

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 en matière pénale.**

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(21 septembre 2010)

Par dépêche du 17 août 2010, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat, sur base de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, d'amendements au projet de loi sous rubrique. Par dépêche du 20 septembre 2010, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat, sur base de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, d'un amendement supplémentaire au projet de loi sous rubrique.

Ces amendements, adoptés par la Commission juridique de la Chambre des députés, comportent à chaque fois un commentaire.

Examen des amendements du 17 août 2010

Amendements portant sur l'article 7

Le Conseil d'Etat marque son accord avec les amendements proposés qui répondent à des suggestions qu'il avait formulées dans son avis du 4 mai 2010.

Amendements portant sur l'article 11

Le Conseil d'Etat marque son accord avec les amendements qui reprennent des suggestions du Conseil d'Etat.

Amendements portant sur l'article 12

La Commission juridique de la Chambre des députés prévoit toute une série de modifications à la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale. Ces modifications sont destinées, en particulier, à répondre à l'opposition formelle soulevée par le Conseil d'Etat dans son avis du 4 mai 2010 en relation avec le respect par le projet de loi du principe de confidentialité applicable aux banques dans leurs relations avec leurs clients ou des tiers, principe imposé par le Protocole du 16 octobre 2001.

Comme le reconnaît la Commission juridique, la transposition en droit luxembourgeois de l'obligation de confidentialité a des implications sur les voies de recours prévues par la loi du 8 août 2000, précitée.

Le système envisagé dans les amendements vise à respecter l'obligation de confidentialité tout en maintenant un système de contrôle juridictionnel de la régularité de la procédure qui est opéré d'office.

Point 1

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la modification proposée qui opère une clarification de la loi du 8 août 2000, clarification rendue nécessaire à la suite d'arrêts de la chambre du conseil de la Cour d'appel. Il propose toutefois d'éviter, dans le texte proposé, le terme « notamment » et d'écrire « *d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature* ».

Le Conseil d'Etat relève que l'article 1^{er} continuera à ne pas énumérer les « informations » auxquelles il est pourtant fait référence par la suite.

Point 2

Le Conseil d'Etat marque encore son accord avec la modification proposée qui est une suite logique de l'introduction du contrôle d'office par la chambre du conseil.

Point 3

La modification sous le point 3 vise à introduire dans la loi du 8 août 2000 un article 7 nouveau mettant en œuvre le principe de confidentialité imposé par l'article 4 du Protocole du 16 octobre 2001. Cette modification répond à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat ne voit pas d'objection à ce que le principe de confidentialité devienne la règle générale, même pour les demandes d'entraide qui ne relèvent pas du Protocole du 16 octobre 2001.

Dans un souci de cohérence avec l'article 1^{er}, tel que reformulé, le Conseil d'Etat propose la formulation suivante de l'article 7:

« Les établissements (...) que des objets, documents, fonds et biens de toute nature ont été saisis ou que des objets, documents ou informations ont été communiqués en exécution (suite inchangée)... »

Points 4 et 5

Ces modifications d'ordre technique n'appellent pas d'observations particulières.

Point 6

Sous le point 6, la Commission juridique propose de reformuler l'article 9 de la loi du 8 août 2000 qui consacre le principe d'un contrôle d'office de la régularité de la procédure par la chambre du conseil, et qui garantit aux banques le droit de déposer un mémoire, le tout dans le respect du principe de confidentialité. Le Conseil d'Etat suit les auteurs des amendements dans leur

démarche, même s'il s'interroge sur le mécanisme d'intervention et le rôle des établissements de crédit dans la procédure. Quel peut être le contenu juridique du mémoire que l'établissement de crédit va déposer alors qu'il ne connaît pas la finalité de la procédure d'entraide et ne peut pas contacter le client? Un contrôle de régularité pourrait parfaitement être assuré par le juge sans procédure impliquant les établissements de crédit ou des tiers ayant un intérêt personnel légitime. Se pose, en outre, la question de la détermination de ce dernier groupe de personnes et de la manière dont elles prennent connaissance de l'exécution de la demande d'entraide. Le Conseil d'Etat reconnaît que la procédure envisagée est le résultat d'un choix de nature politique qui appartient à la Chambre des députés. Ce régime n'est pas contraire aux engagements internationaux du Luxembourg. Il se demande toutefois s'il n'aurait pas été indiqué de maintenir un double degré de juridiction.

