

Projet de loi

portant

- 1. approbation de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne**
- 2. approbation du Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne**
- 3. modification de certaines dispositions du Code d'instruction criminelle et de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.**

Avis du Conseil d'Etat

(4 mai 2010)

Par dépêche du 6 mars 2009 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, en date du 30 novembre 2009, le texte la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (ci-après: la Convention de 2000) ainsi que le Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (ci-après: le Protocole de 2001) ont été transmis au Conseil d'Etat. Les rapports explicatifs concernant la Convention de 2000 et le Protocole de 2001, approuvés par le Conseil de l'Union européenne en date respectivement des 30 novembre 2000 et 14 octobre 2002 et publiés au Journal officiel C des Communautés européennes, n'ont pas été transmis au Conseil d'Etat.

*

Considérations générales

Le présent projet de loi a pour objet d'approuver la Convention de 2000 ainsi que le Protocole de 2001, précités. Il vise à modifier, dans la suite de l'approbation de ces deux instruments européens, certaines dispositions du Code d'instruction criminelle et de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

Examen des articles

Articles 1^{er} et 2

Les articles sous rubrique portent approbation de la Convention de 2000 et du Protocole de 2001, précités. La Convention de 2000 constitue le premier instrument mis en place par l'Union européenne après l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne. La Convention de 2000 est complétée par le Protocole de 2001 adopté à la suite du Conseil européen de Tampere de 2001. La Convention de 2000 et le Protocole de 2001 constituent des instruments internationaux adoptés en vertu de l'article 34 du Traité sur l'Union européenne. Leur objet n'est pas d'instaurer un système complet et exhaustif d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, mais de compléter les conventions existantes y compris celles qui n'ont pas été conclues dans le cadre de l'Union européenne. La Convention de 2000 vise certaines formes particulières d'entraide et organise l'entraide en matière d'interception des télécommunications. Le Protocole de 2001 règle l'entraide portant sur des données bancaires.

Article 3

L'article 3 prévoit que lors du dépôt de l'instrument de ratification le Gouvernement est autorisé à faire, conformément à l'article 6, paragraphe 7, de la Convention de 2000, une déclaration consacrant le principe qu'une demande d'entraide doit se faire entre autorités judiciaires à l'exclusion de la police ou d'une autorité administrative.

Article 4

L'article 4 autorise le Gouvernement à procéder à une autre déclaration au titre de l'article 18, paragraphe 7, de la Convention de 2000. Cette déclaration limite l'obligation du Luxembourg de procéder à l'enregistrement des télécommunications interceptées, sur demande de l'Etat requérant, aux seuls cas où le Luxembourg n'est pas en mesure d'en assurer la transmission immédiate à l'étranger.

Article 5

L'article sous rubrique autorise le Gouvernement à procéder à la déclaration, expressément prévue pour le Luxembourg à l'article 23, paragraphe 7, de la Convention de 2000. Cette déclaration permet au Luxembourg d'exiger que les données à caractère personnel transmises à l'Etat requérant dans une affaire donnée ne puissent être utilisées par ce dernier dans d'autres procédures judiciaires ou administratives si ce n'est avec l'accord préalable du Luxembourg. Il s'agit d'éviter que les données ne soient utilisées dans des procédures pour lesquelles le Luxembourg aurait refusé ou limité la transmission des données en cause.

Article 6

L'article sous rubrique détermine la déclaration que le Gouvernement est autorisé à faire, au titre de l'article 24, paragraphe 1^{er}, de la Convention de 2000, en ce qui concerne les autorités compétentes. Pour le

Luxembourg, il s'agira de reprendre la déclaration faite à l'article 24 de la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, ce qui est logique au regard du lien entre la Convention de 1959 et celle de 2000. Cette déclaration vise, même si la formulation pouvait être plus précise, les juridictions de jugement, les juridictions d'instruction, les juges d'instruction et les parquets.

Article 7

L'article sous rubrique établit le mécanisme national nécessaire à l'application de l'article 20 de la Convention de 2000. Est visée l'hypothèse où une personne cible, objet d'une interception de télécommunications dans un Etat partie contractante, se déplace sur le territoire luxembourgeois. Il s'agit de permettre la continuation de l'interception tout en garantissant l'accord du Luxembourg, Etat sous la compétence territoriale duquel se trouve la personne visée. L'article 7 en projet reprend les dispositions des paragraphes 6 et 7 de l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle belge¹.

Le paragraphe 1^{er} prévoit les conditions de fond, à savoir que la mesure ne nécessite pas l'intervention technique d'un fournisseur de services situé au Luxembourg, que l'autorité étrangère ait informé le Procureur général d'Etat et qu'il n'y ait pas encore communication à l'autorité étrangère de la décision du juge d'instruction luxembourgeois. Le Conseil d'Etat note que la condition visée par le point 3 du paragraphe 6 de l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle belge, texte de référence du projet de loi, qui consiste dans le renvoi à une base juridique de droit international, n'est pas reprise dans le texte sous examen. Il est vrai que la référence à la Convention de 2000 est effectuée au paragraphe 2. Le paragraphe 1^{er} ne peut dès lors pas être lu en ce sens que le Luxembourg autorise unilatéralement des interceptions de télécommunications

¹ Code d'instruction criminelle belge, art. 90^{ter}, par. 6 et 7:

« § 6. Une autorité étrangère compétente peut, dans le cadre d'une enquête pénale, temporairement écouter, prendre connaissance et enregistrer, pendant leur transmission, des télécommunications privées lorsque la personne visée par cette mesure se trouve sur le territoire belge et si les conditions suivantes sont réunies:

- 1° cette mesure n'implique pas l'intervention technique d'un acteur situé en Belgique;
- 2° l'autorité étrangère concernée a notifié cette mesure à une autorité judiciaire belge;
- 3° cette possibilité est prévue par un instrument de droit international liant la Belgique et l'Etat requérant;
- 4° la décision du juge d'instruction visée au § 7 n'a pas encore été communiquée à l'autorité étrangère concernée.

Les données collectées en application du présent paragraphe ne peuvent être utilisées que si l'autorité judiciaire belge compétente autorise la mesure.

§ 7. Dès que le procureur du Roi reçoit la notification visée au § 6, alinéa 1^{er}, 2°, il en saisit sans délai le juge d'instruction.

Le juge d'instruction saisi d'une notification visée au paragraphe 6, alinéa 1^{er}, 2°, autorise la mesure en question si celle-ci est recevable au regard des dispositions du présent article.

Il notifie à l'autorité étrangère concernée sa décision dans les nonante-six heures suivant la réception de celle-ci par l'autorité judiciaire belge.

Lorsqu'un délai supplémentaire est nécessaire, le juge d'instruction peut reporter de huit jours au maximum sa décision et la notification de celle-ci à l'autorité étrangère compétente. Il en informe sans délai l'autorité étrangère compétente en indiquant les raisons de ce report.

Si le juge d'instruction n'autorise pas la mesure visée au § 6, il informe également l'autorité étrangère que les données interceptées doivent être détruites sans pouvoir être utilisées. »

ordonnées par des autorités étrangères sur son territoire en dehors du cadre fixé par l'engagement international.

Le paragraphe 2 établit la procédure à respecter. L'autorité étrangère doit informer le Procureur général d'Etat. Le juge d'instruction, saisi par ce dernier, autorise ou refuse la mesure. Il doit réagir dans un certain délai. Le texte luxembourgeois en projet est inspiré du paragraphe 7 de l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle belge. Il faut noter que les conditions auxquelles doit répondre la demande sont prévues à l'article 20, paragraphe 3, de la Convention de 2000. Cette dernière prévoit encore, à l'article 20, paragraphe 4, lettre a), point iii), la possibilité d'une autorisation conditionnelle, restriction qui n'est expressément reprise ni par le texte belge ni par le texte sous projet. Le Conseil d'Etat relève encore que si la Convention de 2000 impose des délais très brefs pour répondre à une autorité étrangère, aucun délai n'est prévu pour l'information de l'autorité de l'Etat territorialement compétent. La Convention se limite, ici, à exiger une information « dès qu'il (l'Etat qui effectue l'interception) s'aperçoit que la cible de l'interception se trouve sur le territoire de l'Etat membre notifié ». Se pose la question d'une information tardive, notamment si l'autorité étrangère soutient ne pas s'être aperçue que la personne cible était sortie de sa sphère de compétence territoriale. D'après l'article 20, paragraphe 4, lettre b), de la Convention de 2000, l'autorité étrangère peut poursuivre l'interception quitte à ne pouvoir utiliser les données interceptées tant que l'Etat notifié n'a pas pris de décision. Le texte sous projet omet, dans cette logique, tout comme les dispositions de référence belges, toute référence à un délai d'information.

Contrairement au texte belge, le deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article sous examen prévoit que le juge d'instruction compétent contrôle si la mesure est admissible au regard de l'article 20 de la Convention de 2000, et de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle. L'article 20, paragraphe 4, lettre a), sub ii) de la Convention de 2000 prévoit certes que l'interception ne peut être effectuée ou doit être interrompue « lorsqu'elle ne serait pas autorisée en vertu du droit national de l'Etat membre notifié », de sorte que le renvoi à l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois est admissible. Le Conseil d'Etat s'interroge toutefois sur la portée de ce renvoi. Le juge d'instruction luxembourgeois pourra assurément examiner le taux des peines prévues, en application de l'article 88-1, lettre a). Qu'en est-il toutefois du respect des autres conditions visées, à savoir la justification de la mesure de surveillance par rapport aux « éléments de l'espèce », le caractère « suspect » de la personne surveillée ou encore le caractère « inopérant » des moyens ordinaires d'investigation? Non seulement le juge luxembourgeois est dans l'impossibilité de procéder à cette analyse, mais, dans la logique de la Convention de 2000, un tel contrôle relève de l'appréciation de l'autorité de l'Etat interceptant. A noter que l'article 20, paragraphe 3, de la Convention de 2000 qui détermine les informations notifiées par l'Etat membre interceptant ne contient aucune référence à des données concrètes de l'affaire permettant au juge luxembourgeois d'exercer un contrôle au titre de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat propose ainsi de limiter le contrôle du juge d'instruction à la condition prévue à l'article 88-1, sub a), relative au taux des peines et de faire abstraction de l'examen par le juge d'instruction des conditions établies dans la première phrase et aux points b) et c) de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle.

Tout comme le texte de référence belge, la disposition sous examen prévoit, au paragraphe 4, qu'en cas de refus d'autorisation « les données interceptées doivent être détruites sans pouvoir être utilisées ». Le Conseil d'Etat, tout en comprenant le souci des auteurs du projet, s'interroge sur la portée de cette disposition qui peut apparaître comme un ordre de destruction adressé par un juge luxembourgeois à l'autorité de l'Etat interceptant. Il appartient aux autorités de l'Etat ayant ordonné la mesure de décider, conformément à leur droit, des suites à réserver à des données obtenues à défaut d'autorisation.

Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de faire abstraction de cette disposition.

Article 8

L'article sous rubrique vise le cas où le juge d'instruction a ordonné une mesure de surveillance ou de contrôle au titre de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle qu'il faut continuer si la personne « cible » se rend dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans la logique de la compétence de l'Etat ayant décidé la mesure, le texte prévoit la destruction des données interceptées en cas d'absence d'autorisation dans les délais prévus ou de refus d'autorisation de la part de l'autorité notifiée, par renvoi à l'article 88-2, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec le texte proposé.

Article 9

L'article sous rubrique vise l'exécution, par les autorités judiciaires luxembourgeoises, de demandes d'information sur des comptes bancaires ou sur des transactions bancaires prévues aux articles 1^{er} et 2 du Protocole de 2001.

Conformément à ce qu'autorisent le paragraphe 5 de l'article 1^{er} et le paragraphe 4 de l'article 2 du Protocole de 2001, le Luxembourg subordonne ces demandes aux conditions prévues pour l'exécution d'une demande d'entraide aux fins de perquisition ou de saisie. Dans le commentaire, il est précisé que l'entraide est subordonnée au principe de la double incrimination et de la compatibilité avec la législation nationale. Se pose la question de savoir si cette disposition signifie également que le Luxembourg réserve les cas de refus de l'entraide prévus à l'article 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale². Un autre problème porte sur l'exercice des voies de droit applicables en cas d'exécution de demandes d'entraide aux fins de

² Loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Art. 3:

- « L'entraide judiciaire peut être refusée par le procureur général d'Etat dans les cas suivants:
- si la demande d'entraide est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Grand-Duché de Luxembourg;
 - si la demande d'entraide a trait à des infractions susceptibles d'être qualifiées par la loi luxembourgeoise soit d'infractions politiques, soit d'infractions connexes à des infractions politiques.

Sous réserve des dispositions prévues par des conventions, toute demande d'entraide est refusée si elle a trait à des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane ou de change en vertu de la loi luxembourgeoise. »

perquisition et de saisie, conformément aux articles 5 et 8 de la loi du 8 août 2000, précitée.

Le Conseil d'Etat relève de suite que l'exclusion des infractions fiscales et l'exigence de la double incrimination, au titre de l'application de la loi du 8 août 2000, trouvent leurs limites à l'article 8 du Protocole de 2001, qui dispose que « l'entraide ne peut être rejetée au seul motif que la demande se rapporte à une infraction ... fiscale ». Dans ce cas, il sera satisfait au principe de la double incrimination si « l'infraction correspond à une infraction de même nature dans la législation de l'Etat membre requis ». De même, la réserve de l'infraction politique est exclue en vertu de l'article 9 du Protocole de 2001.

Le Conseil d'Etat s'interroge, par ailleurs, sur les limites tenant à la sauvegarde de la souveraineté, de la sécurité, de l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de l'Etat, alors que le Protocole de 2001 n'autorise pas de telles restrictions.

Dans la mesure où la disposition renvoie au droit national, les nouvelles dispositions des articles 66-2 et suivants que le projet entend insérer dans le Code d'instruction criminelle revêtent une importance pour la portée de l'entraide judiciaire. Or, dans les articles 66-2 et 66-3 que le projet sous examen vise à introduire dans le Code d'instruction criminelle, les auteurs du projet de loi ont opté pour la solution d'une liste d'infractions.

Le Conseil d'Etat note que l'article 1^{er} du Protocole de 2001 détermine les infractions par trois critères alternatifs, un taux de peine privative de liberté d'au moins deux ans dans l'Etat requis, la liste des infractions visées dans la Convention Europol et les infractions visées par la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Selon le rapport explicatif, « les dispositions énoncées dans ce paragraphe sont le résultat d'un compromis entre les Etats membres favorables à un champ d'application général, ceux préférant différents seuils de peine et enfin ceux privilégiant une liste d'infractions ». Le Protocole se distingue, à cet égard, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres et la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pénales qui déterminent leur champ d'application par une liste précise d'infractions.

Le Conseil d'Etat constate que, sur un plan purement formel, le choix opéré par les auteurs du projet sous avis, qui optent pour une liste, ne correspond pas à celui retenu par le Protocole de 2001. Sur un plan matériel, il n'est pas en mesure d'apprécier si la liste des infractions retenues aux articles 66-2 et 66-3 du Code d'instruction criminelle sous projet couvre tout le champ d'application du Protocole de 2001. Or, les Etats parties contractantes ne peuvent, au titre d'un renvoi à la loi nationale, opéré en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 5, limiter le champ d'application de l'entraide fixé au paragraphe 3 du même article. Il faut encore relever que les articles 2 et 3 du Protocole de 2001 ne contiennent pas d'indication spécifique quant à leur champ d'application. Le Conseil d'Etat se demande si l'article 2, paragraphe 4, du Protocole de 2001, qui permet le renvoi au

droit commun de l'entraide, autorise une limitation du domaine des infractions en l'absence de disposition similaire à celle du paragraphe 3 de l'article 1^{er}.

Tant qu'il n'est pas établi que la liste des infractions retenues couvre le champ d'application du Protocole de 2001, il n'est pas garanti que la loi à adopter soit conforme aux engagements internationaux que le Luxembourg a souscrits. Sous peine d'être dès lors confronté à l'impossibilité de pouvoir accorder la dispense du second vote constitutionnel, le Conseil d'Etat demande qu'il soit procédé aux vérifications utiles avant le vote de la loi en projet.

Pour éviter toute discussion au niveau de la conformité de la loi en projet avec le Protocole de 2001, les solutions techniques suivantes sont encore envisageables.

La première solution consisterait à renoncer aux listes des infractions figurant aux articles 66-2 et 66-3 nouveaux à insérer dans le Code d'instruction criminelle. Pour l'article 66-2, il y aurait lieu de se référer aux taux de peine prévus à l'article 1^{er}, paragraphe 3, du Protocole de 2001. En ce qui concerne l'article 66-3 sous projet, aucune liste ne serait prévue. Le Conseil d'Etat relève que si cette solution résout les difficultés résultant de l'insertion, dans le Code d'instruction criminelle, d'une liste limitative d'infractions, elle ne règle pas le problème des limites de l'entraide en application de l'article 3 de la loi du 8 août 2000, précitée.

Une deuxième solution consisterait à maintenir le mécanisme des listes et un renvoi de principe au droit commun de l'entraide, mais à préserver l'application du Protocole de 2001, chaque fois que l'obligation d'entraide y visée va au-delà de celle résultant du droit commun de l'entraide et des règles valant pour le droit interne. Il suffirait d'ajouter à l'article 9 les mots « sans préjudice des dispositions particulières du Protocole ». Il est vrai que cette solution peut encourir deux critiques: il peut être soutenu que l'article 9 ainsi reformulé énonce une évidence qui découle de la primauté même du droit conventionnel; on peut aussi faire grief à cette solution d'établir une dualité de régimes juridiques et d'autoriser l'entraide au-delà des limites du droit national.

Le renvoi à la loi du 8 juin 2000 soulève encore la question des voies de recours, question liée, à son tour, à celle de l'information de la personne physique ou morale visée par la mesure. Dans le cadre de l'exécution des demandes aux fins de perquisition et de saisie, la banque est en droit d'informer le client. Ce dernier peut introduire un recours dans un certain délai suivant notification à la banque de l'acte attaqué. L'article 4 du Protocole de 2001 impose toutefois une obligation de confidentialité qui interdit de révéler aux clients de la banque que des informations ont été demandées par l'Etat requérant. Alors que la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme interdit expressément d'informer le client qu'une enquête est en cours ou que des informations ont été transmises³, le projet de loi sous

³ Loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, Art. 5, par. 5:

« Les professionnels ainsi que leurs dirigeants et employés ne peuvent pas communiquer au client concerné ou à des personnes tierces que des informations ont été transmises aux

rubrique garde le silence sur ce point. Le simple renvoi à la législation interne applicable aux demandes aux fins de perquisition et de saisie, sans référence à la réserve de confidentialité, autorise une application du Protocole de 2001 qui n'est pas conforme à son texte et le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle.

Sur ce point, différentes solutions peuvent être envisagées:

On pourrait insérer, dans le projet de loi sous rubrique, une disposition spécifique de confidentialité applicable aux seules demandes d'entraide et excluant dès lors tout recours en matière d'entraide. Il y aurait, dans cette logique, lieu de préciser, à l'article 8 de la loi du 8 août 2000 ou dans le texte du présent projet de loi que les recours sont exclus pour l'entraide au titre du Protocole de 2001. Des recours pourraient être organisés pour les procédures internes.

On pourrait encore prévoir une interdiction expresse et absolue d'information valable tant pour les procédures internes que pour les procédures d'entraide, à l'instar de l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004, précitée. Une telle solution serait toutefois difficilement compatible avec le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense.

Une autre solution consisterait à fixer le point de départ du délai de recours prévu à l'article 8 de la loi du 8 août 2000 à la date de la fin de la mesure. Cette date déterminera le moment à partir duquel le client prend connaissance de la mesure par l'information que la banque peut opérer. Sur un plan technique, on pourrait soumettre la banque à une obligation de ne pas informer son client pendant la durée d'application de la mesure. Une fois ce délai écoulé, elle sera autorisée à porter la mesure à la connaissance du client et le délai de recours courra à partir de la fin du délai de confidentialité. A noter que la question du délai de recours se pose également dans les procédures internes, en particulier celle introduite par le nouvel article 66-3 que le projet sous rubrique vise à introduire dans le Code d'instruction criminelle.

L'article 5 du Protocole de 2001 qui impose un rôle d'enquête actif à l'autorité compétente de l'Etat requis prévoit une information « sans délai » de l'autorité de l'Etat requérant. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'application de cette disposition, si on entend soumettre la transmission des données au droit de recours des personnes concernées au titre de l'article 8 de la loi du 8 août 2000. Le recours à l'article 11 de la loi du 8 août 2000 qui permet une transmission sans délai des résultats de l'exécution de la mesure demandée, sur autorisation du président de la chambre du conseil, est soumis à des conditions strictes consistant dans la mise en danger de l'intégrité physique et psychique d'une personne. Sur ce point encore, il y aura lieu d'exclure le recours pour les informations à transmettre au titre de l'article 5 du Protocole de 2001.

autorités en application des paragraphes (1), (2) et (3) ou qu'une enquête sur le blanchiment ou le financement du terrorisme est en cours. »

Il est vrai que l'article 3 de la même loi prévoit que « le professionnel est autorisé à faire état de cette instruction à l'égard du client pour justifier la non-exécution d'une opération », ce qui implique une information du client.

On peut par ailleurs se demander si l'article 5 du Protocole de 2001 n'a pas vocation à être appliqué directement par les autorités luxembourgeoises en tant que norme ayant primauté sur une loi nationale éventuellement non conforme.

Article 10

L'article 10 vise l'exécution, par les autorités judiciaires luxembourgeoises, de demandes de suivi de transactions bancaires prévues à l'article 3 du Protocole de 2001.

Conformément à ce que prévoit le paragraphe 3 de l'article 3 du Protocole de 2001, l'article sous rubrique renvoie au droit national pour adopter une décision, en l'occurrence au nouvel article 66-3 que le projet de loi sous examen entend insérer dans le Code d'instruction criminelle. Si le principe du renvoi au respect de la législation nationale n'est pas à discuter, se pose toutefois la question de la portée du contrôle que va opérer le juge luxembourgeois saisi d'une demande émanant d'un autre Etat membre. Le nouvel article 66-3, qui sera examiné plus en détail dans la suite du présent avis, prévoit un examen par le juge d'instruction de la nécessité de la mesure au regard des éléments de l'affaire ce qui implique, en cas de demande émanant d'une autorité d'un autre Etat membre de l'Union, un contrôle de la justification « objective » de la mesure. Le Conseil d'Etat a déjà examiné les difficultés inhérentes à un tel mécanisme en relation avec le renvoi qu'opère l'article 8 du projet de loi sous examen à l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle.

L'article sous rubrique prévoit encore que l'exécution de la demande est subordonnée aux conditions prévues au Luxembourg pour l'exécution d'une demande d'entraide aux fins de perquisition et de saisie. Le Conseil d'Etat comprend cette disposition en ce sens que les auteurs du projet entendent reprendre, pour la transposition de l'article 3 du Protocole de 2001, les conditions prévues pour la transposition des articles 1^{er} et 2 du Protocole de 2001, tels qu'analysés ci-dessus. Le Conseil d'Etat note que, même si le texte de l'article 3 du Protocole de 2001 est différent du libellé des articles 1^{er} et 2, en ce qui concerne le renvoi au droit national, le paragraphe 3 vise le « respect de la législation nationale » ce qui, selon le rapport explicatif, permet à l'Etat membre requis d'appliquer le principe de la double incrimination.

Article 11

L'article sous examen introduit 4 nouveaux articles dans le Code d'instruction criminelle, à savoir les articles 66-2, 66-3, 66-4 et 66-5. Il s'agit de prévoir en droit national des mesures d'instruction pour lesquelles la Convention de 2000 et le Protocole de 2001 instituent des procédures d'entraide.

Le Conseil d'Etat n'entend pas revenir, dans le commentaire des articles nouveaux du Code d'instruction criminelle, sur la question du respect du Protocole de 2001 au regard du choix d'une liste d'infractions. Il est renvoyé, à cet égard, à ses observations à l'endroit de l'article 9 du projet de loi. Le Conseil d'Etat renvoie également aux observations à l'endroit de l'article 9 pour ce qui est du contrôle, par le juge d'instruction

luxembourgeois, de la nécessité de la mesure ordonnée par l'autorité de l'Etat requérant en relation avec la motivation spéciale exigée par les articles 66-2 et 66-3.

Ad nouvel article 66-2 du Code d'instruction criminelle

Le nouvel article qu'il est prévu d'insérer dans le Code d'instruction criminelle établit une procédure par laquelle le juge d'instruction peut ordonner aux établissements de crédit qu'il désigne de l'informer si un inculpé respectivement détient ou a détenu, contrôlé ou a contrôlé, a ou a eu procuration sur des comptes.

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen soumet le recours à cette mesure à des conditions particulièrement strictes: justification par la nécessité de l'instruction, caractère inopérant des moyens ordinaires, renvoi à la nature des faits et des circonstances spéciales, caractère exceptionnel de la mesure. Dans son avis du 19 janvier 2010 (doc. parl. n° 5718⁴) sur le projet de loi devenu la loi du 3 mars 2010 1) introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle 2) modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives, le Conseil d'Etat s'était interrogé sur l'exigence d'une ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction. Il avait considéré que « en principe, toute ordonnance doit être motivée au regard des conditions prévues par la loi. ... Introduire dans le Code d'instruction criminelle le concept d'ordonnances spécialement motivées risque de créer une hiérarchie dans l'exigence de la motivation, contreproductive en termes de sécurité juridique et de respect des droits de la défense ». Aussi le Conseil d'Etat avait-il insisté sur la suppression des dispositions ayant trait à la motivation spéciale. La Chambre des députés avait suivi le Conseil d'Etat sur ce point.

Il est vrai que les auteurs de la disposition sous examen peuvent invoquer le précédent de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle et considérer que la nouvelle disposition constitue une atteinte à la sphère privée à l'instar d'une mesure spéciale de surveillance. Peut également être invoqué l'article 48-17 du Code d'instruction criminelle introduit par la loi du 9 décembre 2009 réglementant quelques méthodes particulières de recherche. A cela s'ajoute que les ordonnances de perquisition et de saisie, au titre des articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle, auprès d'établissements de crédit excluent des mesures du type « fishing expedition » et exigent l'existence d'indices qui justifient une mesure de perquisition auprès d'une banque déterminée. Le Conseil d'Etat peut dès lors suivre les auteurs du projet quand ils assimilent la mesure visée par le nouvel article 66-2 du Code d'instruction criminelle à une méthode particulière de recherche ou une atteinte à la vie privée au sens de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat propose, dans un souci de cohérence des textes, de reprendre le libellé exact de l'article 48-17.

La liste des infractions pour lesquelles la mesure peut être ordonnée est identique à la liste figurant à l'article 48-17 pour l'infiltration. Le Conseil d'Etat propose, dans le même souci d'aligner les textes, de reprendre la formulation figurant à l'article 48-17 et de remplacer la référence (art. xxx – yyy du Code pénal) en écrivant « au sens des articles

xxx à yyy du Code pénal ». Une autre méthode consisterait à renvoyer à la liste des infractions figurant à l'article 48-17.

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous rubrique énonce une évidence dans la mesure où est rappelée l'obligation pour l'établissement de crédit de fournir l'information. Le seul point pertinent est contenu au paragraphe 3 qui oblige l'établissement de crédit à fournir des données relatives au compte. Le Conseil d'Etat considère que le paragraphe 2 peut être omis et que le début du paragraphe 3 sous projet peut être reformulé comme suit:

« (2) Si la réponse est affirmative, l'établissement de crédit communique ... ».

Ad nouvel article 66-3 du Code d'instruction criminelle

Le nouvel article qu'il est prévu d'insérer dans le Code d'instruction criminelle établit une procédure par laquelle le juge d'instruction peut ordonner aux établissements de crédit qu'il désigne de l'informer « de toute opération qui sera exécutée ou prévue d'être exécutée sur le compte de l'inculpé ».

Les conditions fixées au paragraphe 1^{er} sont identiques à celles prévues à l'article 66-2 et le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de cette disposition. Le Conseil d'Etat note encore que la nouvelle mesure ne vise que les opérations à venir. Le régime applicable aux opérations déjà effectuées fait l'objet du nouvel article 66-4 à insérer au Code d'instruction criminelle.

En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu de prévoir une durée déterminée. Prévoir la levée de la mesure « dès qu'elle n'est plus nécessaire » introduit un élément d'insécurité juridique. Comment veiller au respect de cette condition? Au demeurant, rien n'empêche le juge d'instruction à lever la mesure à tout instant s'il estime qu'elle n'est pas utile à la manifestation de la vérité.

Le paragraphe 3 de l'article sous rubrique, qui rappelle l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit, est superflu parce qu'il énonce une évidence. S'ajoute à cela que l'article 66-5 nouveau du Code d'instruction criminelle prend soin de rappeler, au paragraphe 3, l'obligation de l'établissement de crédit d'exécuter l'ordonnance du juge d'instruction.

Le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention des auteurs du projet sur un problème qui ne semble pas être réglé dans les articles 66-2 et 66-3 du Code d'instruction criminelle sous examen, à savoir la détermination de la date à partir de laquelle l'ordonnance est versée au dossier. Cette date déterminera à son tour le moment à partir duquel les informations en cause figurent dans le dossier ouvert à l'inculpé et rétablit le caractère contradictoire de la procédure. Le Conseil d'Etat suggère de reprendre une formulation similaire à celle de l'article 48-18, paragraphe 4, relatif à l'infiltration.

Ad nouvel article 66-4 du Code d'instruction criminelle

La disposition sous rubrique règle la demande de transmission des informations et des documents bancaires concernant des comptes ou opérations qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur certains comptes. Il s'agit d'une mesure connue qui est opérée, à l'heure actuelle, sous la forme d'une perquisition et saisie au titre des articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle. Le texte sous rubrique exige que la mesure soit « utile à la manifestation de la vérité » sans imposer pour autant des exigences particulières quant à la motivation. Dans la logique de l'interdiction de « fishing expeditions », une ordonnance de perquisition et de saisie, fondée, à l'heure actuelle, sur les articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle, doit être justifiée au regard des éléments du dossier, même si l'ordonnance ne doit pas faire formellement état de ces éléments. Le rappel de la formule générale que la mesure doit être « utile à la manifestation de la vérité », reprise de l'article 51, paragraphe 1^{er}, du Code d'instruction criminelle relatif à la mission du juge d'instruction, ne comporte aucune plus-value en termes de sauvegarde des droits des intéressés. Si les auteurs de la disposition sous examen entendent imposer au juge d'instruction une obligation particulière de motiver la mesure adoptée au titre du nouvel article 66-4, par une référence formelle aux éléments du dossier justifiant la mesure, il faudrait le dire expressément.

Le paragraphe 2 de la disposition en projet est superflu pour les raisons déjà indiquées ci-dessus.

Ad nouvel article 66-5 du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen fixe la procédure d'exécution des ordonnances prévues aux articles 66-2 à 66-4 nouveaux du Code d'instruction criminelle.

Le paragraphe 1^{er} détermine les modes de communication de l'ordonnance à l'établissement de crédit concerné. Le texte vise, à côté des méthodes de notification classiques, le recours à la télécopie et au courrier électronique. Tout en comprenant le souci de modernité qui a inspiré les auteurs de l'article sous examen, le Conseil d'Etat note que ce type de preuve, qui n'est pas réglé dans le Code d'instruction criminelle, pose d'évidents problèmes de preuve et de sécurité.

Le paragraphe 2 prévoit que l'ordonnance est communiquée au procureur d'Etat. Le Conseil d'Etat note qu'une telle communication n'est pas prévue pour les ordonnances de perquisition et de saisie au titre des articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle. Elle n'est pas davantage envisagée pour les décisions d'observation et d'infiltration du juge d'instruction, au titre des articles 48-12 et suivants ainsi que 48-17 et suivants du Code d'instruction criminelle, qui servent, par ailleurs, de référence en ce qui concerne l'obligation de motivation particulière des mesures instituées par les articles 66-2 et 66-3 nouveaux du Code d'instruction criminelle sous examen. Le Conseil d'Etat entend rappeler ses réserves par rapport à la multiplication de procédures particulières dans le cadre de l'instruction préparatoire dérogatoires du droit commun. Il y a partant lieu d'omettre ce paragraphe.

Au paragraphe 3 est rappelée l'obligation d'exécution de l'ordonnance dans le chef de l'établissement de crédit visé. Est ajoutée la précision que l'exécution doit se faire dans les meilleurs délais. Le Conseil d'Etat fait observer que cette disposition est parfaitement superfétatoire en ce qu'elle énonce une évidence et que l'obligation de respecter l'ordonnance du juge d'instruction résulte de la qualité même de cet acte d'instruction sans qu'il faille prévoir un fondement spécifique dans le Code d'instruction criminelle. Il en va de même de l'obligation d'exécution dans « les meilleurs délais », d'autant plus que cette exigence est dépourvue de précision en termes de procédure. Si cette disposition est maintenue, il pourra en tout cas être fait abstraction des dispositions particulières des articles 66-2, paragraphe 2, 66-3, paragraphe 3 et 66-4, paragraphe 2 qui répètent, à propos de chaque type de mesure, l'obligation d'exécution dans le chef de l'établissement de crédit.

Le paragraphe 3 indique encore que la communication des données se fait « par tout moyen laissant une trace écrite » et permettant « d'en vérifier l'authenticité ». Le Conseil d'Etat note, d'abord, que le libellé de cette disposition s'écarte du texte de l'article 66-5, paragraphe 1^{er}, examiné ci-dessus. Le Conseil d'Etat s'interroge sur le contenu des termes « trace écrite » et sur les qualités particulières auxquelles doivent répondre ces traces écrites en vue d'en assurer l'authenticité. Il est à se demander s'il ne convient pas de retenir une formulation plus classique aux termes de laquelle l'établissement de crédit « communique les informations au juge d'instruction », soit avec indication d'un délai précis de x jours, soit sans indication de délai.

Le paragraphe 4 précise que les dispositions spéciales des articles 66-2 à 66-4 ne préjudicient pas du pouvoir de droit commun du juge d'instruction d'ordonner une perquisition et une saisie. Il est intéressant de relever que les auteurs ne visent pas seulement le nouvel article 66-4, mais également les articles 66-2 et 66-3. La disposition du paragraphe 4 conforte l'analyse du Conseil d'Etat quant à la nature juridique des nouvelles mesures qui constituent des types particuliers de perquisitions et de saisies. Le paragraphe 4 est à omettre pour être superfétatoire.

Au paragraphe 5 est incriminé et sanctionné le refus de coopération de l'établissement de crédit dans l'exécution des ordonnances prises au titre des articles 66-2 et 66-3. Le Conseil d'Etat s'interroge sur les termes « ordonnances légalement prises ». Cette condition signifie-t-elle que l'établissement de crédit peut, dans le cadre d'une action publique dont il fait l'objet pour défaut de coopération exciper de l'illégalité de l'ordonnance? Pour éviter toute discussion, le Conseil d'Etat propose d'omettre les termes « légalement prises ». Il est évident que si l'ordonnance est annulée, il ne saurait être question de sanctionner un refus d'exécution. Le Conseil d'Etat relève la fourchette extrêmement large de l'amende qui va du simple au centuple et insiste à voir celle-ci être réduite.

Article 12

La disposition sous examen vise à compléter l'article 9, paragraphe 1^{er}, de la loi du 8 août 2000, en soumettant à l'accord de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement la transmission à l'Etat requérant de

documents reçus sur base des ordonnances au titre des articles 66-2 à 66-4 nouveaux du Code d'instruction criminelle.

Il est vrai que les articles 1^{er} à 3 du Protocole de 2001, de même que les articles 66-2 et suivants que la loi sous objet entend introduire dans le Code d'instruction criminelle visent la fourniture d'informations et non pas la saisie d'objets ou de documents. Si des documents devaient être transmis en relation avec les informations, l'accord de la chambre du conseil serait requis.

Selon la jurisprudence, la procédure d'autorisation de transmission des documents saisis n'est pas de nature juridictionnelle. Les propriétaires ou dépositaires des documents saisis ne sont pas parties à la procédure et ne bénéficient pas d'un droit de recours contre une autorisation de la chambre du conseil du tribunal.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la disposition sous examen. D'un point de vue de la formulation, il estime que la partie de la phrase disant que les documents en cause sont « assimilés à des documents saisis » est superflue aux fins de l'application des procédures d'entraide et peut être omise.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 9 en ce qui concerne le respect des procédures nationales dans le cadre de l'application de l'article 5 du Protocole de 2001.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 mai 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder