

Projet de loi

portant

- 1. réglementation de quelques méthodes particulières de recherche**
- 2. modification de certaines dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.**

Avis du Conseil d'Etat

(22 mai 2007)

Par dépêche du 9 juin 2006, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat pour avis du projet de loi portant 1. réglementation de quelques méthodes particulières de recherche 2. modification de certaines dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, élaboré par le ministre de la Justice.

Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis a comme objectif, d'après l'exposé des motifs, très succinct il est vrai, d'« *introduire en droit interne une réglementation de deux méthodes particulières de recherche, à savoir l'observation et l'infiltration* ». Le recours à cette formule suggère que le Luxembourg serait tenu de modifier son dispositif législatif en vertu de nouvelles dispositions adoptées dans le cadre du troisième pilier de l'Union européenne relatif à la coopération en matière d'affaires intérieures et de justice.

L'exposé des motifs cite effectivement les articles 12 et 14 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre Etats membres de l'Union européenne, établie par le Conseil en application de l'article 34 du Traité sur l'Union européenne. Le présent projet de loi ne porte toutefois pas approbation de cette convention ni exécution des obligations incombant au Grand-Duché en vertu de celle-ci. L'article 12 de cette convention prévoit, au paragraphe 1^{er}, que « *Chaque Etat membre s'engage à ce que, à la demande d'un autre Etat membre, des livraisons surveillées puissent être autorisées sur son territoire dans le cadre d'enquêtes pénales relatives à des infractions susceptibles de donner lieu à extradition* ». Le Conseil d'Etat ne voit pas l'incidence de ce texte sur le présent projet de loi. L'article 14 de la Convention dispose, au paragraphe 1^{er}, que « *L'Etat membre requérant et l'Etat membre requis peuvent convenir de s'entraider pour la réalisation d'enquêtes pénales menées par des agents intervenant en secret ou sous une identité fictive (enquêtes*

discrètes) ». Cet article vise, effectivement, l'entraide en matière d'enquêtes dites discrètes. Les parties contractantes ne sont toutefois pas obligées de coopérer, mais « *peuvent convenir* » d'une entraide. Le paragraphe 4 de l'article 14 précise d'ailleurs que « *tout Etat membre peut déclarer qu'il n'est pas tenu* » par cette disposition. Le présent projet de loi doit dès lors s'analyser en une initiative propre du Luxembourg de créer, dans la procédure pénale, des instruments nouveaux d'enquête par référence aux modifications législatives intervenues au cours des dernières années en France et en Belgique.

Ainsi que le précise l'exposé des motifs, les dispositions nouvelles sur l'observation sont inspirées des articles 47*sexies*, 47*septies* et 56*bis* du Code d'instruction criminelle belge. Les nouveaux articles sur l'infiltration ont comme référence les articles 706-81 à 706-87 du Code de procédure pénale français.

Le Conseil d'Etat note que les articles du Code d'instruction criminelle belge cités comme référence font partie d'un ensemble de dispositions introduites dans le Code d'instruction criminelle par la loi belge du 6 janvier 2003 « *concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête* ». Les nouvelles méthodes visées sont, d'après l'article 47*ter* du Code d'instruction criminelle belge, l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs.

Cette loi a fait l'objet d'un recours en annulation introduit devant la Cour d'arbitrage par l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme et autres requérants. Les dispositions sur l'observation avaient notamment été critiquées au motif qu'elles porteraient une atteinte disproportionnée aux droits au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile. Dans l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, la Cour d'arbitrage a annulé certaines dispositions de la loi de 2003, entre autres, des articles 47*sexies* et 47*septies*. Les dispositions annulées ont été remplacées par la loi belge du 27 décembre 2005 « *portant modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée* ». A noter que les dispositions faisant l'objet du présent projet de loi sont basées sur les textes actuels du Code d'instruction criminelle belge, tels qu'issus de la loi de 2005, et que les critiques formulées en 2004 par la Cour d'arbitrage ne concernent pas directement les normes que le présent projet entend introduire en droit luxembourgeois.

L'intitulé de la loi de 2005 mérite attention alors que le législateur belge met clairement les nouvelles méthodes d'enquête en relation avec la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée.

Les articles sur l'infiltration sont inspirés des articles 706-81 à 706-87 du Code de procédure pénale français qui ont été introduits dans le cadre de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, mieux connue sous l'appellation de « loi Perben II ». Cette loi avait été déférée, avant sa promulgation, par une série de parlementaires au Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, avait déclaré contraires à la Constitution quelques dispositions. Les articles 706-81 à 706-87 auxquels se réfère le projet de loi

n'étaient pas directement visés par la saisine du juge constitutionnel français.

Le Conseil d'Etat note que les dispositions pertinentes du Code de procédure pénale français figurent dans un Titre portant sur la « *procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées* ». Aussi la loi française prend-elle soin de déterminer, dans l'article 706-73¹, la liste des infractions pour lesquelles s'appliquent les nouvelles procédures, entre autres, l'infiltration.