Le texte tel que proposé dans les amendements soulève toutefois une série de questions d'ordre technique et des problèmes de cohérence des concepts, ce qui amène le Conseil d'Etat à proposer à la Chambre des députés certaines reformulations et simplifications.

Le Conseil d'Etat comprend le maintien de la distinction entre l'accord de la chambre du conseil en vue de la transmission de documents et objets et le contrôle de la régularité de la procédure. Il propose toutefois de consacrer, d'abord, le contrôle de la régularité et de viser, ensuite, l'accord de transmission. En ce qui concerne ce dernier point, le Conseil d'Etat propose d'étendre l'accord à la transmission des informations qui ont été communiquées au juge d'instruction et qui peuvent revêtir la même importance qu'une pièce à qualifier de document. Même si le contrôle de la régularité est opéré d'office, il faudra prévoir une procédure de saisine de la chambre du conseil.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, il convient de regrouper, dans l'article 9, l'ensemble des dispositions procédurales et, dans l'article 10, les dispositions sur le contenu de l'ordonnance. La référence au lieu de la saisie pour déterminer la compétence de la chambre du conseil est superflue, alors que la compétence de la chambre du conseil résulte de celle du juge d'instruction. Dès lors que le contrôle avant transmission devient la règle, il est inutile d'ajouter une référence spécifique aux articles 66-2 à 66-4 nouveaux du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat propose de « fusionner » les paragraphes 3 et 4 tels que proposés dans les amendements. Plutôt que de faire référence aux « cas visés à l'article 7 », ce qui constitue une formulation malencontreuse, il est préférable d'exclure les personnes auxquelles est opposé le principe de confidentialité institué par cet article.

Le paragraphe 4, tel que proposé dans les amendements, peut être omis. L'interdiction de communiquer au client le mémoire est ajoutée au paragraphe 4 tel que proposé par le Conseil d'Etat. La référence au mandataire est à omettre, dans un souci de cohérence avec le libellé de l'article 7. Par ailleurs et surtout, le mandataire est censé agir au nom et pour le compte du mandant et on ne saurait lui imposer une responsabilité personnelle allant au-delà des règles contractuelles et professionnelles auxquelles il est soumis. Imagine-t-on de sanctionner pénalement l'avocat mandaté par la banque qui aurait révélé l'existence du mémoire?

Les paragraphes 6 et 7 de l'article 9, tels que proposés dans les amendements, reprennent les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 9 actuel de la loi du 8 août 2000, précitée. Dans un souci de simplification des textes, le Conseil d'Etat suggère d'omettre ces dispositions qui ne font que répéter le principe énoncé au paragraphe 1^{er}. De même, la référence à la dérogation de l'article 11 actuel appelé à devenir l'article 9 nouveau peut être omise.

Les paragraphes 5, 8, 9, 10 et 11 de l'article sous examen ont trait au contenu de l'ordonnance et à ses suites. Ces dispositions peuvent utilement être intégrées dans l'article 10 nouveau.

Dans la formulation proposée par le Conseil d'Etat, l'article 9 se lirait comme suit:

« (1) La chambre du conseil examine d'office la régularité de la procédure. Si elle constate une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte et des actes ultérieurs qui sont la suite de l'acte nul.

(2) Si des objets ou documents ont été saisis ou si des objets, documents ou informations ont été communiqués au juge d'instruction, leur transmission à l'Etat requérant est subordonnée à l'accord de la chambre du conseil.

(3) La chambre du conseil est saisie par un réquisitoire du procureur d'Etat en contrôle de régularité de la procédure et en transmission des objets, documents ou informations.

(4) A l'exception des personnes auxquelles la mesure ordonnée en exécution de la demande d'entraide n'a pas été révélée en vertu de l'article 7, la personne auprès de laquelle la mesure ordonnée a été exécutée, la personne visée par l'enquête ainsi que tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel peut déposer un mémoire...

(suite du texte du paragraphe 3 tel que proposé dans l'amendement).

(5) Les personnes en droit de déposer un mémoire, leurs dirigeants et employés ne peuvent pas communiquer aux personnes auxquelles la mesure ordonnée en exécution de la demande d'entraide n'a pas été révélée en vertu de l'article 7, le mémoire, l'existence ou la teneur du mémoire, le tout sous peine de l'amende prévue à l'article 7. »

Point 7

Dans la suite des suggestions de reformulation de l'article 9 de la loi du 8 août 2000, précitée, le Conseil d'Etat propose de regrouper dans l'article 10 toutes les dispositions concernant l'ordonnance de la chambre du conseil. Le texte proposé reprend les dispositions remaniées de l'article 10 nouveau tel que proposé dans les amendements et certaines dispositions omises à l'article 9, en particulier celles figurant aux paragraphes 5, 9, 10 et 11 du texte proposé dans les amendements.

Dans la mesure où la chambre du conseil doit statuer sur les observations et demandes formulées dans les mémoires, il est évident qu'elle doit prendre

position. Préciser que l'ordonnance doit, dans ce cas, être motivée n'a aucune valeur ajoutée. Toute décision de justice doit au demeurant être motivée. Le risque d'une motivation insuffisante ou ressentie comme telle n'est d'ailleurs pas éliminé par le rappel de l'obligation de motivation alors que l'ordonnance est sans recours. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat propose de ne pas reprendre le second alinéa de l'article 10 tel que proposé dans les amendements. La même observation vaut pour le délai de vingt jours dans lequel doit statuer la chambre du conseil.

L'article 10 aurait la teneur suivante:

« (1) La chambre du conseil statue [, dans un délai de vingt jours de sa saisine,] par une même ordonnance sur la régularité de la procédure, la transmission à l'Etat requérant des objets, documents ou informations ainsi que sur les observations et demandes en restitution formulées dans les mémoires présentés sur la base de l'article 9.

(2) Elle ordonne la restitution des objets, documents, fonds et biens de toute nature qui ne se rattachent pas directement aux faits à la base de la demande. »

Cette dernière disposition reprend le paragraphe 8 de l'article 9 dans la formulation des amendements de la Commission juridique de la Chambre des députés. Il s'agit d'une compétence exercée d'office par la chambre du conseil qui va au-delà de la décision sur une demande de restitution. Pour cette raison, le Conseil d'Etat propose d'omettre le terme « peut ».

[« (3) Une copie de l'ordonnance est communiquée au procureur général d'Etat et notifiée à l'avocat en l'étude duquel domicile a été élu en vertu de l'article 9. »]

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'utilité de cette disposition qui énonce une évidence.

« (4) L'ordonnance de la chambre du conseil n'est susceptible d'aucun recours. »

Il s'agit du paragraphe 10 de l'article 9 tel que proposé dans les amendements.

« (5) Les personnes qui ont déposé un mémoire, leurs dirigeants et employés ne peuvent pas communiquer aux personnes auxquelles la mesure ordonnée en exécution de la demande d'entraide n'a pas été révélée en vertu de l'article 7, l'ordonnance, l'existence ou la teneur de celle-ci, le tout sous peine de l'amende prévue à l'article 7. »

Cette disposition reprend la substance du paragraphe 11 de l'article 9 figurant dans les amendements, La formulation retenue est calquée sur celle du paragraphe 5 de l'article 9 tel que proposé par le Conseil d'Etat.

Point 8

Sous le point 8, la Commission juridique propose un nouvel article 11 qui a trait aux procédures à suivre en cas de saisie de biens qui ne sont pas destinés à être transmis immédiatement à l'Etat requérant mais qui peuvent faire l'objet

d'une confiscation ultérieure à la suite d'une procédure d'exequatur de la décision étrangère.

Le Conseil d'Etat approuve la décision de la Commission juridique de la Chambre des députés de régler cette question dans un article nouveau. Il voudrait proposer certains aménagements d'ordre formel.

Au paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat propose d'écrire « *si des biens autres que ceux visés à l'article 9 ont été saisis ...* ». En effet, le critère de distinction n'est pas la transmission effective des biens, mais la finalité de la demande, saisie aux fins de transmission dans un cas, saisie aux fins de confiscation ultérieure dans l'autre cas. Si, dans le premier cas, certains biens saisis ne sont pas transmis à l'autorité étrangère, la chambre du conseil va en ordonner la restitution dans le cadre de la procédure de l'article 9, soit sur demande, soit d'office.

