

N° 7152<sup>1</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

**PROJET DE LOI**

**portant 1) transposition de la directive 2014/41/UE du  
Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concer-  
nant la décision d'enquête européenne en matière pénale  
et 2) modification du Code de procédure pénale**

\* \* \*

## SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des Autorités judiciaires</i>	
1) Dépêche du Procureur général d'Etat au Ministre de la Justice (20.11.2017).....	1
2) Avis de la Cour supérieure de Justice .....	2
3) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.....	3
4) Avis du Parquet Général (6.11.2017) .....	5

\*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT  
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(20.11.2017)

Monsieur le Ministre,

En réponse à votre courrier du 20 juin 2017 et votre rappel du 18 octobre 2017 je tiens à vous transmettre les avis de Monsieur le Président de la Cour supérieure de Justice, de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et de Madame l'avocat général Sandra KERSCH au sujet du projet de loi sous rubrique.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma haute considération.

Martine SOLOVIEFF  
*Procureur général d'État*

\*

## AVIS DE LA COUR SUPERIEUR DE JUSTICE

Par transmis du 21 juin 2017, Madame le Procureur général d'Etat a soumis à l'avis de la Cour supérieure de justice le projet de loi portant 1) transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale et 2) modification du Code de procédure pénale.

La directive 2014/41/UE vise à compléter le cadre existant pour l'obtention de preuves, tel que ce cadre a été tracé, notamment, par la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 et par les décisions-cadres 2003/577/JAI et 2008/978/JAI. Elle ne s'ajoutera cependant pas à ces instruments existants, mais est appelée à abroger à partir du 22 mai 2017, date limite de transposition, les deux décisions-cadres précitées de même qu'elle est appelée à remplacer les dispositions correspondantes de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avril 1959, de la Convention relative à l'entraide judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union de 2000 et de la convention d'application des accords de Schengen. La directive 2014/41/UE vise ainsi à unifier le droit de l'entraide judiciaire pénale au sein de l'Union européenne sur la base du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, fondement de l'espace judiciaire européen. La directive prend soin de préciser en son article 3 que la décision d'enquête européenne couvre toute mesure d'enquête, à l'exception de la création d'une équipe d'enquête commune et l'obtention de preuves dans le cadre de cette équipe. Pour ces cas de figure, les dispositions de la loi du 21 mars 2006 sur les équipes communes d'enquête continueront donc à s'appliquer. Par contre, la nouvelle loi en projet se substituera, dans les relations entre les Etats membres de l'Union européenne, à la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et constituera en conséquence la base de la coopération judiciaire pénale entre les Etats membres.

La Cour constate que pour les mesures d'enquête coercitives (la loi en projet les définit de la même manière que l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale), le procureur général d'Etat reste l'autorité centrale pour la réception des décisions d'enquête européennes, comme déjà actuellement sous l'empire de la loi modifiée de 2000 et comme le permet l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2014/41/UE.

Une des principales innovations de la loi en projet réside dans la suppression du contrôle d'office de la régularité de la procédure dans le cadre de la décision de transmission aux autorités de l'Etat membre d'émission des objets ou documents saisis ou communiqués au juge d'instruction. Il n'y aura plus de procédure de transmission, procédure dans laquelle pouvaient intervenir la personne visée par l'enquête et tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel. Il ne restera dorénavant plus que la demande en restitution de biens (autres que des objets ou des documents) saisis en exécution d'une décision d'enquête européenne dont le propriétaire ou toute personne ayant des droits sur ces biens peut saisir la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement compétent. La loi en projet prévoit expressément que, à part ces demandes en restitution, les ordonnances du juge d'instruction et autres actes exécutant les décisions d'enquête européennes ne sont susceptibles d'aucun recours. Le commentaire de l'article 25 du projet de loi explicite le choix des auteurs comme découlant du principe de confiance mutuelle. Il reste que l'article 14 de la directive 2014/41/UE prévoit en son paragraphe 1. que « *les Etats membres veillent à ce que des voies de recours équivalentes à celles ouvertes dans le cadre d'une procédure nationale similaire soient applicables aux mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne* », en précisant dans son paragraphe 2. que « *les motifs de fond qui sont à l'origine de l'émission de la décision d'enquête européenne ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l'Etat d'émission, sans préjudice des garanties des droits fondamentaux dans l'Etat d'exécution* ».

Il est renvoyé dans ce contexte à l'article 694-41 du Code de procédure pénale français, transposant en droit français l'article 14 de la directive 2014/41/UE.

Les auteurs du projet de loi précisent que toutes les dispositions de la directive nécessitant une transposition en droit national ne sont pas intégrées dans le projet de loi sous avis. Ainsi, les articles 24 et 25 du chapitre IV de la directive (audition par vidéoconférence et par téléconférence) feront l'objet d'un projet de loi spécifique. Tel est encore le cas pour l'article 20 de la directive (protection de données à caractère personnel), dont la transposition s'effectuera dans le cadre de la transposition de la directive 2016/680/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

D'autres dispositions, en particulier les articles 26 à 29 de la directive, sont de l'avis des auteurs du projet de loi d'ores et déjà couvertes par le droit national, à savoir les articles 66-2 et 66-3 ainsi que les articles 48-17 à 48-23 du Code de procédure pénale. La Cour constate que les dispositions de l'article 28 de la directive (mesures d'enquête impliquant l'obtention de preuves en temps réel) réservent l'hypothèse où l'exécution de la mesure d'enquête concernée ne serait pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire. Cette exception devrait permettre de tenir compte du fait que le champ d'application des mesures visées aux articles 66-2 et 66-3 du Code de procédure pénale n'englobe pas toute la liste des infractions reprise par l'article 15 de la loi en projet (liste reprise de l'annexe D de la directive).

La Cour constate encore que le projet de loi ne contient pas de dispositions particulières relatives aux mesures provisoires (article 32 de la directive), les auteurs estimant que ledit article 32 ne nécessite pas de mesure de transposition particulière, en y ajoutant que les transferts de fonds ne sont pas visés par cet article. La Cour relève que ledit article 32 a fait l'objet d'une transposition en droit français par l'article 694-46 du Code de procédure pénale français. La Cour relève que l'article 17 du projet de loi, qui entend transposer l'article 12 de la directive (délais de reconnaissance ou d'exécution) ne prend pas non plus en considération les délais beaucoup plus contraignants de l'article 32 de la directive (24 heures pour se prononcer sur la mesure et pour communiquer la décision, le délai courant à partir de la réception de la décision d'enquête européenne).

Mises à part ces observations, la Cour n'entend pas examiner en détail les dispositions du projet de loi.

\*

## **AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG**

Le projet de loi sous avis vise à transposer en droit interne la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

La décision d'enquête européenne est une décision émise ou validée par l'autorité judiciaire compétente d'un Etat membre, appelée autorité d'émission, en vue de voir réaliser par l'autorité compétente d'un autre Etat membre, appelée autorité d'exécution, dans un certain délai, sur son territoire des investigations tendant à l'obtention d'éléments de preuve relatifs à une infraction ou à la communication d'éléments de preuve déjà en sa possession.

Il y a lieu de constater que le projet de loi transpose fidèlement la directive précitée, la majorité des articles du projet de loi reprenant les dispositions des articles de la directive.

Le système de la décision d'enquête européenne s'inspire de la méthodologie du mandat d'arrêt européen en ayant recours à des catégories d'infractions pour lesquelles il n'y a plus qu'un contrôle minimal des autorités nationales, le tout dans un but de faire accélérer les procédures d'exécution des demandes d'entraides judiciaires internationales, ce qui ne peut qu'être favorablement accueilli.

Les frontières entre les différents Etat membres continuent donc de tomber également du point de vue de l'entraide judiciaire et l'exécution des devoirs d'enquête devient ainsi de plus en plus efficace.

Le système du mandat d'arrêt européen, qui a fait ses preuves dans le cadre de son champ d'application propre, et duquel s'inspire la décision d'enquête européenne, est donc un modèle qui doit être suivi et l'on peut attendre de son application une amélioration et une accélération de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

L'article 15 du projet de loi définit les catégories d'infractions pour lesquelles une décision d'enquête ne peut être refusée en application de l'article 14, paragraphe 1er, point 7 du projet de loi. Il s'agit des catégories d'infractions qui sont contenues dans l'annexe D de la directive.

Il s'agit là d'une application du principe de la reconnaissance mutuelle qui a quant à lui comme corollaire celui de la confiance mutuelle tel que consacré par la Cour de justice de l'Union européenne.

Pour ces catégories d'infractions il y a donc en principe une application de cette reconnaissance mutuelle qui fait qu'on sort d'un système reposant sur un contrôle strict des autorités judiciaires d'un Etat membre par les autorités d'un autre Etat membre pour tendre vers un système reposant sur la

confiance mutuelle des décisions prises par une autorité judiciaire d'un autre Etat membre et qui sont en principe exécutées sous la réserve d'un contrôle plutôt formel du juge d'instruction.

Quant à la formalisation de la décision d'enquête européenne, celle-ci se présentera également sous une forme standardisée, à l'instar du mandat d'arrêt européen, et devrait également tendre vers une évacuation plus rapide des demandes.

L'article 17 prévoit que toute décision d'enquête européenne est traitée comme affaire urgente et prioritaire.

En principe l'autorité judiciaire luxembourgeoise prend sa décision au plus tard 30 jours après la réception de la décision d'enquête européenne.

La mesure d'enquête est ensuite exécutée sans tarder et au plus tard 90 jours après la décision de l'autorité judiciaire luxembourgeoise.

Le projet précise que le non-respect des délais d'exécution de la demande d'enquête européenne ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis.

Les dispositions contenues à l'article 17 vont donc également dans le sens d'une évacuation plus rapide des demandes d'entraide judiciaire internationales, ce qui ne peut qu'être approuvé.

Le projet de loi met fin au contrôle de la chambre du conseil dans le cadre de la transmission des pièces d'exécution en soulignant le contrôle d'un juge indépendant et impartial, le juge d'instruction, qui dans le cadre de la directive à transposer, sera l'autorité judiciaire qui effectuera un contrôle a priori c.à.d. avant que les devoirs ne soient exécutés par la police judiciaire section entraide judiciaire internationale et mettra fin (dans le domaine de son application) au contrôle a posteriori actuel de la Chambre du Conseil.

Dans le cadre de la confiance mutuelle des Etats membres dans leurs autorités judiciaires respectives et dans un souhait d'accélérer les procédures d'exécution des nouvelles décisions d'enquête européennes le Tribunal d'Arrondissement ne peut que saluer la transposition de la directive.

#### *Ad article II du projet de loi*

L'article II du projet de loi propose de remplacer aux articles 66-2 et 66-3 le terme „l'inculpé“ par ceux de „la personne visée par l'enquête“.

Cette modification est à saluer étant donné qu'elle permettra d'exécuter les devoirs d'enquête déjà au cours de l'instruction préparatoire avant toute inculpation formelle d'une personne et de compléter l'enquête par des devoirs utiles à la manifestation de la vérité.

Le Tribunal d'Arrondissement donne à considérer s'il ne serait pas opportun de modifier le système du recours à la liste énumérative contenue aux articles 66-2 et 66-3 du Code de Procédure pénale pour la remplacer par un seuil de peine ou de modifier ladite liste en la calquant sur celle contenue à l'annexe D de la directive qui est plus large.

En effet il risque de subsister une différence entre les affaires nationales et les affaires sur décision d'enquête européenne, notamment celles concernant les infractions figurant sur la liste de l'annexe D de la directive pour lesquelles une décision d'enquête européenne ne peut être refusée en application de l'article 14 paragraphe 1<sup>er</sup> point 7.

A titre d'exemple il y a lieu de relever qu'actuellement dans une affaire nationale d'homicide volontaire ou même d'assassinat par exemple, s'il n'est pas commis dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle, le juge d'instruction ne peut pas recourir aux mesures prévues par les articles 66-2 et 66-3 du Code de Procédure pénale pour élucider l'affaire et confondre un meurtrier ou un assassin.

Stéphane MAAS  
*Juge d'Instruction*  
*Vice-Président au Tribunal*  
*d'Arrondissement de Luxembourg*

## AVIS DU PARQUET GENERAL

(6.11.2017)

Le présent projet de loi a, en premier lieu, pour objet de transposer en droit national la directive 2014/41/UE relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, ci-après la Directive.

Cette Directive remplace, par un instrument unique européen basé sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, l'actuel droit hétéroclite de l'entraide judiciaire aux fins d'obtention de preuves en matière pénale au sein de l'Union européenne.

Elle a pour objectif de permettre une coopération plus simple, plus rapide, plus efficace par le recours à des demandes d'entraide se présentant comme des formulaires simplifiés, communs aux Etats membres de l'Union européenne, devant être reconnues et exécutées dans des délais préétablis et ne pouvant être refusées que dans des hypothèses exceptionnelles limitativement énumérées par la loi. Fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle, chaque Etat membre est tenu de reconnaître et d'exécuter la demande de l'autre pays, comme il l'aurait fait avec une décision provenant de ses autorités nationales.

Dans le chapitre premier du projet de loi, le champ d'application de la loi sous projet est défini tout comme la notion même de décision d'enquête européenne. La décision d'enquête européenne se présente matériellement sous forme d'un formulaire spécifique qui comprend plusieurs informations indispensables, telles que l'objet et les motifs de la décision d'enquête européenne, ainsi que les informations nécessaires disponibles sur la personne concernée.

Ces articles du projet de loi reprennent dans une large mesure les dispositions de la Directive, et n'appellent pas d'observations particulières.

Le deuxième chapitre du projet de loi a trait à la procédure d'émission d'une enquête européenne par les autorités judiciaires luxembourgeoises.

Il est intéressant de constater que parmi les conditions à remplir pour l'émission d'une décision d'enquête européenne, figure l'analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne par l'autorité d'émission.

Cette disposition est dictée par l'expérience accumulée dans le cadre du mandat d'arrêt européen. La décision-cadre 2002/584/JAI stipule qu'un mandat d'arrêt européen peut être émis si le seuil de peine prévu est respecté, sans fixer de condition supplémentaire. Par le passé cela a conduit au constat d'abus de mandats d'arrêt européens émis pour des infractions mineures, bien que relevant du champ d'application de la décision-cadre.

Afin d'éviter de telles dérives, il a été choisi de rappeler l'autorité d'émission en quelque sorte à l'ordre et de l'obliger à évaluer les conséquences de la mesure sollicitée ainsi que d'envisager l'existence d'éventuelles alternatives. Suivant le considérant 11 de la Directive, l'autorité d'émission doit vérifier si la preuve recherchée est nécessaire et proportionnée aux fins de la procédure, si la mesure d'enquête choisie est nécessaire et proportionnée aux fins de l'obtention de la preuve concernée, et si une décision d'enquête européenne devrait être émise aux fins d'associer un autre Etat membre à l'obtention de cette preuve.

Pour empêcher qu'une autorité d'exécution ne puisse se retrancher de manière dilatoire derrière des considérations d'opportunité ou de proportionnalité de la mesure sollicitée pour refuser l'exécution d'une décision d'enquête européenne, ni l'opportunité ni la proportionnalité de la mesure demandée ne constituent des causes de refus d'exécution de la décision. Si, dans une affaire spécifique, l'autorité d'exécution est d'avis qu'il n'a pas été satisfait aux conditions d'opportunité et de proportionnalité, elle peut consulter l'autorité d'émission, afin de pouvoir évaluer la situation et le cas échéant obtenir une adaptation ou le retrait de la décision d'enquête européenne. En tout état de cause, l'autorité d'exécution peut décider d'appliquer une mesure d'enquête moins intrusive que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne si celle-ci permet d'atteindre des résultats comparables.

Les dispositions du chapitre analysé répondent certes aux exigences de la Directive. Il est cependant regrettable que la question de l'incidence sur une procédure luxembourgeoise d'une décision rendue dans l'Etat d'exécution, suite à un recours introduit dans l'Etat d'exécution contre une mesure d'enquête réalisée en application d'une décision émise par les autorités luxembourgeoises, n'y est pas abordée.

En effet l'article 14, paragraphe 7, de la Directive dispose que « *L'Etat d'émission tient compte du fait que la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne ait été contestée*

*avec succès conformément à son droit nationale. Sans préjudice des règles de procédure nationales, les Etats membres veillent à ce que, dans une procédure pénale dans l'Etat d'émission, les droits de la défense et l'équité de la procédure soient respectés dans le cadre de l'évaluation des éléments preuve obtenus au moyen de la décision d'enquête européenne »*

La Directive ne prévoit donc pas un principe de reconnaissance mutuelle dans l'Etat d'émission des éventuelles décisions d'annulation prononcées dans l'Etat d'exécution, de sorte que les Etats membres disposent d'une certaine marge de manœuvre dans la transposition de l'article en question. Ainsi le législateur français a introduit l'article 694-24, alinéa 1<sup>er</sup>, au Code de procédure pénale, qui dispose que « *Le fait que la mesure d'enquête réalisée dans l'Etat d'exécution ait été contestée avec succès devant les autorités de cet Etat et conformément au droit de cet Etat n'entraîne pas par lui-même la nullité des éléments de preuve adressés aux autorités judiciaires françaises, mais ces éléments ne peuvent servir de seul fondement à la condamnation de la personne. (...)* » Par contre l'article 29 de la loi belge du 22 mai 2017 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale dispose que « *Ne peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure menée en Belgique, les éléments de preuve : 1° recueillis irrégulièrement dans l'Etat d'exécution, lorsque l'irrégularité : – découle, selon le droit de l'Etat d'exécution, de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité; – entache la fiabilité de la preuve; ou 2° dont l'utilisation viole le droit à un procès équitable.* »

Dans un souci de sécurité juridique, il serait souhaitable de clarifier ce point par la voie législative plutôt que de laisser ce soin aux juridictions de l'ordre judiciaire.

Le troisième chapitre du projet de loi traite des décisions d'enquête européennes adressées au Luxembourg par un autre Etat membre de l'Union européenne.

La première section du troisième chapitre porte sur tous types de mesures, objets de décision d'enquête européenne, sans distinction entre mesures coercitives ou non coercitives.

L'article 14 prévoit les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution d'une décision d'enquête européenne.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> point 1, de l'article précise les procédures dans lesquelles une décision d'enquête européenne peut être émise. Il va de soi que les procédures pénales en font partie. Le champ d'application du projet de loi est également étendu aux procédures de nature administrative ou civile pour autant qu'il y ait une possibilité de recours devant un juge compétent notamment en matière pénale. Cette extension est nécessaire dès lors que des infractions, qui sont considérées comme des infractions pénales dans certains Etats membres peuvent être considérées comme des infractions administratives dans d'autres Etats membres comme par exemple les «*Ordnungswidrigkeiten*» de droit allemand et autrichien. Il ne s'agit cependant pas d'une nouveauté, mais de la reprise de la définition du champ d'application de l'entraide judiciaire prévue à l'article 49 a) de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, puis à l'article 3 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne.

Le paragraphe 1<sup>er</sup>, point 7, prévoit que l'autorité judiciaire refuse de reconnaître ou d'exécuter une décision d'enquête pour les mesures coercitives visées à l'article 20, lorsqu'elles n'auraient pas été autorisées dans le cadre d'une procédure nationale similaire. Si la mesure demandée concerne l'article 15, la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne ne peut être refusée si le fait est puni dans l'Etat d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans. Pour les mesures visées à l'article 16, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne ne peut être refusée. Cette disposition est censée transposer l'article 11, paragraphe 1<sup>er</sup>, points g et h, de la Directive. A force de vouloir synthétiser au maximum les termes de la Directive, il semble que des nuances en aient disparu. Même si les auteurs du projet de loi préconisent une certaine lecture de l'article 14, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 7, il est tout de même difficile d'y retrouver une exigence de double incrimination, voire de double punissabilité, du fait qui a donné lieu à la décision d'enquête européenne.

Dans un souci de clarté et de précision, il serait dès lors souhaitable de reprendre l'agencement des dispositions de la Directive au niveau du texte national, à l'instar des articles 694-31-8 et 694-31-9 du Code de procédure pénale français.

L'article 15 du projet de loi définit les différentes catégories d'infraction pour lesquelles une décision d'enquête européenne ne peut être refusée en application de l'article 14, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 7 du projet de loi. L'idée est que les faits contenus dans cette liste sont des domaines prioritaires de l'Union européenne ou visent des infractions essentielles du droit pénal des autres Etats membres. Cette excep-

tion est identique à celle dégagée dans d'autres instruments de reconnaissance mutuelle, tels le mandat d'arrêt européen, les sanctions pécuniaires ou l'exécution des peines ou mesures privatives de liberté.

L'article 16 comprend la liste d'un certain nombre de mesures d'enquête dont le législateur européen souhaite faciliter l'exécution. L'autorité d'émission limitera le contrôle aux motifs de refus explicitement prévus et exécutera la mesure d'enquête indépendamment des restrictions qui pourraient exister dans une procédure nationale similaire.

Le déroulement de l'exécution des mesures d'enquête sollicitées est soumis au respect de délais contraignants, dont la violation n'entraîne cependant pas pour autant la nullité des actes posés. Des procédures d'information sont mises en place en cas de problèmes de respect des délais ou d'exécution des mesures d'enquête sollicitées.

La deuxième section du troisième chapitre traite plus particulièrement des décisions d'enquête européenne qui tendent à faire opérer des mesures coercitives telles les saisies d'objets, de documents, de fonds, de biens de toute nature, une communication d'informations ou de documents ordonnée conformément aux articles 66-2 à 66-4 du Code de procédure pénale, une perquisition ou tout acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue.

Les articles 21 à 24 du projet de loi s'inspirent largement de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, tout en les adaptant aux particularités de la décision d'enquête européenne. Le Procureur général d'Etat reste ainsi l'autorité centrale pour la réception des décisions d'enquête européenne et continue à analyser la décision au regard des causes de refus facultatives prévues à l'article 22 du projet de loi. Comme sous la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, aucun recours ne peut être introduit contre la décision du procureur général d'Etat. L'article 24, qui a trait à l'obligation de confidentialité à charge des établissements de crédit, reprend en majeure partie l'article 7 de la loi précitée du 8 août 2000. Le champ d'application de l'obligation de confidentialité a cependant dû être étendu, afin de suffire aux exigences d'une transposition fidèle de la Directive. L'article 19, point 4, de la Directive impose non seulement à chaque Etat membre de prendre les mesures nécessaires, afin d'éviter que les banques ne divulguent à leur client ou à des tiers que des informations ont été transmises à l'Etat d'émission, mais également qu'une enquête est en cours. Cette finalité peut être atteinte par le fait d'imposer à l'établissement de crédit de garder sous silence l'existence même de l'exécution de toute mesure coercitive en ses locaux, quel qu'en soit l'issue.

Une des grandes nouveautés du projet de loi par rapport au système actuel se situe dans la suppression d'un contrôle *a posteriori* de l'exécution de la décision d'enquête européenne. A l'instar des législateurs français et belge, les rédacteurs du projet de loi prévoient une transmission des pièces d'exécution, soit par la voie officielle, soit par la voie directe, après exécution de la décision à l'autorité d'émission, sans qu'un contrôle d'office de la régularité de la procédure soit effectué par une juridiction située sur le territoire luxembourgeois. Ce changement procédural n'est que la conséquence logique de la mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle, qui est fondé sur celui de la confiance mutuelle.

Les auteurs du projet de loi poussent cependant l'application de ce principe à l'extrême et prévoient à l'article 25 l'absence de recours contre les ordonnances du juge d'instruction et autres actes exécutant les décisions d'enquête européenne dans l'Etat d'exécution de la décision, soit le Luxembourg. Dans la même logique la restitution des documents et objets saisis ne peut être demandée qu'auprès de l'autorité d'émission de la décision d'enquête européenne.

Force est cependant de constater que l'article 14 de la Directive prévoit en son paragraphe 1er que « *Les Etats membres veillent à ce que des voies de recours équivalentes à celles ouvertes dans le cadre d'une procédure nationale soient applicables aux mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne* » en précisant dans son paragraphe 2 que « *les motifs de fond qui sont à l'origine de l'émission de la décision d'enquête ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l'Etat d'émission, sans préjudice des garanties des droits fondamentaux* ».

Il est renvoyé à cet effet à l'article 694-41 du Code de procédure pénale français, ainsi qu'à l'article 22 de la loi belge du 22 mai 2017, relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Le recours en restitution des fonds et des immeubles, que le propriétaire, ainsi que toute personne ayant des droits sur ces biens, peut formuler jusqu'à la saisine d'une juridiction du fond, est maintenu et prévu à l'article 26 du projet de loi. Cet article reprend les termes de l'article 11 de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, qui n'a jusqu'à présent pas

donné lieu à des problèmes d'application particuliers. Etant donné qu'un délai de cinq jours pour interjeter appel contre les ordonnances de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement est prévu aussi bien par les dispositions du Code de procédure pénale, que les loi modifiées du 20 juin 2001 sur l'extradition et du 17 mars 2004 relative au mandat d'arrêt européen, il y aurait, dans un souci d'harmonisation des délais de recours, lieu d'adapter le texte du projet de loi dans ce sens.

Le chapitre quatre du projet de loi traite des dispositions particulières relatives à certaines mesures d'enquête et plus particulièrement du transfèrement et de l'interception de télécommunications. Les articles en question constituent une retranscription fidèle des dispositions de la Directive et ne suscitent pas d'observations particulières. Il en est de même des dispositions sous le cinquième et sixième chapitre.

Dans la foulée de la transposition de la Directive, les auteurs du projet de loi proposent de modifier les articles 66-2 et 66-3 du Code de procédure pénale et de remplacer les termes « *l'inculpé* » par ceux de « *la personne visée par l'enquête* ». Suivant commentaire de l'article en question « *La modification proposée vise à assurer que les autorités judiciaires luxembourgeoises pourront appliquer dans les affaires nationales les mêmes règles pour réaliser les actes prévus aux articles 66-2 et 66-3 du Code de procédure pénale que s'ils exécutaient les mêmes mesures pour le compte de leurs homologues étrangers dans le cadre de l'exécution d'une décision d'enquête européenne* ».

Si cette initiative est certes louable, elle ne permet pas pour autant d'atteindre le but escompté.

A l'heure actuelle le juge d'instruction, saisi dans le cadre d'une demande d'entraide internationale d'une demande d'information sur les comptes bancaires apprécie les conditions de recevabilité de cette mesure au regard des dispositions du Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, et non au regard de l'article 66-2 du Code de procédure pénale, ceci au vu de de l'incompatibilité du droit national avec le droit conventionnel et de la primauté de ce dernier. Il en découle que, dans le cadre d'une demande d'entraide basée sur le Protocole précité, la demande peut être exécutée au sujet d'une « *personne physique ou morale faisant l'objet d'une enquête pénale* », mais en revanche, dans le cadre d'une instruction en droit interne, uniquement au sujet d'un « *inculpé* ». Une deuxième conséquence en est que le champ d'application d'une demande d'information sur les comptes bancaires est plus large dans le cadre d'une demande d'entraide internationale qu'en droit interne. (Cette problématique a d'ailleurs été développée de manière détaillée par le Conseil d'Etat dans son avis du 4 mai 2010, relatif au projet de loi no 6017.)

Si la modification envisagée par le présent projet de loi permet de pallier à la première différence de traitement, il n'en est rien pour la deuxième. En l'absence d'identité des listes d'infractions prévues au projet de loi sous avis et aux articles 66-2 et 66-3 du Code de procédure pénale, le risque d'une dualité de régimes juridiques en matière d'entraide internationale et en droit national subsiste. Il est dès lors souhaitable d'aligner les listes d'infractions figurant aux articles 66-2 et 66-3 du Code de procédure pénale à celle des infractions contenue à l'annexe D de la Directive.

Luxembourg le 6 novembre 2017

Sandra KERSCH  
*Avocat général*