Les auteurs du projet de loi sous avis omettent de fournir la moindre indication sur la nécessité d'introduire en droit luxembourgeois de nouveaux instruments d'enquête pour lutter contre une certaine criminalité locale ou transfrontalière. Aucune référence n'est faite, dans l'exposé des motifs, à la problématique de la criminalité organisée. Les auteurs se bornent à considérer de façon générale que « *ces méthodes constituent des outils efficaces permettant de comprendre la structure d'organisations criminelles et d'en faciliter le démantèlement* ». Dans la même logique, les nouvelles méthodes ont vocation à s'appliquer de façon générale à toutes les infractions définies par référence à un seuil de peine d'emprisonnement. L'observation simple peut viser toutes les infractions. Pour l'observation par des moyens techniques, le seuil est fixé à un niveau relativement bas, à savoir un an d'emprisonnement. Il est fixé à quatre ans pour l'infiltration. Le nouveau chapitre VIII relatif à l'infiltration précise d'ailleurs dans son

¹ Article 706-73 du Code de procédure pénale français:

La procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et des délits suivants est celle prévue par le présent code, sous réserve des dispositions du présent titre:

- 1° Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code pénal;
 - 2° Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal;
 - 3° Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal;
 - 4° Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du code pénal;
 - 5° Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal;
 - 6° Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal;
 - 7° Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal;
 - 8° Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal;
 - 8°*bis* Délit d'escroquerie commis en bande organisée prévu par l'article 313-2 du code pénal;
 - 9° Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal;
 - 10° Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal;
 - 11° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal;
 - 12° Délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, prévus par les articles L. 2339-2, L. 2339-8, L. 2339-10, L. 2341-4, L. 2353-4 et L. 2353-5 du code de la défense;
 - 13° Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France;
 - 14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13°;
 - 15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14°;
 - 16° Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 15°.
- Pour les infractions visées aux 3°, 6° et 11°, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII.

intitulé qu'il s'agit de lutter contre « *la grande criminalité* », sans que celle-ci ne soit pourtant autrement circonscrite.

Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet de loi de créer, dans un but de sécurité juridique, une base et un cadre légal précis pour les nouvelles méthodes d'enquête que constituent l'observation et l'infiltration, d'insérer les nouvelles dispositions dans le code d'instruction criminelle sous le Titre II « *Les enquêtes* » et le Titre III « *Des juridictions d'instruction* », et de leur conférer ainsi la qualité de procédures judiciaires décidées et menées sous l'autorité et le contrôle du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nature juridique exacte de l'observation et de l'infiltration. Ces nouvelles méthodes relèvent-elles d'une enquête « proactive », consistant dans la collecte d'informations « *sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus* », pour reprendre la terminologie de l'article 28*bis*, paragraphe 2, du Code d'instruction belge, ou restent-elles confinées à la recherche de la « *manifestation de la vérité* » d'infractions commises, à l'instar des instruments d'ores et déjà prévus dans notre Code d'instruction criminelle.

La formulation des nouveaux articles 48-14(1) et 48-18(1) (48-13(1) et 48-17(1) selon le Conseil d'Etat) permet de conclure que les auteurs du projet n'ont pas entendu introduire dans le Code d'instruction criminelle des mécanismes d'enquête proactive, mais compléter l'instrumentaire à la disposition du ministère public et du juge d'instruction pour enquêter sur des infractions déjà commises. L'absence, en droit luxembourgeois, de disposition similaire à celle de l'article 28*bis*, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle belge vient conforter cette interprétation. Il n'en reste pas moins vrai que, dans la pratique, l'observation et l'infiltration comporteront, par la force des choses, un aspect d'enquête proactive dans l'hypothèse où les personnes observées ou les groupes infiltrés sont impliqués dans des activités délictueuses répétitives ou continues.

Le Conseil d'Etat relève, à titre de dernière considération générale, que le projet de loi sous rubrique s'inscrit dans la logique d'une série de lois récentes qui renforcent les moyens d'investigation et pouvoirs du procureur d'Etat dans le cadre de l'enquête préliminaire, par rapport au rôle réservé traditionnellement au juge d'instruction. Le Conseil d'Etat de renvoyer à la loi du 6 mars 2006 portant introduction notamment de l'instruction simplifiée, du contrôle judiciaire et réglementant les nullités de la procédure d'enquête et à la loi du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat réitère une considération déjà faite dans d'autres avis relative à la nécessité d'une réflexion approfondie sur le rôle futur du juge d'instruction par rapport au ministère public.

Examen des articles

Le Conseil d'Etat voudrait faire une observation préliminaire quant à la numérotation des articles. Selon les auteurs du projet de loi, cette numérotation tient compte du projet de loi n° 5356 qui a donné lieu à la loi du 20 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle et du projet de loi n° 5522 devenu la loi du 15 mars 2007 portant réglementation de la fouille de véhicules. Cette loi a complété le Code d'instruction criminelle en insérant deux nouveaux articles 48-10 et 48-11, de sorte qu'il y a lieu de commencer par l'insertion d'un nouvel article 48-12 et d'avancer la numérotation des nouveaux articles par rapport à celle du projet sous examen.

Article 1^{er}

L'article 1^{er} du projet de loi vise à compléter le titre II du livre I^{er} du Code d'instruction criminelle par deux chapitres, un chapitre VII consacré à l'observation et un chapitre VIII relatif à l'infiltration policière, et à compléter l'article 51 du Code d'instruction criminelle relatif aux pouvoirs du juge d'instruction.

Les différentes dispositions sont d'une grande technicité et constituent, comme le répète le commentaire des articles, la reproduction textuelle ou quasi textuelle des dispositions de référence des codes belge et français. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat portera son attention sur les dispositions qui requièrent une analyse particulière et sur celles où les auteurs ont omis de reprendre exactement le libellé des dispositions de référence belges et françaises.

I. Chapitre VII.- De l'observation

Remarque préliminaire

Le Conseil d'Etat voudrait rappeler d'ingrès que par la loi du 29 mars 2007 portant révision 1. des paragraphes (1), (2), (3), (5) et (6), alinéa 1^{er} de l'article 11 de la Constitution; 2. création d'un article 11*bis* nouveau de la Constitution, le Constituant a donné à l'article 11, paragraphe 3 la teneur suivante: « *L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions prévues par la loi* ». Cette nouvelle disposition met en évidence l'importance que le Constituant accorde au respect de l'intimité de la vie privée. Les dérogations légales qui sont permises, à l'instar d'ailleurs de celles prévues par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont soumises aux impératifs de nécessité et de proportionnalité et leur application doit être assortie des garanties juridictionnelles requises.

Article 48-13 (48-12 selon le Conseil d'Etat)

Cette disposition définit le concept d'observation par référence à son objet, la durée et les moyens techniques mis en œuvre ou son caractère international. Le Conseil d'Etat voudrait soulever une série de questions par rapport à ce texte, en relation notamment avec la lecture qui en est donnée dans le commentaire.

Alors que le but affirmé du projet de loi est de faire de l'observation un instrument de l'enquête judiciaire, le commentaire envisage et admet des actes d'observation se situant en dehors du nouveau cadre légal, parce que ne répondant pas aux critères prévus, et qui sont considérés comme relevant des «*missions ordinaires de la police judiciaire prévues par l'article 9-2 du Code d'instruction criminelle*». Le Conseil d'Etat souligne la nécessité de ne pas voir vider de sa substance les dispositions nouvelles en avalisant de façon systématique des observations policières qui techniquement ne relèvent pas des critères de l'article 48-13 (48-12 selon le Conseil d'Etat). Dans le même ordre d'idées, il s'interroge sur le délai assez long de cinq jours à partir duquel une observation cesse d'être policière. Les compétences de la police judiciaire en cas de flagrance ne seraient aucunement affectées si ce délai était substantiellement réduit. Le Conseil d'Etat note, dans ce contexte, que la Convention d'application de l'Accord de Schengen prévoit, à l'article 40, une coopération entre polices des parties contractantes, en renvoyant expressément aux procédures de l'entraide judiciaire.²

Le concept de moyen technique est défini au paragraphe 3 de l'article 48-13 (48-12 selon le Conseil d'Etat) comme «*une configuration de composants qui détecte des signaux, les transmet, active leur enregistrement et enregistre les signaux*». Se référant au projet de loi belge, les auteurs du projet de loi sous rubrique citent comme exemples le caméscope ou la caméra vidéo, les appareils de localisation et de surveillance, les appareils de télésurveillance ou encore les détecteurs de métaux.

Le Conseil d'Etat approuve l'exception spécifique réservée aux moyens de repérage et aux mesures spéciales de surveillance au sens des articles 67-1 et 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat note, d'ailleurs, que ces textes ne visent pas des mécanismes d'observation proprement dits, mais des contrôles des communications opérées auprès d'un opérateur technique fournisseur des services de communication. Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur le régime juridique à réserver aux systèmes d'écoute par mise en place de micros ou de puces. Au regard de l'exclusion expresse des écoutes téléphoniques, le concept de moyen technique de surveillance au sens du projet de loi ne saurait, de l'avis du Conseil d'Etat, être compris en ce sens qu'il permet la détection, la transmission et l'enregistrement de signaux sonores, même si le texte de la loi et le commentaire pourraient être plus explicites sur ce point.

Le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu d'exclure expressément ces systèmes d'écoute et d'enregistrement, à l'instar des mesures de surveillance et de contrôle des communications au sens des articles 88-1 et suivants du Code d'instruction criminelle. Si de tels mécanismes de surveillance s'avéraient nécessaires, il faudrait adapter et compléter les articles 88-1 et suivants précités.

² Article 40 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen:

1. Les agents d'une des Parties Contractantes qui, dans le cadre d'une enquête judiciaire, observent dans leur pays une personne présumée avoir participé à un fait punissable pouvant donner lieu à extradition, sont autorisés à continuer cette observation sur le territoire d'une autre Partie Contractante lorsque celle-ci a autorisé l'observation transfrontalière sur la base d'une demande d'entraide judiciaire présentée au préalable. L'autorisation peut être assortie de conditions.

Sur demande, l'observation sera confiée aux agents de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle elle est effectuée.

La demande d'entraide judiciaire mentionnée au premier alinéa doit être adressée à une autorité désignée par chacune des Parties.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de compléter le paragraphe 3 de l'article 48-13 (48-12 selon le Conseil d'Etat) par l'ajout suivant « *ou en vue de l'écoute et de l'enregistrement de signaux sonores* ».

Le second alinéa du paragraphe 3 de l'article sous rubrique excepte, expressément, les appareils pour la prise de photographies. Le recours à ce moyen technique ne relève de la loi que si l'observation se fait dans un lieu privé, au sens du nouvel article 48-13, paragraphe 3 (48-12, paragraphe 3 selon le Conseil d'Etat). Selon le commentaire de l'article sous rubrique et de l'article 48-14 (48-13 selon le Conseil d'Etat), l'observation avec un appareil photo dans un lieu public ou sur un lieu privé ne constitue pas une observation technique et ne rentre pas dans le champ d'application de la réglementation. Le Conseil d'Etat considère que la prise de photographies, même en dehors d'un lieu privé, relève de la loi, si l'observation se fait, de façon systématique, sur la période de temps prévue dans la loi. Le fait que le critère du moyen technique n'est pas respecté ne saurait signifier que le critère de la durée ne puisse s'appliquer. Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la portée de la notion de photographie sur un lieu privé que le commentaire de l'article 48-14 voudrait exclure de la réglementation. S'agit-il de la photographie d'un lieu privé? Qu'en est-il si des informations sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé apparaissent sur la photo qui est prise du lieu en cause?