Le Conseil d'Etat comprend que la procédure prévue comporte une audience, contrairement à celle de l'article 9. L'audience n'est toutefois pas publique. Il est inutile de le préciser au point d) du paragraphe 3 alors que les audiences de la chambre du conseil ne sont jamais publiques. La même observation vaut pour le paragraphe 5 relatif à l'audience de la chambre du conseil de la Cour d'appel. Pour les motifs indiqués antérieurement, le Conseil d'Etat ne voit pas non plus l'utilité de la précision que la « décision » (mieux vaudrait dire « *ordonnance* ») doit être motivée. L'existence d'un appel permet, si besoin, de sanctionner l'absence de motivation.

Le libellé de la lettre f) du paragraphe 3, relatif à la notification de l'ordonnance, qui est repris de l'article 10 actuel de la loi du 8 août 2000, ne correspond pas au texte du paragraphe 3 de l'article 10 (dans la renumérotation proposée par le Conseil d'Etat). Pour des raisons de cohérence et de lisibilité, le Conseil d'Etat propose d'adapter les deux dispositions, sinon d'en faire l'économie.

Le Conseil d'Etat a des réserves sérieuses par rapport à la disposition du nouveau paragraphe 7 qui prévoit que la chambre du conseil peut demander des observations à l'autorité requérante. Tant d'après les règles conventionnelles que d'après celles du droit interne, le Procureur général d'Etat est l'autorité compétente en matière d'entraide. A quel titre le juge, appelé à statuer sur une demande de restitution, peut-il prendre contact avec l'autorité de l'Etat requérant? Cette autorité n'a pas à « intervenir », même sur demande, dans une procédure nationale qui connaît comme seules parties le demandeur et le parquet. Par ailleurs, jusqu'à quel point l'autorité étrangère peut-elle compléter, a posteriori, les informations fournies à l'appui de sa demande d'entraide? Des considérations d'ordre pratique ne sauraient justifier une mise en cause de principes généraux à la base de la procédure. Aussi le Conseil d'Etat insiste-t-il, sous peine d'opposition formelle, à voir supprimer la disposition en cause.

Point 9

Sans observation.

Point 10

Le nouvel article 13 reprend l'actuel article 12 de la loi du 8 août 2000. Une modification importante est ajoutée au texte qui permet une extension du champ de l'entraide après exécution de la commission rogatoire. La décision est prise par le seul Procureur général d'Etat, sans possibilité de recours.

Le commentaire se borne à paraphraser le nouveau texte sans donner la moindre explication sur les raisons et la portée de cette modification importante.

Le Conseil d'Etat considère que cette extension de la portée de l'entraide pose problème au regard du principe de spécialité et des droits des parties dont la loi sous objet vise, par ailleurs, à assurer le respect. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat émet une opposition formelle à l'endroit de cette disposition.

Il propose de prévoir également ici un contrôle d'office de la régularité par la chambre du conseil, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 9, paragraphe 1^{er}, de la loi du 8 août 2000, dans la teneur proposée par le Conseil d'Etat.

A cet égard, deux solutions peuvent être envisagées, suivre une nouvelle fois l'intégralité de la procédure, comme s'il s'agissait d'une deuxième demande d'entraide en respectant les procédures de l'article 9 dans la teneur proposée par le Conseil d'Etat, ou bien instaurer, dans un souci d'économie des procédures, un contrôle par la chambre du conseil sans saisine préalable du juge d'instruction et sans possibilité pour les banques de déposer un mémoire.

Dans cette optique, il suffirait de remplacer le texte disant que « Aucun recours ne peut être introduit ... » par le texte suivant:

« La chambre du conseil statue d'office sur la régularité de la décision du procureur général d'Etat.

Elle est saisie à cet effet par un réquisitoire du procureur d'Etat. »

Amendement portant sur l'article 13

Le Conseil d'Etat marque son accord avec cet amendement destiné à régler des problèmes d'application de la nouvelle loi dans le temps.

Examen de l'amendement du 20 septembre 2010

Dans son avis du 4 mai 2010, le Conseil d'Etat avait considéré ce qui suit: « *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.* »

L'amendement sous examen propose d'ajouter en début de phrase de l'article 9 de la loi en projet les termes « sans préjudice des dispositions particulières du Protocole du 16 octobre 2001 ». Le Conseil d'Etat marque son accord avec cet amendement qui reprend une des solutions qu'il avait

esquissées dans son avis. Il propose de reproduire l'intégralité du titre du Protocole et d'écrire:

« Sans préjudice des dispositions particulières du Protocole du 16 octobre 2001 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne ... »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 21 septembre 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder