

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 complémentaire du Conseil d'Etat

(17 juin 2008)

Par dépêche en date du 11 février 2008, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat, sur la base de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission juridique de la Chambre des députés.

Les amendements étaient accompagnés d'un bref commentaire et d'un nouveau projet de texte coordonné. La Commission juridique a repris la proposition du Conseil d'Etat de modifier la numérotation des articles à la suite de l'introduction des articles 48-10 et 48-11 dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 15 mars 2007 portant réglementation des fouilles des véhicules.

Examen des amendements

1. En ce qui concerne le point I, de l'article 1^{er} du projet de loi insérant au titre II du livre 1^{er} du Code d'instruction criminelle, un chapitre VII intitulé «De l'observation», la Commission juridique propose des amendements aux articles 48-13 et 48-14 (nouvelle numérotation).

A l'article 48-13, paragraphe 1^{er}, les mots « à condition que ... les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire quant à la manifestation de la vérité » sont remplacés par la formulation « à condition que ... les autres moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce » reprise de l'article 88-1, alinéa 1, point c) du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat marque son accord avec la reprise des termes figurant à l'article 88-1. Il relève toutefois que cette dernière disposition parle des « moyens ordinaires d'investigation » de sorte qu'il y aurait lieu d'omettre l'adjectif « autres ». L'omission de ce qualificatif est d'autant plus logique qu'il s'agit de souligner le caractère exceptionnel de l'observation. Cette modification sera encore reprise au paragraphe 1^{er} de l'article 48-17.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er} de l'article 48-13, le Conseil d'Etat propose de remplacer la formulation « à condition que les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent » par les mots « à condition que l'enquête ou l'instruction préparatoire l'exigent », l'emploi successif des termes « nécessités » et « exiger » étant redondant.

Le Conseil d'Etat marque encore son accord à remplacer, aux paragraphes 2 et 3 de l'article 48-13, les termes « indices sérieux » par ceux de « indices graves ». Des amendements identiques sont apportés au paragraphe 3 de l'article 48-13 et au paragraphe 2 de l'article 48-17. Le Conseil d'Etat considère qu'il faut également adapter le texte du paragraphe 1^{er} de l'article 48-14 où figurent pareillement les mots « indices sérieux ».

Par référence à la formulation de l'ancien article 48-1, paragraphe 1^{er}, et dans un souci de précision, le Conseil d'Etat suggère de remplacer, au paragraphe 3 de l'article 48-13 (nouvelle formulation), les mots « indices graves que les infractions sont de nature à emporter une peine... » par ceux de « indices graves quant à l'existence de faits qui emportent une peine... ».

Le Conseil d'Etat peut de même approuver l'ajout du mot « intérieure » pour caractériser la vue dans un domicile.

Au paragraphe 2 de l'article 48-14 (nouvelle numérotation), le Conseil d'Etat estime qu'il convient d'adapter la formulation actuelle à celle proposée par le Conseil d'Etat à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'article 48-13 et d'écrire « les motifs pour lesquels l'enquête ou l'instruction préparatoire exigent une observation ».

Même si le Conseil d'Etat n'avait pas formulé d'opposition formelle, il regrette que la Commission n'ait pas repris sa suggestion de compléter le paragraphe 3 de l'article 48-12 qui exclut expressément « les moyens techniques utilisés en vue de l'exécution d'une mesure visée par l'article 67-1 ou d'une mesure visée aux articles 88-1 à 88-4 » par l'exclusion formelle des moyens techniques utilisés en vue de l'écoute ou de l'enregistrement de signaux sonores. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat continue à penser qu'il est utile de préciser que la prise de photographies, en dehors d'un lieu privé, relève de la loi en projet si une telle observation se fait, de façon systématique, sur la période de temps prévue.

L'absence de position de la Commission juridique sur les propositions formulées par le Conseil d'Etat laisse entières les questions d'interprétation des nouveaux textes. Le Conseil d'Etat a du mal à admettre que la Commission juridique entend accepter que la loi permettra des écoutes ou enregistrements à distance en violation manifeste de l'esprit des articles 88-1 et suivants du Code d'instruction criminelle ou autorise la police à opérer une observation prolongée d'une personne moyennant photographies en dehors des procédures instaurées par la loi en projet.

2. En ce qui concerne le point II de l'article 1^{er}, insérant au titre II du livre I^{er} du Code d'instruction criminelle un chapitre VIII intitulé « De l'infiltration policière », la Commission propose une série d'amendements aux articles 48-17 et suivants, qui sont tantôt de nature rédactionnelle, tantôt de nature fondamentale. Le Conseil d'Etat rappelle qu'il avait émis une opposition formelle à l'encontre de l'ensemble de ces dispositions au regard des principes de la sécurité juridique, du contradictoire de la procédure pénale et du respect des droits de la défense.

La Commission juridique, tout en retenant un cadre plus étroit pour les mesures d'infiltration, propose d'omettre, dans l'intitulé du chapitre, les termes « lutte contre la grande criminalité » au motif que ces termes ne correspondent pas à des notions juridiques définies. Le Conseil d'Etat partage cette appréciation.

Au paragraphe 1^{er} de l'article 48-17, la Commission propose de définir le champ d'application des nouvelles mesures par référence à une série précise d'infractions de préférence à un renvoi à toute infraction sanctionnée par une peine d'un certain taux. Cet amendement répond à une des critiques formulées dans l'avis du Conseil d'Etat du 22 mai 2007. Du point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat propose d'abandonner sub 4 l'article défini « la » ou « le », alors que toutes les autres infractions sont visées sous une forme générique.

Le Conseil d'Etat approuve l'adaptation du libellé de l'article 48-17, paragraphe 1^{er}, sur le texte de l'article 48-13, paragraphe 1^{er}, pour ce qui est du caractère inopérant des moyens ordinaires d'investigation. La Commission juridique a encore suivi le Conseil d'Etat dans sa proposition d'abandonner l'obligation pour le juge d'instruction de demander l'avis du procureur d'Etat avant de décider d'une mesure d'infiltration.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec les amendements proposés au paragraphe 2, consistant notamment à viser des indices « graves » et non pas des indices « sérieux ».

Il approuve l'amendement au paragraphe 4 tendant à prévoir que seul l'officier de police judiciaire responsable de l'opération est appelé à rédiger le rapport.

L'inversion des articles 48-19 et 48-20 ne rencontre pas d'objection, pas plus que les modifications d'ordre rédactionnel proposées à l'endroit de l'article 48-19, paragraphe 2.

En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 48-20, le Conseil d'Etat propose le maintien du texte originaire. La méthode de sanction d'une infraction par renvoi à un article du Code pénal est une pratique législative constante et juridiquement incontestée. Il serait d'ailleurs tout à fait inhabituel de faire figurer des peines dans le Code d'instruction criminelle.

A l'article 48-22, la Commission juridique a apporté un amendement consistant à remplacer le paragraphe 3 par un nouveau texte repris de l'article 86^{ter} du Code d'instruction belge tel qu'issu de la loi belge du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins. Le Conseil d'Etat voudrait faire deux considérations, l'une d'ordre fondamental, l'autre d'ordre technique.

- Dans son avis précité du 22 mai 2007, le Conseil d'Etat avait relevé 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. » Le Conseil d'Etat avait ajouté dans son avis que « 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 ».

Le Conseil d'Etat ne peut pas suivre la Commission juridique quand elle entend diminuer la portée du présent projet de loi en relevant qu'il s'agit « d'une forme bien particulière de témoignage anonyme », « dans le cadre d'une opération d'infiltration policière ». En effet, le législateur est appelé à consacrer le principe même du témoignage anonyme dans le cadre du Code d'instruction criminelle. Les dispositions que la loi en projet vise à introduire en droit luxembourgeois auront, à l'évidence, l'effet d'un précédent à l'occasion des débats sur un projet de loi portant plus particulièrement sur cette question. Il est d'ailleurs significatif que l'amendement proposé consiste dans la reprise d'une disposition de la loi belge relative à l'anonymat des témoins.

- En ce qui concerne l'aspect technique, le Conseil d'Etat relève des problèmes de cohérence entre les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 48-22 qui restent inchangés et le nouveau paragraphe 3.

L'article sous rubrique, dans sa version initiale, reprend les dispositions des articles 706-86 et 706-61 du Code de procédure pénale français. La Commission ajoute, au titre de l'amendement, un texte inspiré de l'article 86^{ter} du Code d'instruction criminelle belge sans veiller à la cohérence de textes d'origine diverse, ni d'ailleurs à la cohérence interne du nouveau paragraphe 3 qui ne reprend qu'une partie des dispositions belges. Ainsi, le paragraphe 2, inspiré du droit français, fait référence, pour le mécanisme de l'audition, à un « dispositif technique permettant une audition à distance » et à des « procédés techniques » rendant « la voix du témoin ... non identifiable ». Le nouveau paragraphe 3, inspiré du droit belge, ajoute un mécanisme différent. Il vise, d'abord, l'audition « à l'endroit et au moment indiqués »; cette référence se comprend dans le système belge où l'article 86^{ter} du Code d'instruction criminelle prévoit, au paragraphe 1^{er}, une ordonnance du juge d'instruction fixant l'endroit et le moment de l'audition; elle est toutefois incompréhensible dans le texte sous rubrique qui n'exige pas une ordonnance spécifique du juge d'instruction. Ensuite, dans la systématique du nouveau paragraphe 3, l'exclusion des parties et de leurs avocats de l'audition ne semble pas être la règle, alors qu'elle doit être spécialement ordonnée; dans ce cas, ces personnes assistent « dans un autre local » avec recours à un « système de télécommunications ». Dans le régime du paragraphe 2, il y a d'office une audition à distance moyennant système technique de brouillage de la voix. Le paragraphe 3, d'inspiration belge, précise qu'il s'agit d'une audition par le juge d'instruction et le juge du fond. Le paragraphe 2, d'origine française, n'opère pas une telle distinction. A noter qu'il serait indiqué de parler de juridiction de jugement et non pas de juge du fond, terme qui renvoie au mécanisme des pourvois en cassation. Le Conseil d'Etat se permet de relever que le législateur est mal

inspiré de combiner des dispositions provenant d'ordres juridiques différents au regard du risque évident d'incohérence des textes.

Dans son avis du 22 mai 2007, le Conseil d'Etat a formulé une série d'interrogations en relation avec le recours à des agents étrangers dans ses observations à l'endroit des articles 48-18 et 48-19 (dans la numérotation initialement retenue dans le projet sous avis), en relevant les problèmes suscités par une divergence entre la compétence territoriale de l'Etat luxembourgeois et le maintien de la compétence personnelle de l'Etat étranger dont relève l'agent. Le Conseil d'Etat avait notamment soulevé la question des pouvoirs à reconnaître à l'agent étranger et de la responsabilité de l'Etat luxembourgeois pour les actes qu'il serait susceptible de poser ou dont il serait susceptible d'être victime. Il regrette l'absence de toute prise en considération, voire d'examen, de ces questions de la part de la Commission juridique.

Au regard des réserves à l'endroit de l'introduction du régime du témoignage anonyme et de l'absence de réponses aux problèmes soulevés par l'appel à des agents étrangers, le Conseil d'Etat doit maintenir l'opposition formelle qu'il avait annoncée dans son premier avis.

3. En ce qui concerne l'article 2, la Commission juridique propose une modification rédactionnelle par rapport au nouvel article 458-1 que le projet sous rubrique entend insérer dans le Code pénal. Cette modification n'appelle pas d'observation particulière.

Le Conseil d'Etat maintient toutefois les interrogations formulées dans son avis du 22 mai 2007 en ce qui concerne la cohérence du nouveau texte avec les règles traditionnelles du témoignage en justice et la protection du secret professionnel.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 juin 2008.

Pour le Secrétaire général,
L'Attaché,

s. Yves Marchi

Pour le Président,
Le Vice-Président,

s. Claude A. Hemmer