Le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention sur le lien entre des moyens techniques d'observation et la photographie de la personne ou du lieu à observer, les moyens techniques mis en œuvre étant le préalable de la documentation des activités de la personne sujette à observation. Il faut encore relever la proximité technique entre une prise systématique de photos, au titre de l'observation dite policière, et la vidéosurveillance. La loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel érige en infraction pénale, à l'article 14, l'installation d'un système de vidéosurveillance sans autorisation de la Commission nationale pour la protection des données. Dans un arrêt récent du 28 février 2007³, la Cour d'appel a refusé de retenir comme unique élément de preuve un enregistrement effectué illégalement. A noter, dans le même ordre d'idées, qu'un projet de règlement grand-ducal tend à permettre la création et l'exploitation d'un système de vidéosurveillance par la Police grand-ducale dans les zones de sécurité. Dans le cadre de son avis afférent, émis le 30 janvier 2007, le Conseil d'Etat a préconisé une adaptation de l'article 17, paragraphe 1^{er} de la loi de 2002, précitée, afin de conférer à la mesure réglementaire envisagée une base juridique suffisante.

Au regard de toutes ces considérations, le Conseil d'Etat se demande s'il est possible d'avaliser un mécanisme d'observations policières, moyennant prise de photographies, pendant une période prolongée sans base légale et en dehors de tout contrôle des autorités judiciaires. Le Conseil d'Etat est d'avis que l'observation doit relever de la compétence du procureur d'Etat après vingt-quatre heures consécutives ou après vingt-quatre heures non consécutives réparties sur une période d'un mois.

³ Frappé d'un pourvoi en cassation

L'article 48-12, paragraphe 2 aurait dès lors la teneur suivante:

« (2) Une observation systématique au sens du présent chapitre est une observation de plus de vingt-quatre heures consécutives ou de plus de vingt-quatre heures non consécutives réparties sur une période d'un mois, une observation dans le cadre de laquelle des moyens techniques sont utilisés ou une observation revêtant un caractère international. »

Article 48-14 (48-13 selon le Conseil d'Etat)

Cette disposition distingue entre trois types d'observation, l'observation simple qui peut être décidée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction par rapport à toute infraction, l'observation à l'aide de moyens techniques et l'observation technique dans un lieu privé. Dans les trois cas de figure, il faut une décision du procureur ou du juge d'instruction motivée par les nécessités de l'enquête et l'insuffisance des autres moyens d'investigation.

L'observation technique requiert l'existence d'indices sérieux quant à l'existence d'infractions emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur ou égal à un an. Le Conseil d'Etat a déjà relevé, dans le cadre des considérations générales, que les infractions visées sont déterminées par référence à la seule sanction comminée sans que le critère de la grande criminalité ou de la criminalité organisée ne soit retenu.

L'observation technique dans un lieu privé n'est possible que si l'infraction en cause emporte une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur ou égal à quatre ans; elle requiert par ailleurs l'intervention du juge d'instruction. Le Conseil d'Etat approuve la saisine obligatoire du juge d'instruction pour ordonner une observation technique, y compris par appareil photo, dans un lieu privé au regard de l'impératif de protection de la sphère privée et du lien évident avec les mesures de surveillance des articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle. La loi belge de 2003, précitée, avait d'ailleurs été censurée sur ce point par la Cour d'arbitrage. Le texte proposé dans le projet de loi reprend les concepts de la loi belge de 2005 adoptée pour rencontrer les critiques de la Cour d'arbitrage.

Les dispositions combinées de l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 48-13 (48-12 selon le Conseil d'Etat) et du paragraphe 3 de l'article 48-14 (48-13 selon le Conseil d'Etat) posent toutefois le problème de l'articulation des rôles du procureur d'Etat et du juge d'instruction. Dans la logique du projet de loi, le juge d'instruction a recours aux nouvelles méthodes dans le cadre de sa mission générale d'instruire à charge et à décharge en vertu de l'article 51 du Code d'instruction criminelle. L'article 48-14, paragraphe 3 (48-13, paragraphe 3 selon le Conseil d'Etat) exige l'intervention du juge d'instruction pour les observations à l'aide de moyens techniques dans un lieu dit privé. Ce texte signifie-t-il qu'il faut ouvrir une instruction dans le cadre de laquelle le juge d'instruction procède à cette mesure ou que le procureur d'Etat est en droit de requérir le juge d'instruction d'ordonner cet acte particulier sans ouverture d'une instruction, à l'instar de ce que prévoit

l'article 24-1 introduit dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 6 mars 2006? Si l'intention des auteurs du projet de loi est de prévoir une saisine particulière du juge d'instruction sans ouverture d'une instruction, il faudrait compléter le texte de l'article 24-1. Le projet de loi soulève en tout cas un problème de cohérence entre l'article 48-14 (48-13 selon le Conseil d'Etat) et les articles 51 et 24-1 du Code d'instruction criminelle.

Article 48-15 (48-14 selon le Conseil d'Etat)

L'article 48-15 (48-14 selon le Conseil d'Etat) détermine les mentions que doit contenir la décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction de procéder à une observation. Le Conseil d'Etat considère que l'exigence de motiver cette mesure vaut pour les trois types d'observation. Cette décision fera partie intégrante du dossier pénal et pourra être soumise à l'appréciation ultérieure d'une juridiction d'instruction ou de la juridiction du fond. Le Conseil d'Etat note que, contrairement à ce que prévoit l'article 48-20 (48-19 selon le Conseil d'Etat) pour la décision d'une opération d'infiltration, l'article sous rubrique n'exige pas le respect des mentions prévues sous peine de nullité. Dans un souci de cohérence des textes, de sécurité juridique et de respect des droits de la défense, le Conseil d'Etat propose de prévoir également à l'article 48-15 que les mentions sont exigées sous peine de nullité.

La question de l'invocation des nullités de l'enquête préliminaire a été réglée à l'article 48-2 du Code d'instruction criminelle introduit par la loi du 6 mars 2006. Cette disposition consacre le concept de « *nullité de la procédure d'enquête ou d'un acte quelconque de cette procédure* » à l'instar de la terminologie utilisée à l'article 126 du Code d'instruction criminelle pour l'instruction préparatoire. L'article 48-2 ne distingue pas entre les nullités de forme, dont il est question à l'article 126-1, et les autres cas de nullité. La première nullité formelle a été prévue dans l'enquête préliminaire par l'article 48-9 introduit dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 20 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle. La consécration de formalités prévues sous peine de nullité dans l'enquête préliminaire posera inéluctablement devant le juge pénal la question de l'existence, à côté des nullités désormais expressément prévues, d'autres nullités qualifiées traditionnellement de fondamentales ou substantielles, en relation avec les causes de nullité de l'enquête préliminaire dégagées par la jurisprudence antérieure aux réformes de 2006. Le Conseil d'Etat considère que la création, dans le cadre de l'enquête préliminaire, de nullités formelles ne saurait signifier que la chambre du conseil, agissant au titre de l'article 48-2 du Code d'instruction criminelle, se voit limitée dans ses prérogatives de sanctionner la régularité de la procédure de l'enquête préliminaire.

Article 48-16 (48-15 selon le Conseil d'Etat)

Ce texte règle l'exécution de l'observation qui requiert l'intervention d'un officier de police judiciaire qui doit dresser un rapport écrit. Alors que l'article 47septies du Code d'instruction criminelle belge vise un rapport confidentiel conservé par le procureur du roi dans un dossier séparé, le projet de loi sous examen fait uniquement état d'un « *rapport écrit* ». Ce rapport doit logiquement être intégré dans le dossier de l'affaire, objet d'un débat contradictoire ultérieur. Le Conseil d'Etat approuve le choix des auteurs du projet de loi d'éviter la constitution d'un dossier parallèle secret non accessible aux inculpés ou prévenus.

Article 48-17 (48-16 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen investit le Procureur général d'Etat du droit d'ordonner les mesures d'observation que peut ordonner le procureur d'Etat à l'égard d'une personne qui s'est soustraite à l'exécution des peines. Sur le fond, cette disposition trouve l'assentiment du Conseil d'Etat. On peut toutefois s'interroger sur la question de savoir si cette disposition qui concerne les prérogatives du Procureur général d'Etat en matière d'exécution des peines a sa place dans le titre II du Code d'instruction criminelle relatif aux enquêtes.

II. Chapitre VIII.- De l'infiltration policière dans le cadre de la lutte contre la grande criminalité

Article 48-18 (48-17 selon le Conseil d'Etat)

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen définit les cas dans lesquels une opération d'infiltration peut être effectuée. Le texte luxembourgeois, tout en s'inspirant de l'article 706-81 du Code de procédure pénal français, s'en distingue sur plusieurs points. Alors qu'en France, l'infiltration ne peut être décidée qu'en relation avec une série d'infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale français, l'article sous examen renvoie à toutes les infractions « *qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur ou égal à quatre ans d'emprisonnement* ». Le texte luxembourgeois est toutefois plus restrictif que le texte français, en ce qu'il exige, tout comme pour l'opération d'observation, le constat que « *les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité* ». Tant le texte français que l'article qu'il est proposé d'introduire en droit luxembourgeois soumettent la décision du juge d'instruction d'ordonner une infiltration, dans le cadre de l'instruction, à l'avis du procureur d'Etat. D'après le droit commun de l'instruction préparatoire, le juge d'instruction agit d'office ou sur réquisition du procureur: il est difficile de saisir la pertinence et la portée de cette formalité préalable d'avis. Aussi le Conseil d'Etat considère-t-il qu'il y a lieu de faire abstraction de cette formalité.

Le paragraphe 2 définit l'opération d'infiltration qui consiste à surveiller des personnes en se faisant passer pour un coauteur, complice ou receleur. La formulation du paragraphe 2 pose, à nouveau, le problème du caractère proactif ou non de la procédure. Alors que l'article 706-81 du

Code de procédure pénale français vise les personnes « *suspectées de commettre un crime ou un délit* », l'article sous rubrique met l'accent sur l'existence d'« *indices sérieux* » que les personnes « *commettent* » des infractions. Cette différence de formulation permet de conclure que les auteurs du projet ont entendu inscrire l'opération d'infiltration dans la logique d'une enquête sur des infractions déjà commises, voire connues, même si l'aspect « proactif » n'est pas exclu dans l'hypothèse d'une activité criminelle continue ou répétée.

Contrairement au texte de référence français, l'article sous rubrique prévoit expressément, au paragraphe 3, que l'opération d'infiltration peut être effectuée par un agent étranger habilité par sa loi nationale et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire luxembourgeois. Ce régime n'est pas prévu dans l'optique d'une entraide judiciaire en matière pénale, mais pour des considérations pratiques tenant à l'impossibilité d'infiltrer, à chaque fois, un agent luxembourgeois. Le Conseil d'Etat n'est pas en mesure d'apprécier les contingences pratiques dont font état les auteurs du projet. Il se doit toutefois d'attirer l'attention sur la portée de l'engagement d'agents étrangers agissant, en dehors du cadre légal des équipes communes d'enquête, sur le territoire national pour le compte des autorités judiciaires luxembourgeoises et sur les difficultés juridiques que suscite un tel système. Quelle sera la responsabilité de l'officier luxembourgeois chargé de coordonner l'opération par rapport aux actes de l'agent étranger, qu'il ne peut pas surveiller au quotidien? Quelles seront la situation et les responsabilités de cet agent vis-à-vis de ses propres autorités nationales? Quelle est la responsabilité de l'Etat luxembourgeois pour des actes posés sur le territoire national par l'agent étranger? Quels sont les rapports juridiques qui s'établissent entre l'Etat luxembourgeois et cet agent? Quelle sera la responsabilité de l'Etat luxembourgeois si l'agent étranger est victime d'un accident voire d'une agression? Ne faudra-t-il pas nécessairement organiser le recours à des agents étrangers dans le cadre d'accords bilatéraux avec les Etats partenaires? En fin de compte, le Conseil d'Etat se demande si, plutôt que de créer un instrument d'enquête difficile à mettre en œuvre au niveau purement national, il ne serait pas plus judicieux de prévoir l'opération d'infiltration dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en relation avec la criminalité organisée transfrontalière. Il est vrai que, dans cette logique, il y aurait lieu d'abandonner tout le chapitre VIII.

Le paragraphe 3 de l'article 48-18 (48-17 selon le Conseil d'Etat) prévoit encore expressément la nullité des actes posés par les agents infiltrés s'ils constituent une incitation à commettre des infractions.

A l'instar de son modèle français, l'article sous rubrique exige la rédaction d'un rapport sur les opérations et sur le constat des infractions, sans mettre en danger la sécurité des personnes infiltrées. Si le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet de ne pas mettre en danger les agents infiltrés, il a du mal à saisir la portée pratique de la réserve. Quelle sera la valeur probante du rapport si des éléments déterminants doivent être tus? Comment imaginer un débat contradictoire et assurer le respect des droits de la défense devant le juge pénal?

Article 48-19 (48-18 selon le Conseil d'Etat)

L'article 48-19 (48-18 selon le Conseil d'Etat) doit être lu en relation avec la deuxième phrase du paragraphe 3 de l'article 48-18 (48-17 selon le Conseil d'Etat). Ces dispositions reprises des articles 706-81, alinéa 2, et 706-82 du Code de procédure pénale français créent une excuse absolutoire en faveur de l'agent infiltré qui peut commettre certaines infractions spécifiées dans le texte. Si la signification des actes visés au premier tiret du premier paragraphe est facile à saisir, en relation par exemple à un trafic de stupéfiants, il est plus malaisé de comprendre les termes plus généraux de mise à disposition de moyens de caractère juridique ou financier ou autre énumérés au second tiret. Le commentaire de l'article est des plus succincts.

Le Conseil d'Etat, tout en reconnaissant qu'il est dans l'impossibilité d'apprécier les nécessités de la pratique, voudrait attirer l'attention sur la signification de cette disposition qui crée, à côté de l'article 70 du Code pénal, aux termes duquel « *il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait est ordonné par la loi ou commandé par l'autorité légitime* », une excuse absolutoire nouvelle et spécifique au profit des agents infiltrés, qu'il s'agisse d'un officier de police judiciaire luxembourgeois ou d'un agent étranger. L'application de ces dispositions soulèvera des problèmes délicats d'examen de la nécessité de commettre de telles infractions, de la proportionnalité par rapport au but poursuivi et de délimitation avec la provocation à commettre une infraction.

Le paragraphe 2 étend cette excuse absolutoire aux « *personnes requises* » par les officiers de police judiciaire ou agents étrangers pour permettre l'opération. Le commentaire de l'article vise « *une aide ou assistance* » sur « *demande expresse des infiltrants* ». Le Conseil d'Etat réitère ses interrogations quant à la portée de ces excuses absolutoires qui profitent à des personnes ne relevant pas de la puissance publique mais qui sont requises par des officiers de police judiciaire, voire par des agents étrangers. L'ensemble de ces dispositions n'est pas sans poser des problèmes sérieux au niveau du respect de la légalité et de la sécurité juridique.

Article 48-20 (48-19 selon le Conseil d'Etat)

Ce texte exige, comme l'article 706-83 du Code de procédure pénale français, que l'infiltration fasse l'objet d'une décision motivée du procureur d'Etat ou du juge d'instruction. Cette décision motivée doit contenir une série de mentions, entre autres l'identité de l'officier de police judiciaire responsable de l'opération; il doit s'agir de l'officier appelé à coordonner l'opération au sens de l'article 48-18, paragraphe 3 (article 48-17, paragraphe 3 selon le Conseil d'Etat). La décision fixe la durée qui est limitée dans le temps. Elle sera versée au dossier après l'achèvement de l'opération. Il est précisé que ces formalités sont prévues sous peine de nullité. Le Conseil d'Etat marque son accord avec cette disposition.

Article 48-21 (48-20 selon le Conseil d'Etat)

Cette disposition interdit, sous peine de poursuite pour violation du secret professionnel, de révéler l'identité de l'agent qui a procédé à l'infiltration sous un nom d'emprunt. Ce texte doit être compris en ce sens que l'identité de l'agent infiltré peut être tue, contrairement à celle de l'officier sous la responsabilité duquel l'opération se déroule qui doit figurer, en vertu de l'article 48-20, paragraphe 2 (article 48-19, paragraphe 2, selon le Conseil d'Etat), dans la décision du procureur ou du juge d'instruction versée au dossier de la procédure. Le Conseil d'Etat peut parfaitement comprendre le souci des auteurs du projet de loi de protéger la personne infiltrée. Il se doit toutefois de noter que le procédé de l'infiltration n'est pas sans soulever des problèmes au niveau du débat contradictoire des éléments de preuve, dès lors que la non-révélation de l'identité de l'agent infiltré qui va constater les infractions renvoie à la problématique du témoignage anonyme. Ce problème apparaît clairement à la lecture de l'article 48-23 (48-22 selon le Conseil d'Etat).

Article 48-22 (48-21 selon le Conseil d'Etat)

Cette disposition, reprise de l'article 706-85 du Code de procédure pénale français, proroge l'excuse absolutoire de l'article 48-19 (48-18 selon le Conseil d'Etat), dont bénéficie l'officier de police judiciaire ou l'agent étranger infiltré, pour une durée de quatre mois après l'issue du délai fixé par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ou la décision de ce dernier d'interrompre l'opération, ceci en vue d'assurer sa sécurité. La dernière phrase de l'article prévoit que, si l'agent ne peut cesser son opération, le magistrat décide une prolongation pour quatre mois.

Le Conseil d'Etat émet des réserves sérieuses par rapport à ce texte qui prolonge l'infiltration, sans décision ni contrôle de l'autorité judiciaire, sous la seule responsabilité de la police et cela pour une durée identique à celle décidée dans un premier temps par l'autorité judiciaire. Ce qui plus est, le magistrat sera pratiquement tenu d'accorder une nouvelle prolongation formelle si, à l'issue de ce délai, l'agent ne peut cesser son opération pour des raisons de sécurité. Si les auteurs du projet considèrent, à juste titre, qu'il faut placer l'opération d'infiltration sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire, on comprend mal comment elle peut être poursuivie sous l'égide de la seule police. Quelle sera la nature des actes posés au cours de cette période? Quelle sera la valeur des constatations faites lors de cette infiltration policière? Qui portera la responsabilité des actes? De l'avis du Conseil d'Etat, il doit revenir à l'autorité qui a décidé l'opération et qui entend y mettre fin de décider d'un renouvellement pour permettre à l'agent infiltré de se mettre en sécurité ou de fixer à cette fin un délai supplémentaire d'excuse absolutoire au sens de l'article 48-19 (48-18 selon le Conseil d'Etat). Quelles que soient les modalités retenues, l'opération doit rester, de son début jusqu'à sa fin, sous le contrôle de l'autorité judiciaire qui l'a décidée.

Article 48-23 (48-22 selon le Conseil d'Etat)

L'article 48-23 (48-22 selon le Conseil d'Etat) est une disposition centrale de la nouvelle procédure. Elle prévoit que seul l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel l'opération s'est déroulée est entendu comme témoin. Si, au cours du procès, une confrontation avec l'agent infiltré est requise par le prévenu, l'agent va déposer selon un dispositif prévu en droit français pour le témoignage anonyme. En effet, le texte de référence français, l'article 706-86, renvoie à l'article 706-61 faisant partie des dispositions sur le témoignage anonyme. Le Conseil d'Etat, sans vouloir mettre en doute la nécessité de protéger et de taire l'identité de l'agent infiltré, constate que la procédure pénale luxembourgeoise ne connaît pas, pour l'heure, le mécanisme du témoignage anonyme.

Le projet de loi n° 5156 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins prévoyait l'introduction, dans un nouvel article 71-3 du Code d'instruction criminelle, du témoignage anonyme. Par dépêche en date du 8 septembre 2004, le Gouvernement a demandé au Conseil d'Etat de ne pas examiner les articles de ce projet de loi relatifs au témoignage anonyme et au témoignage partiellement anonyme, à savoir notamment les articles suivants:

- l'article 18 introduisant les articles 71-1, 71-3, 71-4, 71-5 et 71-6 au Code d'instruction criminelle;
- l'article 21 introduisant un article 79-3 à ce code (paragraphe 1^{er}, 2 et 4) pour autant qu'il prévoit un système technique d'altération de l'image et/ou de la voix du témoin menacé;
- l'article 25 introduisant un article 155-1 à ce code;
- l'article 27 introduisant un article 158-2 à ce code (paragraphe 4); et
- l'article 30 ajoutant un paragraphe 2 à l'article 189 audit code.

L'introduction dans le Code d'instruction criminelle de la disposition sous examen revient à consacrer d'ores et déjà le principe du témoignage anonyme, sans que le législateur ait pu discuter de cette question fort controversée parmi les praticiens du droit.

Article 48-24 (48-23 selon le Conseil d'Etat)

Ce texte repris de l'article 706-87 du Code de procédure pénale français vient atténuer les effets du régime de témoignage instauré à l'article précédent en interdisant au juge une condamnation sur la seule base du témoignage anonyme. Si les appréhensions et la prudence des auteurs du projet de loi sont bien compréhensibles, il n'en reste pas moins que la « réduction » de la valeur d'un élément de preuve obtenu dans le cadre de l'enquête préliminaire voire de l'instruction contradictoire n'est pas sans poser problème au regard du régime des preuves en matière pénale fondé sur les principes de la liberté des preuves et de l'intime conviction des juges. Les réserves apportées par le texte sous examen à la valeur probante des déclarations de l'agent infiltré poseront, en outre, des problèmes difficiles dans la pratique si les personnes mises en cause reviennent sur des aveux faits après confrontation avec les témoignages anonymes ou si les autres éléments de preuve sont la suite directe des constats des agents infiltrés. Tous ces problèmes renvoient à la question plus générale de

l'introduction en droit luxembourgeois du témoignage anonyme et de sa réglementation.

En raison des nombreuses interrogations que soulèvent les dispositions examinées en relation avec le principe de la sécurité juridique, le respect du caractère contradictoire de la procédure pénale et des droits de la défense et la nécessité de sauvegarder la cohérence de la procédure pénale en l'état actuel de la législation, le Conseil d'Etat, sous réserve d'amendements apportant des explications et éclaircissements convaincants, émet une opposition formelle à l'encontre de l'intégralité du chapitre VIII qu'il est envisagé d'insérer au titre II du livre I^{er} du Code d'instruction criminelle.

III. Nouveau paragraphe 3 de l'article 51 du Code d'instruction criminelle

Le projet de loi entend compléter l'article 51 du Code d'instruction criminelle relatif aux missions du juge d'instruction par un paragraphe nouveau investissant le juge d'instruction du pouvoir de décider une opération d'observation ou d'infiltration, par renvoi aux procédures prévues pour l'enquête préliminaire. Cette démarche s'inscrit, selon les auteurs du projet de loi, dans la logique de la modification de l'article 51 opérée par la loi du 20 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle. Au regard de cette modification, le paragraphe nouveau devra être introduit sous le n° 3 et le paragraphe 3 actuel deviendra le paragraphe 4. Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs du projet de loi dans leur souci de garder un parallélisme des pouvoirs entre le juge d'instruction et le procureur d'Etat, voire de donner, pour certains actes, compétence exclusive au juge d'instruction. Il n'en reste pas moins que les opérations d'observation et d'infiltration sont essentiellement destinées à réunir les indices suffisants permettant l'ouverture d'une instruction. Il s'agit, à l'évidence, de moyens d'investigation « à charge » qui cadrent mal avec la mission d'instruction « à charge et à décharge » assignée au juge d'instruction au paragraphe 1^{er} de l'article 51 du Code d'instruction criminelle. Enfin, il va de soi que ces opérations devront rester secrètes, même par rapport à des personnes faisant l'objet de l'information. Il est vrai que les mesures spéciales de surveillance et les opérations de repérage ou de traçage soulèvent les mêmes réflexions. Tout comme ces mesures, les opérations d'observation et d'infiltration ne pourront plus avoir lieu après inculpation.

Il va sans dire que le nouveau texte de l'article 51 sera fonction du choix retenu par le législateur en rapport avec le chapitre VIII.

Article 2

Article 458bis du Code pénal

L'article sous examen vise à incriminer la révélation de l'identité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltrés, en relation avec le délit de violation du secret professionnel sanctionnée à l'article 458. Les peines comminées sont plus fortes que celles prévues à l'article 458. Il y

aura délit, même dans l'hypothèse où la révélation se fait en justice. Cette disposition n'est pas sans poser problème au regard du texte de l'article 155 du Code d'instruction criminelle qui oblige le témoin, déposant sous la foi du serment, à dire toute la vérité. Le mécanisme prévu suit une logique différente de celle qui préside au secret professionnel traditionnel. Ce dernier peut être opposé au juge, mais met le titulaire du secret à l'abri de toute poursuite pénale s'il accepte de déposer devant le juge.

La nouvelle disposition prévoit une aggravation des peines si la révélation de l'identité de l'infiltrant a causé des violences, coups ou blessures à l'égard de la personne dont l'identité a été révélée. Cette disposition a manifestement un objectif dissuasif. Son application pratique soulève, en effet, des problèmes de preuve du lien de causalité entre la révélation et les coups et blessures, dans l'hypothèse où les auteurs immédiats des coups et blessures ne sont pas connus, ne sont pas poursuivis ou ne sont pas condamnés. Comment établir le lien de causalité entre la révélation illicite de l'identité de l'infiltrant et les coups et blessures sans référence directe aux poursuites entamées contre les auteurs de ces derniers?

Il va de soi que l'insertion de cette nouvelle disposition dans le Code pénal est fonction des choix opérés par le législateur quant à l'adoption d'un mécanisme d'infiltration avec témoignage anonyme.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 mai 2007.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Pierre Mores