la poursuite de certaines infractions, les données ne doivent être communiquées par fedpol que dans les buts prévus par l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 1 et 2, AP-CP. La communication d'informations dans le domaine du SAP-DDPS fait l'objet du ch. 3.4.5.

Les autres restrictions d'accès mentionnées à l'art. 355a CP (et ressortant tant de l'accord avec Europol que du droit interne) s'appliquent évidemment à Europol, en plus des restrictions mentionnées précédemment. Cet élément est exprimé par l'expression « en vertu de l'art. 355a » figurant à l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 7, AP-CP (il y aurait donc lieu de signaler à Europol, chaque fois qu'on porte des données à sa connaissance, que notamment les règles sur l'enregistrement et la transmission de données des art. 18, al. 5 et 6, de l'ordonnance VOSTRA lui sont applicables). Il n'est pas possible, d'un point de vue rédactionnel, de mentionner toutes les règles applicables en matière de traitement de données à l'art. 367, al. 2, let. c, ch. 7, AP-CP. Toutefois, la formulation choisie montre clairement que les données du casier judiciaire sont également importantes dans la perspective de la communication de données à Europol.

C'est un service de coordination de fedpol qui est compétent pour la communication de ces données, la « Centrale d'engagement ». Il n'est pas prévu de raccorder directement Europol au Casier judiciaire suisse.

3.4 Commentaire des différentes modifications apportées dans le domaine du SAP

3.4.1 Mention des autorités pouvant consulter en ligne les données (art. 367, al. 2, let. c^{bis}, AP-CP)

L'art. 367, al. 2, let. c^{bis}, AP-CP désigne le « Service d'analyse et de prévention » comme autorité pouvant consulter en ligne les données. Cela ne signifie pas pour autant que tous les services du SAP-DDPS disposent d'un accès en ligne à VOSTRA. En effet, seuls ceux qui ont besoin des informations du casier judiciaire pour accomplir leurs tâches y ont accès. Nous avons renoncé à *nommer explicitement tous ces services* dans la loi. Nous avons préféré définir les buts dans lesquels les données du casier judiciaire pouvaient être demandées. L'art. 367, al. 2, let. c^{bis}, AP-CP reprend ainsi la structure de l'art. 21, al. 4, de l'ordonnance VOSTRA. Voir à propos de ce concept normatif les remarques faites au ch. 3.3.1.

3.4.2 Prévention d'infractions (art. 367, al. 2, let. c^{bis}, ch. 1, AP-CP)

Le droit d'accès en ligne est défini par rapport à l'activité du service « Opérations » du SAP-DDPS, qui était rattaché au SAP de fedpol avant le 1^{er} janvier 2009.

Le service « Opérations » du SAP-DDPS prend des mesures préventives dans les domaines du terrorisme, du service de renseignements prohibé, de l'extrémisme violent, du commerce de substances radioactives et du transfert de technologie selon l'art. 2, al. 1 et 2, LMSI. Il conduit, au titre d'opérations préventives, des actions concentrées qui peuvent dépasser le cadre normal d'une investigation de service de renseignements. Il peut également organiser, en collaboration avec les services de police cantonaux, des opérations de police de longue haleine au titre de programmes de recherche préventifs (cf. art. 14 de l'ordonnance du 27 juin 2001 sur les mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ; OMSI ; RS 120.2).

Les données dont demandées dans les buts suivants :

- *confirmer un soupçon* : dans le domaine de la police préventive, il est indispensable de pouvoir s'informer de manière suffisante sur les personnes suspectes, en particulier en dehors des heures de bureau.
- *empêcher des investigations parallèles* : en étant informé sur une enquête en cours, on peut éviter des investigations parallèles.
- *disposer d'informations permettant de vérifier la crédibilité des personnes interrogées* : les interrogatoires sont conduits sur une base purement « volontaire » et non comme ils le seraient dans une enquête judiciaire. La personne interrogée n'est pas tenue de répondre ou de collaborer de quelque manière que ce soit.
- *protéger des agents infiltrés/enquêter sur le milieu dans lequel évolue l'auteur* : le service « Opérations » ne travaille pas avec de véritables agents infiltrés, mais avec des « sources », c'est-à-dire des personnes faisant partie de l'environnement de la personne visée et qui font parvenir des informations au SAP-DDPS. Vérifier la crédibilité de ces personnes est donc très important. Elles ne doivent pas être impliquées dans une procédure pénale (afin qu'elles ne cherchent pas dans le cadre d'une telle procédure à justifier leurs agissements en se prévalant de leur rôle de « sources »).

3.4.3 Mesures d'éloignement et décisions d'expulsion (art. 367, al. 2, let. c^{bis}, ch. 2, AP-CP)

Depuis le 1^{er} janvier 2009, le droit d'accès en ligne est défini par rapport à l'activité de la section « Service des étrangers » du SAP-DDPS (pour plus de précisions, voir les remarques au ch. 3.3.7).

3.4.4 Demandes de conformité de personnes (art. 367, al. 2, let. c^{bis}, ch. 3, AP-CP)

Ce droit d'accès en ligne est défini par rapport à l'activité de l'Etat-major du SAP-DDPS, qui est chargé de répondre aux demandes de conformité de personnes émanant d'autorités étrangères responsables de la sécurité.

L'exécution de demandes de conformité de personnes fait partie des activités qui incombaient, avant le 1^{er} janvier 2009, au SAP de fedpol dans ses relations avec l'étranger. Elle consiste à effectuer, sur demande d'une autorité étrangère, un contrôle de sécurité relatif à des Suisses ou à des étrangers qui ont un domicile fixe en Suisse pour leur permettre de collaborer à des projets étrangers classifiés (ou d'être engagés dans ces projets).

L'exécution de ces contrôles de sécurité est actuellement régie par l'art. 13, al. 1, let. t de l'ordonnance du 30 novembre 2001 sur le système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat (RS 120.3). Le SAP-DDPS se fonde sur l'art. 17, al. 3, let c, LMSI pour exécuter les demandes de conformité de personnes. Par le passé, cette base juridique a cependant été remise en cause par diverses instances. C'est la raison pour laquelle sera créée une base légale formelle et explicite pour ces contrôles de sécurité dans le cadre de la réforme LMSI II¹⁵.

Les extraits du casier judiciaire sont un élément d'appréciation important pour pouvoir exécuter les demandes de conformité de personnes. Sans ces extraits, les demandes exécutées par le SAP-DDPS pour l'étranger perdraient une grande partie de leur valeur, ce qui impliquerait aussi des effets négatifs pour les personnes qui font l'objet de ces demandes. Car même en cas d'appréciation positive, l'intéressé ne serait plus considéré comme une personne de confiance pour collaborer à l'étranger à des projets secrets ou confidentiels.

3.4.5 Communication d'informations à Europol (art. 367, al. 2, let. c^{bis}, ch. 4, AP-CP)

Comme fedpol (voir les remarques au ch. 3.3.8), le SAP-DDPS communique des données du casier judiciaire aux services étrangers d'Europol. Il ne peut toutefois communiquer ces informations que si elles concernent des infractions relevant de son domaine de compétence, à savoir notamment le commerce illicite de substances radioactives.

4. Conséquences sur les finances et les effectifs du personnel

Le raccordement à VOSTRA des autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal qui n'ont pas encore déposé de demande d'accès en ligne peut être effectué avec les effectifs actuels du Casier judiciaire suisse, qui relève de l'OFJ (à noter que ce raccordement exige la mise en place des profils et la formation des nouveaux utilisateurs). Si ces autorités ont accès aux données du casier judiciaire relatives aux procédures pénales en cours, les procédures de naturalisation peuvent être suspendues assez tôt, ce qui devrait entraîner une légère diminution du nombre de requêtes déposées auprès de l'ODM. Il ne faut cependant

¹⁵ Selon le projet de loi fédérale du 15 juin 2007 dans lequel il est encore question de fedpol et non du SAP-DDPS (cf. FF 2007 4873), l'art. 17, al. 3, let. e, P-LMSI a la teneur suivante :

³ *L'office fédéral peut, dans des cas particuliers, communiquer des données personnelles à des organes de sûreté de pays avec lesquels la Suisse entretient des relations diplomatiques, lorsqu'une loi ou une convention internationale dûment approuvée le prévoit, ou si :*

e. l'Etat requérant assure par écrit avoir obtenu l'accord de la personne concernée et si la communication permet à cet Etat d'évaluer si la personne concernée est apte à collaborer à des projets étrangers classifiés qui concernent la sûreté intérieure ou extérieure ou à accéder à des informations, à du matériel ou à des installations de l'étranger qui sont classifiés (clearing).

pas en attendre une réduction des effectifs. La modification proposée n'a aucune conséquence pour la Confédération sur le plan des finances et du personnel. En octroyant le droit d'accès à VOSTRA aux autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal, plus aucune demande d'extrait du casier judiciaire ne sera adressée aux autorités cantonales de coordination, ce qui devrait décharger ces dernières.

La transposition dans le CP des dispositions de l'ordonnance relatives aux droits d'accès en ligne de fedpol et du SAP-DDPS n'a aucune conséquence sur le plan financier.

5. Date de l'entrée en vigueur

Le Conseil fédéral devrait se prononcer ultérieurement sur l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, conformément à la procédure législative habituelle. La modification proposée ne demandant ni reprogrammation complexe de VOSTRA ni adaptation des législations cantonales, l'entrée en vigueur pourrait avoir lieu tout de suite après le vote final du Parlement. Il ne faut cependant pas oublier que l'art. 21, al. 2, 3 et 4, de l'ordonnance VOSTRA doit être adapté à la nouvelle situation juridique. Comme le projet de modification se fonde sur certains articles du CPP et qu'il reprend en partie sa terminologie, l'entrée en vigueur du nCP ne devrait pas avoir lieu avant celle du CPP (prévue pour le 1^{er} janvier 2011).

6. Excursus : Autres modifications nécessaires (questionnaire)

La réforme en cours porte seulement sur les adaptations urgentes qui sont en relation avec le régime transitoire prévu par l'art. 367, al. 3, CP.

Des enquêtes internes à l'administration et certaines remarques faites par des services publics et des autorités gouvernementales laissent à penser que d'autres modifications doivent être apportées au droit du casier judiciaire. Sont par exemple concernés *l'inscription des jugements pénaux prononcés à l'encontre des entreprises, l'octroi des droits d'accès en ligne* (p. ex. aux services de police cantonaux, au Service fédéral de sécurité, à d'autres autorités compétentes en matière de migration, aux autorités habilitées à délivrer des autorisations dans le domaine des entreprises de sécurité, dans le domaine de la PLA, dans celui des adoptions, etc.), mais également les *problèmes de nature plutôt technique dans le domaine de la gestion des jugements* (p. ex. procédure à suivre en ce qui concerne les peines d'ensemble et les peines supplémentaires, inscription des jugements prononcés à l'étranger) et les *adaptations nécessaires en regard de la législation sur la protection des données* (p. ex. introduction du nouveau numéro d'assurance sociale pour identifier des personnes, réglementation de l'échange d'informations avec l'étranger dans le cadre de l'entraide administrative internationale).

Il ne faut cependant pas tarder à combler ces lacunes du droit du casier judiciaire. Le DFJP prévoit d'entreprendre les travaux relatifs à la *révision totale du droit du casier judiciaire* au cours de l'année 2009.

Afin que l'OFJ puisse avoir le plus tôt possible une vue d'ensemble des modifications nécessaires, un *questionnaire* a été joint aux documents destinés à la consultation et relatifs à la nouvelle réglementation des droits d'accès des autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal, de fedpol et du SAP-DDPS. Ce questionnaire vise à permettre aux autorités et aux organismes consultés d'émettre dès à présent des souhaits éventuels (supplémentaires) dans le domaine du casier judiciaire. *L'évaluation des réponses à ce questionnaire se fera toutefois indépendamment de la procédure de consultation en cours.* Les résultats ne seront ainsi pas présentés dans le rapport sur la procédure de consultation relative au projet de loi joint en annexe ; ils serviront seulement à préparer le projet de révision totale.