

N° 5588¹³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

portant

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

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(22.4.2009)

La Commission se compose de: Mme Christine DOERNER, Présidente; M. Gilles Roth, Rapporteur; MM. Xavier BETTEL, Alex BODRY, Felix BRAZ, Mmes Lydie ERR, Colette FLESCHE, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS et Laurent MOSAR, Membres.

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi sous rubrique a été déposé à la Chambre des Députés par le Ministre de la Justice le 15 juin 2006. Le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Le projet de loi a été avisé par le Conseil d'Etat une première fois en date du 22 mai 2007 et a fait l'objet de deux avis complémentaires en date des 17 juin 2008 et 3 mars 2009, suite aux amendements parlementaires respectifs des 11 février 2008 et 11 décembre 2008.

Lors de sa réunion du 3 octobre 2007, la Commission juridique a désigné à l'unanimité son président, M. Patrick Santer, comme rapporteur du projet de loi sous examen. Lors de cette même réunion, le projet de loi a été présenté aux membres de la Commission parlementaire qui ont ensuite examiné le projet de loi à la lumière du premier avis du Conseil d'Etat. La Commission juridique a poursuivi ses travaux parlementaires lors de ses réunions du 22 octobre 2007, 7 et 14 novembre 2007, 11 décembre 2007 et 23 janvier 2008.

Lors de ces réunions, la Commission juridique a adopté une série d'amendements qui ont été transmis au Conseil d'Etat le 11 février 2008.

La Commission juridique s'est à nouveau réunie en date des 18 et 25 juin 2008 afin d'examiner l'avis complémentaire du Conseil d'Etat daté du 17 juin 2008. Le 2 juillet 2008, la Commission juridique a eu un échange de vues avec les représentants du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg. Au cours de cette réunion, il a été décidé que le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg émette un avis circonstancié relatif au projet de loi sous examen au plus tard pour le 1er octobre 2008.

Lors de la réunion du 17 septembre 2008, la présentation et l'adoption d'un projet de rapport ont été reportées, alors que la Commission juridique a décidé d'attendre l'avis afférent des autorités judiciaires, ainsi que celui du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg.

L'avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a été déposé et transmis à la Commission juridique en date du 7 octobre 2008.

Le Juge d'instruction Directeur du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg a rendu son avis le 13 octobre 2008, tandis que le Procureur d'Etat auprès du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg a émis son avis en date du 23 octobre 2008.

Le Procureur Général d'Etat, ainsi que le Procureur d'Etat auprès du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch ont rendu leurs avis respectifs en date du 28 octobre 2008. En date du 30 octobre 2008, le Procureur Général d'Etat a émis un avis complémentaire.

La Commission juridique s'est réunie en date du 29 octobre 2008 pour examiner de manière détaillée l'avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, ainsi que les avis des autorités judiciaires.

L'avis de la Police Grand-ducale du 28 novembre 2008 a été publié le 2 avril 2009.

La commission s'est encore réunie le 1er avril 2009 aux fins d'examen du 2ième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 3 mars 2009.

Lors de sa réunion du 22 avril 2009, la Commission juridique a adopté le présent rapport.

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES

2.1. Objet du projet de loi

Le présent projet de loi a pour objet de réglementer en droit interne deux nouveaux instruments d'enquête auxquels les autorités judiciaires et policières peuvent avoir recours dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme, à savoir: l'observation et l'infiltration.

La mise en place d'un cadre réglementaire strict permet d'une part, d'accentuer l'efficacité d'une enquête en dotant les policiers de méthodes de recherche appropriées et d'autre part, d'encadrer ces opérations de la sécurité juridique requise.

Bien que le projet de loi sous examen n'entend pas approuver la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union Européenne, il n'en demeure pas moins qu'il tient compte des dispositions relatives aux observations et enquêtes discrètes prévues aux articles 12 et 14 de la Convention en question. Il est rappelé dans ce contexte que l'article 12 de ladite Convention prévoit que „*Chaque Etat s'engage à ce que, à la demande d'un autre Etat membre, des livraisons surveillées puissent être autorisées sur son territoire dans le cadre d'enquêtes pénales relatives à des infractions susceptibles de donner lieu à extradition*“. Quant à l'article 14 de la même Convention, il dispose que „*L'Etat membre requérant et l'Etat membre requis peuvent convenir de s'entraider pour la réalisation d'enquêtes pénales menées par des agents intervenant en secret ou sous une identité fictive (enquêtes discrètes)*“. Il ne fait aucun doute que la création d'un cadre juridique propre à l'observation et l'infiltration améliorera la coopération judiciaire et policière européenne en matière pénale.

Les auteurs du projet de loi se sont inspirés des articles 47sexies, 47septies et 56bis du Code d'instruction belge en ce qui concerne les dispositions relatives à l'observation et des articles 706-81 à 706-87 du Code de procédure pénale français en ce qui concerne les dispositions relatives à l'infiltration.

Le projet de loi sous rubrique répond à un réel besoin des autorités judiciaires et policières en matière de lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme qui souhaitent pouvoir recourir en toute légalité à l'observation et à l'infiltration. Ce faisant, il met fin au vide juridique en la matière.

Il est rappelé à toutes fins utiles que si de telles opérations sont nécessaires dans le cadre de certaines infractions graves, elles demeurent peu courantes. Ainsi, au cours des quinze dernières années, les autorités luxembourgeoises n'ont eu recours au procédé de l'infiltration que dans trois affaires. Cependant, faute de cadre juridique légal, ces opérations ont été réalisées dans un vide juridique complet. La nécessité d'intervenir s'impose dès lors afin de garantir au mieux les droits de la défense de la personne concernée.

On peut encore relever que lors de la rédaction du projet de loi sous examen, une attention particulière a été portée à la sauvegarde des droits de la défense. Le texte sous rubrique témoigne de cette recherche de l'équilibre entre les nécessités de l'enquête et le principe du procès équitable.

2.2. Les points essentiels du projet de loi

2.2.1. Réglementation de l'opération d'observation

Par observation, on entend l'observation systématique d'une ou de plusieurs personnes, de leur présence ou de leur comportement, ou de choses, de lieux ou d'événements déterminés. L'observation doit revêtir l'un des critères suivants pour être considérée comme étant systématique, à savoir:

- elle doit durer plus de cinq jours consécutifs ou plus de cinq jours non consécutifs repartis sur une période d'un mois, ou
- elle doit requérir l'utilisation de moyens techniques c.-à-d. un ensemble de composants capable de détecter des signaux, de les transmettre, de les enregistrer ou d'activer leur enregistrement tels qu'un caméscope ou une caméra vidéo, des appareils de localisation et de surveillance ou de télésurveillance voire des détecteurs de métaux. Les moyens techniques utilisés en vue de l'exécution d'une mesure visée aux articles 67-1 et 88-1 à 88-4 du code d'instruction criminelle sont exclus. Il s'agit de moyens permettant un repérage téléphonique ou l'interception de communications, y compris de télécommunications tel que les micros ou les puces. A noter dans ce contexte qu'un appareil photo n'est pas considéré comme un moyen technique permettant d'effectuer une observation, ou
- elle doit revêtir un caractère international p. ex. être effectuée à Luxembourg suite à la demande d'autorités étrangères ou avec la participation d'officiers de police étrangers.

Le texte sous rubrique distingue trois types d'observations:

- l'observation simple qui peut être ordonnée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction lorsque l'enquête ou l'instruction préparatoire l'exigent et que les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce.
- l'observation à l'aide de moyens techniques qui peut être ordonnée soit par le procureur d'Etat soit par le juge d'instruction lorsque les conditions pour une observation simple sont données et qu'il existe, en outre, des indices graves que les infractions sont de nature à emporter une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement.
- l'observation technique dans un lieu privé (domicile, local utilisé à des fins professionnelles) qui peut être décidée par le seul juge d'instruction lorsque les conditions pour une observation simple sont données et qu'il existe, en outre, des indices graves quant à l'existence de faits de nature à emporter une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à quatre ans d'emprisonnement.

A noter encore que le procureur d'Etat peut également ordonner une observation pour autant qu'elle n'ait pas lieu dans un lieu privé dans le cadre de l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, lorsque la personne s'est soustraite à leur exécution.

Toute décision de procéder à une observation doit être faite par écrit, être motivée et contenir une série de mentions sous peine de nullité comme p.ex. le nom ou la description de la ou des personnes observées, ainsi que des choses, lieux ou événements faisant l'objet de l'observation ou encore la manière dont l'observation devra être exécutée. En cas d'urgence, la décision d'observation pourra être accordée verbalement à condition d'être ultérieurement confirmée par écrit. L'observation est dirigée et exécutée par un officier de police judiciaire qui doit rédiger un rapport écrit. L'officier de police judiciaire peut déléguer l'exécution d'une mesure d'observation à un agent de police judiciaire qui agit sous sa direction.

2.2.2. Réglementation de l'opération d'infiltration policière

Le procureur d'Etat ou le juge d'instruction peut aussi recourir à titre exceptionnel à la technique de l'infiltration lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient et si les autres moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce. Cette opération, qui consiste à surveiller des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves qu'elles commettent une ou plusieurs infractions données, en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs, s'effectue sous le contrôle soit du procureur d'Etat soit du juge d'instruction. La décision du procureur d'Etat ou du juge d'autoriser une infiltration policière doit être délivrée par écrit et spécialement motivée. Elle doit également mentionner le ou les faits qui justifient le recours à cette procédure et l'identité de l'officier

de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération. La décision fixe également la durée de l'infiltration qui ne peut en principe excéder quatre mois. L'infiltration policière peut être renouvelée.

L'infiltration policière n'est possible que pour une liste de 12 infractions graves parmi lesquelles on peut citer les actes de terrorisme et de financement de terrorisme, la traite des êtres humains et le proxénétisme, le trafic de stupéfiants en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle ou encore le blanchiment et le recel.¹

L'infiltration est impérativement effectuée par un officier de police judiciaire ou un agent étranger habilité par sa législation nationale à effectuer ce type de mesure et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération.

L'officier de police judiciaire ou l'agent étranger peut recourir à une identité d'emprunt et commettre, si nécessaire, une série d'actes qui, dans d'autres circonstances, seraient qualifiés d'infractions sans être pénalement responsable de ces actes. Il s'agit entre autres de l'acquisition, de la détention ou de la livraison de substances, de biens, de produits, de documents ou d'informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions ou encore de l'utilisation ou de la mise à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication. A noter dans ce contexte que l'officier de police judiciaire ou l'agent infiltré peut, à l'issue du délai fixé par la décision autorisant l'infiltration ou en cas d'interruption des opérations, poursuivre les activités précitées le temps strictement nécessaire pour lui permettre de cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité sans toutefois que cette durée puisse excéder quatre mois. Lorsque la cessation des opérations dans le délai de quatre mois n'est toujours pas possible pour des raisons de sécurité, une prolongation pour une durée supplémentaire de quatre mois est possible.

L'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération d'infiltration peut être entendu en qualité de témoin. Toutefois, l'inculpé ou le prévenu, mis en cause par des constatations effectuées par un officier de police judiciaire ou un agent étranger ayant personnellement réalisé les opérations d'infiltration, peut demander à être confronté avec cet officier de police judiciaire ou cet agent étranger par l'intermédiaire d'un dispositif technique permettant l'audition du témoin à distance ou à faire interroger le témoin par son avocat par ce même moyen. A noter que la question de l'audition de l'officier de police ou de l'agent étranger infiltré a été un des points les plus discutés. Pour plus de détails, il est renvoyé aux points 3 et 4 du présent rapport.

L'équilibre entre les moyens de renseignement mis en place et les droits de la défense est préservé dans la mesure où le témoignage de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré ne saurait à lui seul servir de fondement à l'éventuelle condamnation d'une personne à moins que l'officier de police judiciaire ou l'agent étranger dépose sous sa véritable identité.

*

3. AVIS DU CONSEIL D'ETAT ET TRAVAUX PARLEMENTAIRES

Dans la partie générale de son avis du 22 mai 2007, le Conseil d'Etat a donné à considérer que tant la loi belge du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête que la loi française du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, qui ont introduit les articles 47sexies, 47septies et 56bis dans le Code d'instruction criminelle belge respectivement les articles 706-81 à 706-87 dans le Code de procédure pénale français auxquels les auteurs du projet de loi sous rubrique se réfèrent explicitement, ont fait l'objet d'un recours en annulation, voire d'une décision de non-constitutionnalité tout en remarquant que ces décisions d'annulation et de non-constitutionnalité n'intéressent pas directement le projet de loi sous rubrique.

En effet, en ce qui concerne la loi belge, l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme et d'autres requérants ont saisi la Cour d'arbitrage d'un recours en annulation au motif que les dispositions relatives à l'observation de la loi précitée de 2003 portaient une atteinte disproportionnée aux droits au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile. La Cour d'arbitrage a, dans un arrêt du 21 décembre 2004, annulé plusieurs dispositions de cette loi dont les articles 47sexies et 47septies qui ont été remplacées

¹ Le projet de loi sous examen prévoit une liste de 12 catégories d'infractions.

par la suite par de nouvelles dispositions introduites par la loi belge du 27 décembre 2005 portant modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée. Or, le projet de loi sous rubrique se base non pas sur les dispositions annulées de 2003, mais sur les dispositions actuelles issues de la loi de 2005. Quant à la loi française du 9 mars 2004, dite „loi Perben II“, s'il est vrai qu'elle a été déférée avant sa promulgation au Conseil constitutionnel, qui a déclaré dans sa décision du 2 mars 2004 contraires à la Constitution plusieurs dispositions contenues dans la loi, les articles 706-81 à 706-87 auxquels se réfèrent le projet de loi sous examen n'étaient pas directement visés par la saisine du juge constitutionnel français.

Le Conseil d'Etat a soulevé dans son premier avis une série d'interrogations, dont deux, plus fondamentales, méritent d'être précisées. Il s'agit de la question de l'objectif du présent projet de loi et du champ d'application des nouvelles dispositions (i) ainsi que de la problématique de la protection de l'agent infiltré et plus particulièrement des modalités de son témoignage (ii).

(i) Le champ d'application des nouvelles dispositions

Le Conseil d'Etat a donné à considérer que les auteurs du projet de loi ont omis de fournir la moindre indication sur la nécessité d'introduire en droit luxembourgeois de nouveaux instruments d'enquête pour lutter contre une certaine criminalité locale ou transfrontalière. Selon lui, aucune référence n'aurait été faite à la problématique de la criminalité organisée, les auteurs du projet de loi se bornant à considérer de façon générale que ces méthodes constituent des outils efficaces permettant de comprendre la structure d'organisations criminelles et d'en faciliter le démantèlement. Les nouvelles méthodes auraient ainsi vocation à s'appliquer de façon générale à toutes les infractions définies par référence à un seuil de peine d'emprisonnement. Paradoxalement, le Conseil d'Etat a ajouté qu'il comprenait le souci des auteurs du projet de loi de créer, dans un but de sécurité juridique, une base et un cadre légal précis pour de nouvelles méthodes d'enquête que constituent l'observation et l'infiltration.

Il est rappelé à toutes fins utiles que les auteurs du projet de loi ont justifié le recours aux nouvelles méthodes de renseignement par la volonté de doter les autorités policières et judiciaires des moyens nécessaires pour lutter efficacement contre la grande criminalité et le terrorisme. Si l'on peut regretter le choix de la terminologie choisie („la grande criminalité“), il est évident que les nouvelles méthodes seront appliquées dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, notion connue dans la jurisprudence luxembourgeoise. D'ailleurs, elles ne font de sens que dans le cadre de celle-ci. Par ailleurs, les autorités policières et judiciaires luxembourgeoises ont depuis de nombreuses années déjà recours à l'observation et à l'infiltration, alors que ces moyens se sont avérés comme étant les plus efficaces afin de venir à bout d'une criminalité de plus en plus organisée et complexe. La lutte contre le trafic de stupéfiants en est l'exemple le plus patent. Les investigations menées par le groupe d'enquête spéciale de la Police judiciaire, opérationnel depuis 2006, ont permis de démanteler plusieurs réseaux de trafiquants et ont abouti à l'arrestation de quelque 74 personnes. Or, pour reprendre l'exemple du trafic de stupéfiants, il est rare voire impossible de surprendre pour ce type d'infraction le ou les coupables en flagrant délit. D'où la nécessité de pouvoir mettre en œuvre des méthodes de renseignement telles que l'observation et l'infiltration.

Le projet de loi sous rubrique vient combler le vide juridique existant en créant un cadre spécifique à l'observation et à l'infiltration, opérations qui pour nécessaires qu'elles soient, vont demeurer assez peu courantes. Il ne s'agit donc pas d'autoriser de telles opérations de manière systématique pour chaque infraction comme le confirment d'ailleurs les explications des auteurs du projet de loi de même que celles des représentants du Parquet et du cabinet du juge d'instruction fournies aux membres de la Commission juridique lors de leurs travaux parlementaires.

Il existe deux méthodes pour déterminer le champ d'application des nouvelles dispositions relatives à l'observation et à l'infiltration. On peut avoir recours à la technique du seuil de la peine ou à celle d'une liste reprenant les différentes infractions concernées. Les auteurs du projet de loi sous rubrique se sont prononcés pour la première méthode et ayant partant défini le champ d'application tant des dispositions relatives à l'observation que celles concernant l'infiltration par rapport à un seuil de la peine élevé.

La question du champ d'application des nouvelles dispositions sous rubrique fut très discutée au sein de la Commission juridique, certains membres s'étant posés la question de savoir s'il n'était pas

opportun en l'espèce de disposer d'une liste énumérant les infractions susceptibles de tomber sous le champ d'application du projet de loi sous rubrique.

La définition du champ d'application de dispositions législatives par le biais d'une liste présente sans aucun doute l'avantage de circonscrire de manière précise les infractions visées voire permet pour certains de mettre l'accent sur la gravité des faits en question. Cette solution n'a cependant pas que des avantages. Le principal inconvénient d'une telle liste, comme d'ailleurs de toute liste, réside dans le fait que celle-ci puisse s'avérer incomplète. Le recours au critère du seuil a le mérite d'être exhaustif et d'éviter ainsi de longues discussions sur les infractions susceptibles de tomber sous le champ d'application des dispositions législatives incriminées.

La Commission juridique, en sa majorité, a fini par adopter une solution dualiste: elle a retenu au niveau des dispositions relatives à l'observation policière la solution du seuil de la peine telle que proposée par le texte gouvernemental, alors qu'elle a précisé dans le texte, par le biais d'amendements parlementaires, les infractions pour lesquelles une infiltration policière pouvait être ordonnée. En définissant le champ d'application des nouvelles mesures relatives à l'infiltration par référence à une série précise d'infractions, la Commission juridique a tenu compte de l'opinion critique du Conseil d'Etat.

A noter dans ce contexte que le Code d'instruction criminelle a déjà retenu comme solution la technique du seuil de la peine au niveau des dispositions relatives aux mesures spéciales de surveillance (article 88-1). Par souci de parallélisme avec ces dispositions, il a semblé opportun aux yeux de la majorité des membres de la Commission juridique de retenir la même solution au niveau des dispositions relatives à l'observation policière et de fixer le champ d'application de ces dispositions via un seuil de référence.

In fine, il convient encore de signaler que la liste des infractions telle qu'elle fut introduite via amendements parlementaires au niveau des dispositions concernant l'infiltration policière est largement reprise de la liste française.

(ii) Les modalités d'audition de l'agent infiltré

Dans son avis du 22 mai 2007, le Conseil d'Etat a émis une opposition formelle à l'encontre de l'ensemble des dispositions au regard des principes de sécurité juridique, du principe du contradictoire de la procédure pénale et du respect des droits de la défense.

La question des modalités de l'audition de l'agent infiltré explique, du moins en partie, l'opposition formelle du Conseil d'Etat. Ce dernier, tout en admettant la nécessité de protéger et de taire l'identité de l'agent infiltré, a été d'avis que la possibilité reconnue à l'agent infiltré de faire une déposition sans devoir révéler sa véritable identité et au moyen d'un dispositif particulier prévu en droit français pour le témoignage anonyme revient à consacrer ce type de témoignage, au demeurant fort contesté parmi les praticiens du droit. Le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis que le projet de loi No 5156 renforçant les droits des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins prévoyait l'introduction du témoignage anonyme en droit luxembourgeois. Il a encore souligné que le Gouvernement, face aux nombreuses critiques soulevées par les dispositions relatives au témoignage anonyme, avait en septembre 2004 demandé au Conseil d'Etat de ne pas examiner les articles du projet de loi précité relatifs au témoignage anonyme.

Le Gouvernement a rappelé, lors des discussions au sein de la Commission juridique, qu'il n'a nullement l'intention de légiférer en la matière et que le projet de loi sous rubrique n'entend par aucun moyen, y compris indirect, consacrer de manière générale le témoignage anonyme en droit luxembourgeois.

La question des modalités d'audition de l'agent infiltré a donné lieu à de nombreuses discussions au sein de la Commission juridique. En effet, si le texte initial ne consacre pas le témoignage anonyme de manière générale en droit luxembourgeois, il n'en demeure pas moins qu'il introduit ce procédé dans le cadre limité et spécifique de l'infiltration policière. Ce faisant, il constitue une exception au principe du contradictoire.

L'opération d'infiltration pose le problème de l'audition de l'agent infiltré. Deux solutions sont envisageables:

1. soit l'agent infiltré est entendu en sa qualité de témoin. Cette solution a le mérite de respecter les droits de la défense, l'inculpé ou le prévenu pouvant questionner l'agent infiltré. Il est cependant

évident que dans cette hypothèse l'identité véritable de l'agent ne saurait être révélée. Il en va de sa sécurité personnelle et de celle de ses proches.

2. soit seul l'officier de police judiciaire, sous la responsabilité duquel l'opération d'infiltration est placée, est entendu comme témoin. Cette solution présente l'avantage d'assurer le respect du principe du contradictoire, mais pose, en contrepartie, le problème du respect des droits de la défense puisque l'inculpé ou le prévenu ne peut être confronté avec l'agent infiltré.

Il échet de noter dans ce contexte que, d'après la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le témoignage anonyme n'est pas en soi contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. C'est son utilisation qui peut méconnaître le principe du procès équitable². Si l'arrêt Kostoski constitue l'arrêt de principe qui admet l'idée que le témoignage anonyme puisse asseoir une condamnation sans être incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt Doorson³ fixe les conditions selon lesquelles le témoignage anonyme peut être utilisé.

Dans l'arrêt Van Mechelen⁴, la Cour européenne des droits de l'homme confirme sa position en rappelant que l'admissibilité des témoins anonymes dépend de trois conditions: il faut qu'il y ait d'autres preuves, il faut qu'un juge intervienne pour vérifier la crédibilité des témoins et que la défense puisse mettre en doute leurs déclarations. La Cour européenne des droits de l'homme a encore souligné dans cet arrêt que les policiers constituent des témoins particuliers alors qu'ils sont tenus par un devoir général d'obéissance envers les autorités exécutives et qu'il ne faut les utiliser comme témoins anonymes que dans des circonstances exceptionnelles. Pour une partie de la doctrine l'arrêt Van Mechelen se concilie mal avec l'arrêt Doorson et constitue un retour en arrière. Certains auteurs regrettent surtout le fait que l'arrêt Van Mechelen admette le principe du témoin ordinaire et non pas celui du témoin policier et se demandent si à l'avenir la preuve, ne venant plus des policiers, viendra de *pentiti* à la moralité douteuse et à la recherche d'une bienveillance judiciaire. A noter que l'arrêt Van Mechelen n'est pas seulement critiqué au niveau de la doctrine, mais aussi au niveau de la magistrature européenne.

Quand bien même on puisse regretter que l'arrêt Van Mechelen soit venu troubler l'équilibre auquel l'arrêt Doorson était parvenu, il est important de souligner que l'arrêt Van Mechelen n'affirme pas qu'une déposition anonyme soit inconciliable avec le principe d'un procès équitable. Il n'interdit pas pour autant le recours au témoignage anonyme y compris celui de policiers. Il admet le principe de la déposition anonyme d'un agent infiltré à condition que le recours à ce genre de témoignage se fasse dans des circonstances exceptionnelles.

La Commission juridique a décidé de maintenir le système d'audition de l'agent infiltré tel que prévu par le texte gouvernemental, tout en précisant les modalités procédurales de la confrontation de l'inculpé ou du prévenu avec l'agent infiltré. Pour ce faire, elle s'est inspirée de l'article 86ter du Code d'instruction criminelle belge introduit par la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins.

Elle a proposé de remplacer le paragraphe (3) de l'article 48-22 (article 48-23 initial) de la manière suivante:

„La confrontation prévue au paragraphe (2) peut avoir lieu devant le juge d'instruction pendant l'instruction de l'enquête ou devant le juge du fond après l'ordonnance de renvoi.

Le juge d'instruction ou le juge du fond procède à l'audition de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré à l'endroit et au moment indiqués. Le juge d'instruction ou le juge du fond prend toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour tenir secrète l'identité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré. Le ministère public, la personne inculpée, la partie civile et leurs avocats peuvent soumettre au juge d'instruction ou au juge du fond avant et pendant l'audition les questions qu'ils souhaitent voir poser. Le juge d'instruction ou le juge du fond empêche le témoin de répondre à toute question susceptible de conduire à la divulgation de son identité.

Le juge d'instruction ou le juge du fond peut ordonner que le ministère public, la personne inculpée, la partie civile et leurs avocats ne puissent assister à l'audition de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré que dans un autre local, si cette mesure est nécessaire pour préserver l'anonymat de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré. Dans ce cas, il est fait recours à un système de télécommunications.

2 20 novembre 1989, Kostoski

3 26 mars 1996

4 23 avril 1997

Le juge d'instruction ou le juge du fond fait dresser un procès-verbal de l'audition et mentionne en détail les circonstances dans lesquelles l'audition a eu lieu, les questions posées et les réponses fournies ou les raisons pour lesquelles il a éventuellement empêché l'officier de police judiciaire ou l'agent étranger infiltré de répondre. Il a fait lecture du procès-verbal et après déclaration par l'officier de police judiciaire ou l'agent étranger infiltré qu'il persiste, le juge d'instruction ou le juge du fond et le greffier signent le procès-verbal d'audition. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du témoignage effectué.

L'amendement parlementaire a donné lieu à deux considérations de la part du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 17 juin 2008, l'une fondamentale, l'autre technique.

Après avoir rappelé sa position par rapport à l'introduction du mécanisme du témoignage anonyme en droit luxembourgeois, le Conseil d'Etat a fait valoir qu'il ne pouvait suivre la Commission juridique quand elle entend diminuer la portée du projet de loi en relevant qu'il s'agit „d'une forme particulière de témoignage anonyme“. Pour le Conseil d'Etat, les dispositions que la loi en projet vise à introduire en droit luxembourgeois auront, à l'évidence, l'effet d'un précédent à l'occasion des débats sur le projet de loi portant plus particulièrement sur cette question. Pour la Haute Corporation, il est, d'ailleurs, significatif que l'amendement proposé consiste dans la reprise d'une disposition de la loi belge relative à l'anonymat des témoins.

En ce qui concerne l'aspect technique, le Conseil d'Etat a relevé des problèmes de cohérence entre les paragraphes (1) et (2) de l'article 48-22 du projet de loi, qui restent inchangés, et le nouveau paragraphe (3).

Il a encore rappelé que l'article 48-22 (article 48-23 initial), dans sa teneur initiale, reprenait les dispositions des articles 706-86 et 706-87 du Code de procédure pénale français. Le nouveau paragraphe (3) tel qu'il a été ajouté par la Commission juridique via amendements parlementaires s'inspire du droit belge, et plus particulièrement de l'article 86ter du Code d'instruction criminelle belge. Aux yeux du Conseil d'Etat, cet ajout a été fait sans veiller à la cohérence de textes d'origines diverses, ni d'ailleurs à la cohérence interne du nouveau paragraphe (3), qui ne reprend qu'une partie des dispositions belges comme en témoigne notamment le mécanisme de l'audition auquel se réfère tant le paragraphe (2) que le nouveau paragraphe (3). Alors que le paragraphe (2), d'origine française, se réfère à „un dispositif technique permettant une audition à distance“ et à „des procédés techniques „rendant „la voix du témoin ... non identifiable“, le nouveau paragraphe (3), inspiré de la loi belge, ajoute un mécanisme différent. Il vise l'audition „à l'endroit et au moment indiqués“. Or, si d'après le Conseil d'Etat, une telle référence à sa raison d'être dans le système belge où l'article 86ter du Code d'instruction criminelle prévoit une ordonnance du juge d'instruction fixant l'endroit et le moment de l'audition, elle est incompréhensible dans le texte sous rubrique qui n'exige pas une ordonnance spécifique du juge d'instruction. Le Conseil d'Etat a encore donné à considérer que dans la logique du nouveau paragraphe (3), l'exclusion des parties et de leurs avocats ne semble pas la règle, puisqu'elle doit être ordonnée. Dans ce cas, les personnes assistent dans un autre local avec recours à un système de télécommunications. Le paragraphe (2), quant à lui, prévoit d'office une audition à distance moyennant un système technique de brouillage de la voix. Le nouveau paragraphe (3) précise qu'il s'agit d'une audition effectuée par le juge d'instruction et le juge du fond.

En conclusion, le Conseil d'Etat a estimé que le législateur était mal inspiré de combiner des dispositions d'ordres juridiques différents au regard du risque évident d'incohérence de textes.

A noter que la question de l'audition de l'agent infiltré et de ses modalités fut également au centre d'un échange de vues avec les représentants du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau du Luxembourg, lequel a par ailleurs rendu un avis écrit en date du 7 octobre 2008. Il ressort de cet avis que le Conseil de l'Ordre, tout en soulignant que l'agent infiltré ne peut point être qualifié de témoin neutre, s'oppose à ce que l'agent infiltré puisse témoigner de manière anonyme. Il est rappelé que le Conseil de l'Ordre continue, de manière générale, à s'opposer à l'introduction de toute forme de témoignage anonyme, sous quelque forme que ce soit.

En effet, le fait d'accorder à l'agent infiltré un anonymat entier constitue selon lui une violation du principe du débat contradictoire et rend impossible toute vérification dudit témoignage.

L'avis précité évoque encore le risque que l'agent infiltré immergé sur une période prolongée dans un milieu criminel, bénéficiant d'une protection juridique et légale, puisse éventuellement sombrer dans le crime.

Le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, étant conscient de la nécessité d'accorder une protection spécifique à l'agent infiltré, approuve que son identité réelle ne doive pas être révélée lors de l'instruction et à l'audience au fond. Il s'interroge sur la procédure à suivre dans le cas de figure où le prévenu dépose plainte pour faux témoignage contre ledit agent infiltré, sans pour autant compromettre la sécurité de celui-ci.

La Commission juridique estime toutefois préférable, dans la mesure où le projet de loi se base sur le modèle français qui a fait ses preuves, de ne pas trop s'en écarter et préfère revenir à la version initiale du paragraphe 3.

Il est renvoyé par ailleurs aux annexes jointes à l'avis du Procureur Général d'Etat du 28 octobre 2008 qui font état de la doctrine et de la jurisprudence concernant la pratique en France et en Belgique.

*

4. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Numérotation des articles et modification des renvois

La numérotation des articles a été modifiée, suite à l'introduction des articles 48-10 et 48-11 dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 15 mars 2007 portant réglementation de la fouille des véhicules. La seule exception résulte de l'inversion des articles 48-19 et 48-20 initiaux, l'article 48-20 devenant l'article 48-18 et l'article 48-19 ne changeant pas de numérotation.

Les renvois respectifs ont été adaptés.

Article 1er, I

L'observation est réglementée dans le nouveau chapitre VII introduisant les articles 48-12 à 48-16 dans le Code d'instruction criminelle.

Il échet de noter que dans l'intitulé du point I de l'article 1er, il y a lieu d'écrire „[...] après l'article 48-11, un chapitre VII rédigé comme suit.“

Article 48-12 (article 48-13 initial)

Paragraphe (1)

Le paragraphe (1) définit la notion d'observation, tandis que le paragraphe (2) définit l'observation systématique par référence alternative au critère de sa durée, au critère des moyens techniques mis en œuvre ou au critère de son caractère international. Il y a lieu de souligner que seule l'observation systématique tombe sous le champ d'application de la loi future.

Paragraphe (2)

L'observation, pour être considérée comme systématique, doit partant remplir l'un des critères suivants:

- le critère relatif à la durée: l'observation doit durer plus de cinq jours consécutifs ou plus de cinq jours non consécutifs répartis sur une période d'un mois, ou
- le critère relatif à l'utilisation des moyens techniques: l'observation doit être effectuée en utilisant des moyens techniques tels que définis par le paragraphe (3), ou
- le critère relatif au caractère international: la mission d'observation doit revêtir un caractère international (comme une observation effectuée au Luxembourg suite à la demande d'une autorité judiciaire étrangère ou encore une observation effectuée au Luxembourg avec la participation d'officiers de police étrangers)

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mai 2007, s'interroge notamment sur le délai „assez long de cinq jours à partir duquel une observation cesse d'être policière“. Il fait observer que „les compétences de la police judiciaire en cas de flagrance ne seraient aucunement affectées si ce délai était substantiellement réduit“.

La proposition du Conseil d'Etat de consacrer le caractère systématique de l'observation dès que la durée excède un délai de plus de 24 heures consécutives ou de plus de 24 heures non consécutives réparties sur une période d'un mois n'a pas été reprise par la Commission juridique.

Il échet de noter qu'une mission d'observation systématique policière, telle que visée par l'article sous rubrique, et décidée en fonction de faits susceptibles d'être incriminés par une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, se déroule nécessairement sur une durée excédant un délai de vingt-quatre heures. Ainsi, limiter le délai à vingt-quatre heures contrecarre toute opération d'observation policière systématique.

La commission souligne dans ce contexte qu'une mission d'observation policière systématique au sens de l'article 48-12, paragraphe (2) doit toujours être autorisée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction conformément au paragraphe (1) de l'article 48-13.

De même, toutes les pièces et documents procéduraux relatifs à une mission d'observation sont versés dans le dossier répressif afférent.

Paragraphe (3)

La puce dotée d'un système n'émettant qu'un signal sonore, permettant de localiser et d'enregistrer les positionnements successifs d'une voiture, d'un objet ou d'une personne déterminée peut être utilisée dans le cadre d'une mission d'observation policière. Il s'agit d'un moyen technique au sens du paragraphe (2) de l'article 48-12.

Le repérage des télécommunications et les micros sont expressément exclus à l'endroit du paragraphe (3) de l'article 48-12. Le paragraphe (3) ne vise que l'observation d'un bien ou d'une personne à l'exclusion de toute mesure d'enregistrement de formes de communication.

Ainsi, l'utilisation d'une caméra munie d'un micro directionnel doit être préalablement autorisée tant par une ordonnance prise sur base de l'article 48-12, paragraphe (2) que par une ordonnance prise sur base de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle.

La Commission juridique, constatant que toutes les formes de communication tombent sous le champ d'application de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle, a décidé de pas reprendre l'ajout tel que proposé par le Conseil d'Etat dans son avis du 22 mai 2007.

La commission a proposé, dans le cadre de la deuxième série d'amendements, de prévoir qu'un appareil utilisé pour la prise de photographies dans un lieu public, est encore à considérer comme un moyen technique si un des critères du paragraphe (2) est rempli (durée dépassant 5 jours ou caractère international.)

Il est ainsi proposé d'étendre le champ d'application par rapport au projet initial. Cette extension du champ de couverture des dispositions légales contraignantes futures est d'ailleurs dans la ligne du Conseil d'Etat.

Dans son deuxième avis complémentaire du 3 mars 2009, le Conseil d'Etat approuve l'amendement afférent, tout en suggérant une proposition de formulation.

La Commission juridique entend maintenir le texte tel qu'amendé en ce qu'il est conforme à la philosophie propre au projet de loi. Ainsi, il permet une utilisation efficace du moyen technique dans le cadre d'une opération d'observation policière.

Article 48-13 (article 48-14 initial)

Cet article prévoit les conditions de forme qui sont applicables aux trois formes d'observation visées par l'article sous rubrique. Il faut disposer, pour les trois cas de figure, d'une décision préalable du procureur d'Etat ou du juge d'instruction, motivée par les nécessités de l'enquête et l'insuffisance des autres moyens d'investigation.

Paragraphe (1)

L'observation simple peut être décidée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction par rapport à toute infraction.

La Commission juridique a décidé de reprendre, à l'endroit de la deuxième moitié de la phrase, la formulation telle qu'inscrite à l'article 88-1, alinéa 1, point c) du Code d'instruction criminelle. Ainsi, le caractère exceptionnel du recours à l'observation policière est précisé. Il en sera de même à l'endroit du paragraphe (1) de l'article 48-17.

Le Conseil d'Etat y a marqué son accord, tout en proposant d'omettre le terme „autres“, proposition reprise par la commission.

Paragraphe (2)

L'observation à l'aide de moyens techniques requiert l'existence d'indices graves quant à l'existence d'infractions emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur ou égal à un an.

La Commission juridique, dans sa majorité, a décidé de maintenir la référence à un seuil de peine par un souci de parallélisme avec la solution retenue à l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 17 juin 2008, a marqué son accord quant au remplacement des termes „*indices sérieux*“ par ceux de „*indices graves*“ à l'endroit des paragraphes (2) et (3) de l'article sous rubrique, ainsi qu'au paragraphe (3) de l'article 48-17. La commission a repris sa suggestion d'adapter le texte du paragraphe (1) de l'article 48-14.

Paragraphe (3)

L'observation technique dans un lieu privé n'est possible que pour autant que l'infraction en cause est de nature à emporter une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur ou égal à quatre ans. L'intervention du juge d'instruction est par ailleurs toujours requise.

La Commission juridique a estimé nécessaire de préciser et de clarifier les modalités d'une observation effectuée à l'aide de moyens techniques et visant un domicile, une dépendance propre y encluse ou un local utilisé à des fins professionnelles. Elle a encore fait sienne la proposition de texte telle que suggérée par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 17 juin 2008.

Il échet de rappeler que l'enregistrement sonore effectué à l'intérieur d'un immeuble des conversations et bruits ayant lieu à l'intérieur de ce même immeuble tombe sous le champ d'application de l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat a soulevé, dans son avis du 22 mai 2007, le problème de l'articulation des rôles du procureur d'Etat et du juge d'instruction.

La commission précise que l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle – la „mini-instruction“ – ne vise que les infractions y expressément prévues. L'observation ne doit pas tomber sous la mini-instruction, alors qu'elle est mise en œuvre pour des faits graves qui entraînent toujours l'ouverture d'une information.

Ainsi, les moyens conférés au parquet en vertu de la loi future seront mis en œuvre au stade de l'enquête préliminaire et ceux conférés au juge d'instruction le sont au cours de l'instruction à charge et à décharge. Ainsi, le cas de figure selon lequel lesdites compétences ainsi conférées au parquet et au juge d'instruction entreraient en conflit ne peut se présenter dans la pratique (ni en droit, ni en fait, alors que le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du Procureur d'Etat pour les mêmes faits).

Article 48-14 (article 48-15 initial)

L'article sous examen fixe les conditions de forme applicables à l'observation.

La Commission juridique a fait sienne la proposition du Conseil d'Etat de prévoir que les mentions sont exigées sous peine de nullité.

Il a été proposé, dans le cadre de la deuxième série d'amendements, de remplacer les termes „*motifs*“ par ceux de „*motifs spécifiques inhérents à l'espèce*“.

La Commission juridique reprend de sorte le texte suggéré par le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg dans son avis du 7 octobre 2008.

La suggestion du Conseil d'Etat de biffer les termes „*inhérents à l'espèce*“ à l'endroit du paragraphe (1), point 2° a été reprise par la commission.

Article 48-15 (article 48-16 initial)

L'article sous rubrique règle l'exécution de l'observation qui requiert l'intervention d'un officier de police judiciaire qui doit dresser un rapport écrit.

Article 48-16 (article 48-17 initial)

L'article sous examen régit l'application d'une observation durant la phase de l'exécution d'une peine prononcée par un jugement coulé en force de chose jugée.

La Commission juridique a décidé de maintenir l'article à l'endroit du titre II du livre I du Code d'instruction criminelle et non de le transférer dans le titre II du Code d'instruction criminelle relatif aux enquêtes.

Article 1er, II

L'infiltration est réglementée dans le nouveau chapitre VIII introduisant les articles 48-17 à 48-23.

Dans le cadre des amendements du 11 décembre 2008, la Commission juridique a proposé de supprimer dans l'intitulé du nouveau chapitre VIII le terme „policrière“, tel que suggéré dans l'avis du Juge d'Instruction-Directeur du 13 octobre 2008 (doc. parl. 5588⁴, page 3). Il y est précisé que toute la procédure de l'infiltration, telle que proposée aux articles 48-17 et suivants, constitue une procédure judiciaire suivie sous l'autorité et le contrôle du Procureur d'Etat, respectivement du Juge d'Instruction.

Cette modification rencontre l'assentiment du Conseil d'Etat.

Article 48-17 (article 48-18 initial)

Paragraphe (1)

Le paragraphe (1) définit les cas de figure où une opération d'infiltration peut être effectuée.

Pour la Commission juridique, le recours à une infiltration doit rester une mesure exceptionnelle. Ainsi, les cas dans lesquels une infiltration peut être ordonnée doivent être clairement délimités.

Les termes „*lutte contre la grande criminalité*“, ne correspondant à aucune notion juridique définie, sont omis dans l'intitulé du chapitre VIII. Il est encore proposé de prévoir une liste reprenant les infractions tombant sous le champ d'application du nouveau chapitre VIII. Cette liste permet mieux de répondre à l'exigence de précision, vu la nature de l'opération.

La commission a décidé, aux fins de garder un parallélisme des formes avec l'article 48-13, paragraphe (1), que l'infiltration ne peut être ordonnée que „*si les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce*“ (bout de phrase repris de l'article 88-1, alinéa 1er, point c) du Code d'instruction criminelle).

Les membres de la commission, s'interrogeant sur l'utilité de la formalité préalable d'avis du procureur d'Etat et suite à l'observation afférente du Conseil d'Etat soulevée dans son avis du 22 mai 2007, ont supprimé le bout de phrase „*ou après avis de ce magistrat*“.

Sous réserve d'une remarque d'ordre rédactionnel que la commission a repris, le Conseil d'Etat, dans son avis du 17 juin 2008, approuve les amendements proposés par la Commission juridique.

Rien ne s'oppose à ce que le procureur d'Etat, comme c'est la pratique dans le cadre de l'application des articles 67-1, 88-1, ainsi que dans le cadre des demandes de mises en liberté soumises par les parties, se fasse toujours communiquer les ordonnances relatives. En effet, il dispose de la faculté de s'opposer aux mesures décidées moyennant l'exercice d'une voie de recours.

La Commission juridique a proposé, par amendement supplémentaire en date du 11 décembre 2008, de modifier, d'un point de vue rédactionnel, le point 3° et de compléter l'énumération des infractions par l'ajout de la prostitution et de l'exploitation des êtres humains (point 4°), du faux-monnayage (point 11°) et de l'enlèvement de mineurs. Le point 9° vise l'infraction de la corruption et du trafic d'influence.

Les termes „*en relation avec*“ sont remplacés par „*dans le cadre de*“ tel que suggéré par le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg dans son avis du 7 octobre 2008 (doc. parl. 5588⁶, page 3, *article 48-17*).

Dans un souci de clarté et pour être exhaustif, il est proposé, comme le suggère d'ailleurs le Procureur Général d'Etat dans son avis du 28 octobre 2008 (doc. parl. 5588⁷, page 5, *ad article 48-17*) de renvoyer à chaque fois aux articles du Code pénal, respectivement à la législation applicable.

Le Conseil d'Etat, dans son deuxième avis complémentaire du 3 mars 2009, fait observer qu'il „*comprend le souci de clarté qui inspire les auteurs de l'amendement; il voudrait toutefois relever l'utilité d'une uniformité dans les références aux diverses infractions dans les dispositions du Code pénal; ainsi, la formulation des références qui est proposée dans le texte amendé ne correspond pas à celle figurant, par exemple, à l'article 506-1 du Code pénal, qu'il est proposé de modifier par le*

projet de loi relatif à la traite des êtres humains (No 5860). Sous réserve de ces observations, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement.

Le Conseil d'Etat voudrait ajouter une considération en ce qui concerne la partie du paragraphe 1er qui précède l'énumération. Dans un souci de concordance entre le texte en question et le paragraphe 1er de l'article 48-13, il est proposé de donner au paragraphe 1er de l'article 48-17 la teneur suivante:

„(1) Si l'enquête ou l'instruction préparatoire l'exigent et que les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants ...“

La commission unanime a fait sienne la suggestion du Conseil d'Etat et a adapté le renvoi aux articles afférents du Code pénal.

Le Conseil d'Etat en a été informé par courrier du 6 avril 2009 (cf. doc. parl. 5588¹²).

La commission a encore fait sienne la proposition de texte quant au paragraphe (1) de l'article 48-17.

Paragraphe (2)

La Commission juridique, dans le cadre de la deuxième série d'amendements, a proposé de reprendre la proposition de texte soumise par le Procureur Général d'Etat et le Procureur d'Etat (doc. parl. 5588⁷, page 5) tout en remplaçant les termes in fine „de plein droit“ par ceux „des dispositions prévues à l'article 48-21“. Les paragraphes (2) à (4) initiaux ont en conséquence été renumérotés en paragraphes (3) à (5) nouveaux.

Le Conseil d'Etat approuve ladite modification en soulevant qu'elle s'inscrit dans le respect des principes de l'instruction contradictoire.

Paragraphe (3)

L'opération d'infiltration est définie en tant qu'opération consistant à surveiller des personnes en se faisant passer pour un coauteur, complice ou receleur.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mai 2007, soulève, à nouveau, le problème du caractère proactif ou non de la procédure.

Il échet de préciser que les termes „[...] qu'elles commettent des faits [...]“ visent le temps présent et couvrent partant les infractions déjà commises et connues.

La Commission juridique propose, à l'instar de ce qu'elle a proposé à l'endroit de l'article 48-13, de remplacer les termes „indices sérieux“ par ceux de „indices graves“.

Les modifications proposées trouvent l'assentiment du Conseil d'Etat (avis complémentaire du 17 juin 2008).

Paragraphe (4)

Il est précisé que l'opération d'infiltration peut être effectuée, sous une identité fictive, soit par un officier de police judiciaire luxembourgeois, soit par un agent étranger habilité par sa loi nationale et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire luxembourgeois.

Le Conseil d'Etat soulève toute une série d'interrogations en rapport avec l'engagement d'agents étrangers agissant, en dehors du cadre légal des équipes communes d'enquête, sur le territoire national pour le compte des autorités judiciaires luxembourgeoises et sur les difficultés que suscite un tel système.

Or, selon la Commission juridique, l'équipe commune d'enquête vise un cas de figure tout à fait différent de celui de l'opération d'infiltration. L'équipe commune d'enquête s'inscrit dans le cadre de la coopération judiciaire et policière internationale avec détachement d'un ou plusieurs agents ou officiers de police luxembourgeois. L'opération d'infiltration ne fait pas nécessairement appel à un agent ou officier de police.

Ainsi, la commission est d'avis que le Conseil d'Etat a soulevé un faux problème, étant donné que l'entraide judiciaire internationale poursuit une toute autre finalité qu'une opération d'infiltration visant un milieu déterminé sur le territoire du Luxembourg. Il a partant été décidé de maintenir le paragraphe (4) tel que proposé par les auteurs du projet de loi.

Il convient de noter, en ce qui concerne la personne infiltrée, qu'il s'agit en principe d'un agent de police étranger ayant reçu une formation adéquate et étant qualifié à pouvoir mener à bien une opération

d'infiltration. On peut encore faire appel à une personne dite convertie de nationalité étrangère qui n'a pas la qualité d'agent policier. Il y a lieu de souligner que quelque soit la qualité de l'agent appelé à infiltrer un milieu déterminé, l'opération d'infiltration se déroule toujours sous la responsabilité et la supervision d'un officier de police judiciaire luxembourgeois.

L'agent infiltré doit régulièrement rapporter les informations recueillies au cours de sa „submersion“ à l'officier de police judiciaire luxembourgeois chargé de coordonner l'opération et qui doit lui rédiger un rapport. Il s'ensuit que l'Etat luxembourgeois assume la responsabilité quant à la mise en œuvre et les conséquences de l'opération d'infiltration.

La personne infiltrée, si elle devait avoir la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire dans une unité policière étrangère, n'acquiert pas pour autant qualité d'officier de police judiciaire avec compétence sur le territoire du Luxembourg.

Paragraphe (5)

La Commission juridique, eu égard à l'observation du Conseil d'Etat quant à la portée pratique de la réserve que le rapport ne doit pas mettre en danger la sécurité de l'officier ou de l'agent infiltré et des personnes requises, a décidé de supprimer les termes „[...] ou l'agent étranger ayant coordonné l'opération [...]“. Ainsi, le rapport relatif à l'infiltration policière doit être rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné sous sa responsabilité l'opération.

Pour des raisons de clarté, la commission a proposé de séparer le paragraphe (5) en deux phrases distinctes, la première déterminant la personne devant rédiger le rapport relatif à l'infiltration policière et la seconde définissant le contenu de ce rapport.

Ces modifications ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 17 juin 2008.

Le rapport rédigé par l'officier de police judiciaire investi de coordonner l'opération d'infiltration l'est sur base des informations et renseignements recueillis par la personne infiltrée. Cet officier de police judiciaire, guidant l'agent infiltré, est seul entendu en cette qualité par les juridictions. Ainsi, un débat contradictoire est assuré.

Il est évident que dans l'hypothèse où la personne infiltrée a la qualité d'officier de police judiciaire luxembourgeois, elle ne peut pas avoir la double qualité d'enquêteur et d'infiltré. Dans pareil cas, elle est suivie par un officier de police judiciaire distinct assumant la coordination de l'opération d'infiltration.

Article 48-18 (article 48-20 initial)

Il convient de rappeler la décision de la Commission juridique d'inverser les articles 48-19 et 48-20 initiaux.

Le Conseil d'Etat a donné son accord à cette modification, étant donné qu'il est plus logique de traiter d'abord la question de la décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction d'ordonner une infiltration, puis de déterminer les conséquences d'une infraction commise par l'agent dans le cadre d'une opération d'infiltration. Ainsi, l'article 48-19 initial reste l'article 48-19 et l'article 48-20 initial devient l'article 48-18.

L'opération d'infiltration doit obligatoirement faire l'objet d'une décision motivée du procureur d'Etat ou du juge d'instruction. Cette décision motivée doit contenir une série de mentions obligatoires, comme l'identité de l'officier de police judiciaire responsable de l'opération d'infiltration.

Dans un deuxième temps, la Commission juridique a proposé de rédiger l'article 48-18 en s'inspirant de la proposition de texte suggérée par le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg dans son avis du 7 octobre 2008 (doc. parl. 5588⁶, page 3, *article 48-18*). Les points 3° et 4° ne sont pas repris, étant donné qu'il s'agit de ne pas compromettre d'emblée l'opération d'infiltration.

Le paragraphe (4) a été maintenu.

La commission a repris les modifications rédactionnelles suggérées par le Conseil d'Etat dans son deuxième avis complémentaire du 3 mars 2009 à l'endroit du point 2° du paragraphe (1) et à l'endroit du paragraphe (3) in fine.

Article 48-19 (article 48-19 initial)

Paragraphe (1)

L'article sous rubrique, énumérant les infractions qui font l'objet d'une excuse absolutoire, doit être lu en relation avec la deuxième phrase du paragraphe (3) de l'article 48-17.

La référence aux moyens de caractère juridique ou financier, tels que figurant au deuxième tiret, vise notamment la mise à disposition d'une société ou d'un compte bancaire.

Paragraphe (2)

La cause d'excuse absolutoire est étendue aux actes commis par des personnes qui ont été amenées à fournir une aide ou une assistance suite à la demande expresse de l'agent infiltré.

La Commission juridique a proposé d'aligner la formulation quant aux infractions visées à l'instar de ce qu'elle a décidé à l'endroit de l'article 48-17, paragraphe (1).

Article 48-20 (article 48-21 initial)

La révélation de l'identité de l'infiltrant est interdite, sous peine de poursuite pour violation du secret professionnel.

Le Conseil d'Etat, tout en soulignant comprendre la nécessité de protéger la personne infiltrée, soulève que le procédé de l'infiltration n'est pas sans poser des problèmes au niveau du débat contradictoire des éléments de preuve. De plus, la non-révélation de l'identité de l'agent infiltré qui va constater les infractions renvoie à la problématique du témoignage anonyme.

Il y a lieu de préciser qu'une enquête ne peut pas être basée exclusivement, conformément aux dispositions de l'article 48-23 du présent projet de loi, sur les informations et renseignements recueillis par l'intermédiaire d'une opération d'infiltration. Les membres de la commission rappellent que la finalité d'une opération d'infiltration au sens du présent projet de loi est de surveiller des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves qu'elles commettent des faits.

La Commission juridique a proposé que les différentes peines pouvant être prononcées en cas de révélation de l'identité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré, telles que figurant à l'endroit du nouvel article 458-1 du Code pénal (cf. article 2), doivent également figurer à l'article sous examen.

Dans son avis complémentaire du 17 juin 2008, le Conseil d'Etat propose de maintenir le texte originaire. Il rappelle que „*la méthode de sanction d'une infraction par renvoi à un article du Code pénal est une pratique législative constante et juridiquement incontestée*“.

La Commission juridique a décidé de faire sienne cette proposition.

Article 48-21 (article 48-22 initial)

Cette disposition proroge l'excuse absolutoire, telle que prévue à l'article 48-19, paragraphe (1) et dont bénéficie la personne infiltrée, pour la phase postérieure qui suit la fin de l'opération d'infiltration. Cette prorogation ne peut avoir lieu que pour une durée de quatre mois, une fois renouvelable sur décision du magistrat ayant ordonné l'opération d'infiltration.

Article 48-22 (article 48-23 initial)

L'article sous examen régit le témoignage de la personne infiltrée. Il est de sorte prévu que seul l'officier de police judiciaire, sous la responsabilité duquel l'opération d'infiltration s'est déroulée, peut être entendu comme témoin.

Or, si au cours d'un procès, une confrontation avec l'officier de police judiciaire ayant personnellement réalisé l'opération d'infiltration ou avec l'agent infiltré est requise, celle-ci est réalisée moyennant des procédés techniques permettant de continuer à protéger la véritable identité de l'infiltrant.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mai 2007, fait observer que cette disposition revient à consacrer „*d'ores et déjà le principe du témoignage anonyme*“ dans le Code d'instruction criminelle, „*sans que le législateur ait pu discuter de cette question fort controversée parmi les praticiens du droit*“.

La Haute Corporation, „*en raison des nombreuses interrogations que soulèvent les dispositions examinées en relation avec le principe de la sécurité juridique, le respect du caractère contradictoire de la procédure pénale et des droits de la défense et la nécessité de sauvegarder la cohérence de la*

procédure pénale en l'état actuel de la législation [...] sous réserve d'amendements apportant des explications et éclaircissements convaincants“ émet une opposition formelle à l'encontre de l'intégralité du chapitre VIII qu'il est envisagé d'insérer au titre II du livre Ier du Code d'instruction criminelle.

La Commission juridique avait proposé de remplacer le paragraphe (3) initial par un nouveau texte prévoyant les modalités procédurales de la confrontation de l'inculpé ou du prévenu avec l'agent infiltré.

Les auteurs de l'amendement se sont inspirés pour ce faire de l'article 86ter du Code d'instruction criminelle belge issu de la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins.

Il s'agit en l'espèce d'une forme bien particulière de témoignage anonyme limitée à la seule hypothèse bien spécifique du témoignage de l'agent infiltré dans le cadre d'une opération d'infiltration policière. En effet, le texte amendé précise les modalités selon lesquelles le prévenu ou l'inculpé, mis en cause par les constatations de l'agent infiltré, peut être confronté, tant au niveau de l'instruction préparatoire qu'au niveau de la juridiction de jugement, à ce dernier, ceci par le biais de moyens techniques garantissant la non-révélation de l'identité de l'agent infiltré.

Il est toujours loisible au juge du fond d'ordonner que l'agent infiltré soit réentendu par le juge d'instruction.

Il y a lieu à préciser que ce texte tel que proposé est à lire en relation avec l'article 48-23 au terme duquel *„Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par les officiers de police judiciaire ou agents étrangers ayant procédé à une opération d'infiltration“*.

Dans son avis complémentaire du 17 juin 2008, le Conseil d'Etat soulève deux considérations, l'une d'ordre fondamental, l'autre d'ordre technique.

„- Dans son avis précité du 22 mai 2007, le Conseil d'Etat avait relevé que *„la procédure pénale luxembourgeoise ne connaît pas, pour l'heure, le mécanisme du témoignage anonyme. Le projet de loi No 5156 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins prévoyait l'introduction, dans un nouvel article 71-3 du Code d'instruction criminelle, du témoignage anonyme. Par dépêche en date du 8 septembre 2004, le Gouvernement a demandé au Conseil d'Etat de ne pas examiner les articles de ce projet de loi relatifs au témoignage anonyme et au témoignage partiellement anonyme.“* Le Conseil d'Etat avait ajouté dans son avis que *„l'introduction dans le Code d'instruction criminelle de la disposition sous examen revient à consacrer d'ores et déjà le principe du témoignage anonyme, sans que le législateur ait pu discuter de cette question fort controversée parmi les praticiens du droit“*.

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

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

L'article sous rubrique, dans sa version initiale, reprend les dispositions des articles 706-86 et 706-61 du Code de procédure pénale français. La Commission ajoute, au titre de l'amendement, un texte inspiré de l'article 86ter du Code d'instruction criminelle belge sans veiller à la cohérence de textes d'origine diverse, ni d'ailleurs à la cohérence interne du nouveau paragraphe 3 qui ne reprend qu'une partie des dispositions belges. Ainsi, le paragraphe 2, inspiré du droit français, fait référence, pour le mécanisme de l'audition, à un „dispositif technique permettant une audition à distance“ et à des „procédés techniques“ rendant „la voix du témoin ... non identifiable“. Le nouveau paragraphe 3, inspiré du droit belge, ajoute un mécanisme différent. Il vise, d'abord, l'audition „à l'endroit et au moment indiqués“; cette référence se comprend dans le système belge où l'article 86ter du Code d'instruction criminelle prévoit, au paragraphe 1er, une ordonnance du juge d'instruction fixant l'endroit et le moment de l'audition;

elle est toutefois incompréhensible dans le texte sous rubrique qui n'exige pas une ordonnance spécifique du juge d'instruction. Ensuite, dans la systématique du nouveau paragraphe 3, l'exclusion des parties et de leurs avocats de l'audition ne semble pas être la règle, alors qu'elle doit être spécialement ordonnée; dans ce cas, ces personnes assistent „dans un autre local“ avec recours à un „système de télécommunications“. Dans le régime du paragraphe 2, il y a d'office une audition à distance moyennant système technique de brouillage de la voix. Le paragraphe 3, d'inspiration belge, précise qu'il s'agit d'une audition par le juge d'instruction et le juge du fond. Le paragraphe 2, d'origine française, n'opère pas une telle distinction. A noter qu'il serait indiqué de parler de juridiction de jugement et non pas de juge du fond, terme qui renvoie au mécanisme des pourvois en cassation. Le Conseil d'Etat se permet de relever que le législateur est mal inspiré de combiner des dispositions provenant d'ordres juridiques différents au regard du risque évident d'incohérence des textes.

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

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

La Commission juridique voudrait préciser, quant aux interrogations soulevées par la Haute Corporation en relation avec le recours à un agent étranger, que l'opération d'infiltration endéans laquelle l'agent étranger agit se déroule sous la responsabilité exclusive de l'officier de police judiciaire luxembourgeois chargé de coordonner ladite opération et qui en assume l'entière responsabilité.

Des mécanismes semblables quant à l'intervention d'agents policiers étrangers, dans le cadre de la coopération policière internationale, sont déjà prévus au Luxembourg dans le cadre du traité de Prüm et du Benelux.

En ce qui concerne les remarques du Conseil d'Etat à propos de la question plus générale relative à l'introduction en droit luxembourgeois du témoignage anonyme et de sa réglementation, il échet de rappeler qu'il ne peut être procédé à l'opération d'infiltration policière que pour les faits limitativement énumérés à l'article 48-17, paragraphe (1). De plus, le recours à une opération d'infiltration policière restera toujours une mesure exceptionnelle. On ne peut dès lors guère dire que le témoignage anonyme serait introduit en droit luxembourgeois.

La commission propose, dans le cadre d'une deuxième série d'amendements, en ce qui concerne le paragraphe (2), de faire sienne la proposition de texte du Procureur Général d'Etat qui propose d'adopter la formule retenue par le texte français et de remplacer en conséquence les termes „l'inculpé ou le prévenu“ par ceux de „la personne inculpée ou comparaisant devant la juridiction de jugement“.

Il est ainsi précisé de manière univoque que l'article 48-22 s'applique tant au stade de l'instruction préparatoire qu'au stade du procès devant les juridictions de jugement.

A l'endroit du paragraphe (3), la commission propose de reprendre le paragraphe (3) de l'article 48-23 initial. Elle renonce ainsi à son amendement afférent figurant sous le point B., 6. du 11 février 2008. La garantie du respect des droits de la défense est ainsi donnée.

Elle souligne que dans leurs avis respectifs, les autorités judiciaires renvoient à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui admet le recours à la procédure de l'agent infiltré sous des conditions très restrictives. Ces conditions ont été reprises par les législations belge (lois du 6 janvier 2003 et du 7 décembre 2005) et française (loi du 9 mars 2004) afférentes. L'article 48-22 proposé, reprenant quasi textuellement les articles 706-86 et 706-61 du Code de procédure pénale français, est de sorte aligné sur le cadre jurisprudentiel bien concis de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Le Conseil d'Etat, dans son deuxième avis complémentaire du 3 mars 2009, fait observer „A part le souci d'assurer la conformité formelle du texte luxembourgeois avec les dispositions correspon-

dantes du code de procédure pénale français, le Conseil d'Etat ne voit pas la pertinence de cet amendement“.

Article 48-23 (article 48-24 initial)

Cette disposition est appelée à régir les effets du témoignage de la personne infiltrée. Il est ainsi interdit au juge de fonder une condamnation sur la seule base du témoignage anonyme.

Le Conseil d'Etat fait observer qu'„il n'en reste pas moins que la „réduction“ de la valeur d'un élément de preuve obtenu dans le cadre de l'enquête préliminaire voire de l'instruction contradictoire n'est pas sans poser problème au regard du régime des preuves en matière pénale fondé sur les principes de la liberté des preuves et de l'intime conviction des juges“.

Article 1er, III

Il est proposé d'investir le juge d'instruction du pouvoir de décider une opération d'observation ou d'infiltration, par un renvoi aux procédures prévues pour l'enquête préliminaire.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mai 2007, indique qu'il „peut suivre les auteurs du projet de loi dans leur souci de garder un parallélisme des pouvoirs entre le juge d'instruction et le procureur d'Etat, voire de donner, pour certains actes, compétence exclusive au juge d'instruction. Il n'en reste pas moins que les opérations d'observation et d'infiltration sont essentiellement destinées à réunir les indices suffisants permettant l'ouverture d'une instruction. Il s'agit, à l'évidence, de moyens d'investigation „à charge“ qui cadrent mal avec la mission d'instruction „à charge et à décharge“ assignée au juge d'instruction au paragraphe 1er de l'article 51 du Code d'instruction criminelle. Enfin, il va de soi que ces opérations devront rester secrètes, même par rapport à des personnes faisant l'objet de l'information. Il est vrai que les mesures spéciales de surveillance et les opérations de repérage ou de retraçage soulèvent les mêmes réflexions. Tout comme ces mesures, les opérations d'observation et d'infiltration ne pourront plus avoir lieu après inculpation.

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

Ces dispositions n'ont pas donné lieu à des observations particulières de la part de la Commission juridique.

Article 2

L'article sous examen vise à incriminer la révélation de l'identité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger infiltré et ce en relation avec le délit de violation du secret professionnel sanctionné à l'article 458 du Code pénal. Or, les peines comminées sont plus fortes que celles prévues à l'article 458 précité.

Le Conseil d'Etat, tout en notant l'objectif dissuasif de la présente disposition, fait observer que „Son application pratique soulève, en effet, des problèmes de preuve du lien de causalité entre la révélation et les coups et blessures, dans l'hypothèse où les auteurs immédiats des coups et blessures ne sont pas connus, ne sont pas poursuivis ou ne sont pas condamnés. Comment établir le lien de causalité entre la révélation illicite de l'identité de l'infiltrant et les coups et blessures sans référence directe aux poursuites entamées contre les auteurs de ces derniers?“

La Commission juridique propose l'ajout „ou ayant effectué“ pour préciser que la révélation de l'identité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger est punissable même si l'infiltration a pris fin.

Cette modification n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 17 juin 2008. Or, il continue à maintenir ses observations formulées dans son avis du 22 mai 2007.

La commission a proposé d'introduire l'infraction de menaces, ainsi que de relever substantiellement les peines, tel que proposé par le Procureur Général d'Etat dans son avis du 28 octobre 2008 (doc. parl. 5588⁷).

Ces modifications ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat dans son deuxième avis complémentaire du 3 mars 2009.

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique recommande à la majorité à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi 5588 dans la teneur qui suit:

*

5. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE

PROJET DE LOI 5588

portant

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

Art. 1er.— Le Code d'instruction criminelle est complété comme suit:

- D) Il est inséré au titre II du livre I du Code d'instruction criminelle, après l'article 48-11, un chapitre VII rédigé comme suit:

„Chapitre VII.— *De l'observation*

Art. 48-12.— (1) L'observation au sens du présent Code est l'observation systématique d'une ou de plusieurs personnes, de leur présence ou de leur comportement, ou de choses, de lieux ou d'événements déterminés.

(2) Une observation systématique au sens du présent chapitre est une observation de plus de cinq jours consécutifs ou de plus de cinq jours non consécutifs répartis sur une période d'un mois, une observation dans le cadre de laquelle des moyens techniques sont utilisés ou une observation revêtant un caractère international.

(3) Un moyen technique au sens du présent chapitre est une configuration de composants qui détecte des signaux, les transmet, active leur enregistrement et enregistre les signaux, à l'exception de moyens techniques utilisés en vue de l'exécution d'une mesure visée à l'article 67-1 ou d'une mesure visée aux articles 88-1 à 88-4.

Un appareil utilisé pour la prise de photographies est considéré comme moyen technique au sens du présent chapitre dans le cas d'une observation faite en dehors d'un lieu privé conformément au paragraphe 2 du présent article et dans le cas visé au paragraphe 3 de l'article 48-13.

Art. 48-13.— (1) Une observation peut être décidée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction à condition que l'enquête ou l'instruction préparatoire l'exigent et que les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce.

(2) Une observation effectuée à l'aide de moyens techniques peut être décidée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction lorsque les conditions du paragraphe (1) sont remplies et qu'il existe des indices graves que les infractions sont de nature à emporter une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement.

(3) Une observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue intérieure d'un domicile, ou d'une dépendance propre y enclose de ce domicile au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal, ou d'un local utilisé à des fins professionnelles, peut être décidée par le seul juge d'instruction lorsque les conditions du paragraphe (1) sont remplies et qu'il existe des indices graves quant à l'existence de faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à quatre ans d'emprisonnement.

Art. 48-14.— (1) La décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction de procéder à l'observation est écrite et contient, sous peine de nullité, les mentions suivantes:

- 1° le ou les indices graves de l'infraction visée aux paragraphes (2) ou (3) de l'article 48-13 et qui justifient l'observation;

- 2° les motifs spécifiques pour lesquels l'enquête ou l'instruction préparatoire exige une observation;
- 3° le nom ou, s'il n'est pas connu, une description aussi précise que possible de la ou des personnes observées, ainsi que des choses, des lieux ou des événements visés à l'article 48-12, paragraphe (1);
- 4° la manière dont l'observation sera exécutée, y compris la permission d'utiliser des moyens techniques dans les cas prévus à l'article 48-13, paragraphes (2) et (3). Dans le cas de l'article 48-13, paragraphe (3), la décision du juge d'instruction mentionne l'adresse ou une localisation aussi précise que possible de l'habitation qui fait l'objet de l'observation;
- 5° la période durant laquelle l'observation pourra s'appliquer et laquelle ne peut excéder un mois à compter de la date de la décision;
- 6° le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation.

(2) En cas d'urgence, la décision d'observation peut être accordée verbalement. Cette décision doit être confirmée dans les plus brefs délais dans la forme prévue au paragraphe (1).

(3) Le procureur d'Etat ou le juge d'instruction peut à tout moment, de manière motivée, modifier, compléter ou prolonger sa décision. Il peut à tout moment retirer sa décision. Il vérifie si les conditions visées aux articles 48-12 et 48-13 sont remplies chaque fois que sa décision est modifiée, complétée ou prolongée et agit conformément au paragraphe (1), 1° à 6°.

Art. 48-15.– L'observation est dirigée et exécutée par un officier de police judiciaire, qui en fait rapport écrit.

Toutefois, l'exécution de l'observation peut également être assurée par des agents de police judiciaire qui agissent sous sa direction.

Art. 48-16.– L'observation, à l'exception de celle prévue par l'article 48-13, paragraphe (3), peut également être décidée aux mêmes conditions par le Procureur général d'Etat dans le cadre de l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, lorsque la personne s'est soustraite à leur exécution.“

- II) Il est inséré au titre II du livre I du Code d'instruction criminelle, après l'article 48-16, un chapitre VIII rédigé comme suit:

„Chapitre VIII.– De l'infiltration

Art. 48-17.– (1) Si l'enquête ou l'instruction préparatoire l'exigent et que les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce, le Procureur d'Etat ou le juge d'instruction saisi peuvent décider à titre exceptionnel qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par le présent chapitre pour un ou plusieurs des faits énumérés ci-après:

1. crimes et délits contre la sûreté de l'Etat au sens des articles 101 à 123 du Code pénal
2. actes de terrorisme et de financement de terrorisme au sens des articles 135-1 à 135-8 du Code pénal
3. infractions à la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle
4. traite des êtres humains, proxénétisme, prostitution et exploitation des êtres humains au sens des articles 379 à 386 du Code pénal
5. homicide et coups et blessures volontaires dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle au sens des articles 392 à 417 du Code pénal
6. vols et extorsions dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle au sens des articles 461 à 475 du Code pénal
7. infractions à la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle
8. blanchiment et recel au sens des articles 505 et 506-1 du Code pénal

9. corruption et trafic d'influence au sens des articles 246 à 252, 310 et 310-1 du Code pénal
10. aide à l'entrée et au séjour irréguliers au sens de la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle
11. faux-monnayage au sens des articles 162 à 170 du Code pénal
12. enlèvement de mineurs au sens des articles 368 à 371-1 du Code pénal.

(2) L'opération d'infiltration ne pourra être ordonnée à l'égard d'un inculpé après son premier interrogatoire par le juge d'instruction et celles ordonnées antérieurement cesseront leurs effets sans préjudice des dispositions prévues à l'article 48-21.

(3) L'infiltration consiste à surveiller des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves qu'elles commettent un ou plusieurs des faits visés au paragraphe précédent, en se faisant passer, auprès de ces personnes, notamment comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs.

(4) L'infiltration ne peut être effectuée que par un officier de police judiciaire ou un agent étranger habilité par sa législation nationale à exécuter ce type de mesure et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération. L'officier de police judiciaire ou l'agent étranger est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés au paragraphe (1) de l'article 48-19. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.

(5) L'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné l'opération. Ce rapport comprend les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne met pas en danger la sécurité de l'officier ou de l'agent infiltré et des personnes requises au sens du paragraphe (2) de l'article 48-19.

Art. 48-18.– (1) La décision du Procureur d'Etat ou du juge d'instruction de procéder à une opération d'infiltration est écrite et contient, sous peine de nullité, les mentions suivantes:

- 1° le ou les indices graves des infractions visées au paragraphe (1) de l'article 48-17 et qui justifient l'opération d'infiltration;
- 2° les motifs spécifiques pour lesquels l'enquête ou l'instruction exigent une infiltration;
- 3° la période durant laquelle infiltration pourra s'appliquer et laquelle ne peut excéder quatre mois à compter de la date de la décision;
- 4° le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération.

(2) L'opération d'infiltration peut être renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée. Sous peine de nullité la décision de renouvellement devra contenir outre les mentions visées ci-avant au paragraphe (1) les motifs pour lesquels le renouvellement de l'opération d'infiltration est indispensable à l'enquête ou à l'instruction préparatoire.

(3) Le procureur d'Etat ou le juge d'instruction peut à tout moment retirer sa décision et faire interrompre l'opération d'infiltration avant l'expiration de la durée fixée, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 48-21.

(4) La décision est versée au dossier de la procédure après achèvement de l'opération d'infiltration.

Art. 48-19.– (1) Les officiers de police judiciaire ou les agents étrangers autorisés à procéder à une opération d'infiltration peuvent, sans être pénalement responsables de ces actes:

- Acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions;
- Utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication.

(2) L'exonération de responsabilité prévue au paragraphe (1) est également applicable, pour les actes commis à la seule fin de procéder à l'opération d'infiltration, aux personnes requises par les officiers de police judiciaire ou agents étrangers pour permettre la réalisation de cette opération.

Art. 48-20.– (1) L'identité réelle des officiers de police judiciaire ou agents étrangers ayant effectué l'infiltration sous une identité d'emprunt ne doit apparaître à aucun stade de la procédure.

(2) La révélation de l'identité de ces officiers de police judiciaire ou agents étrangers est punie des peines prévues à l'article 458-1 du Code pénal.

Art. 48-21.– En cas de décision d'interruption de l'opération ou à l'issue du délai fixé par la décision autorisant l'infiltration et en l'absence de prolongation, l'officier de police judiciaire ou l'agent étranger infiltré peut poursuivre les activités mentionnées au paragraphe (1) de l'article 48-19, sans en être pénalement responsable, le temps strictement nécessaire pour lui permettre de cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité, sans que cette durée puisse excéder quatre mois. Le magistrat ayant pris la décision prévue au paragraphe (1) de l'article 48-17 en est informé dans les meilleurs délais. Si, à l'issue du délai de quatre mois, l'agent infiltré ne peut cesser son opération dans des conditions assurant sa sécurité, ce magistrat en décide la prolongation pour une durée de quatre mois au plus.

Art. 48-22.– (1) L'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération d'infiltration peut seul être entendu en qualité de témoin sur l'opération.

(2) Toutefois, s'il ressort du rapport mentionné au paragraphe (5) de l'article 48-17 que la personne inculpée ou comparaissant devant la juridiction de jugement est directement mise en cause par des constatations effectuées par un officier de police judiciaire ou un agent étranger ayant personnellement réalisé les opérations d'infiltration, cette personne peut demander à être confrontée avec cet officier de police judiciaire ou cet agent étranger par l'intermédiaire d'un dispositif technique permettant l'audition du témoin à distance ou à faire interroger ce témoin par son avocat par ce même moyen. La voix du témoin est alors rendue non identifiable par des procédés techniques appropriés.

(3) Les questions posées à l'officier de police judiciaire ou à l'agent étranger infiltré à l'occasion de cette confrontation ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet de révéler, directement ou indirectement, sa véritable identité.

Art. 48-23.– Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par les officiers de police judiciaire ou agents étrangers ayant procédé à une opération d'infiltration.

Les dispositions du présent article ne sont cependant pas applicables lorsque les officiers de police judiciaire ou les agents étrangers déposent sous leur véritable identité.“

III) A l'article 51 du Code d'instruction criminelle, il est inséré après le paragraphe (2) le paragraphe (3) suivant, le paragraphe (3) actuel devenant ainsi le paragraphe (4):

„(3) Le juge d'instruction peut décider une observation dans les conditions des articles 48-12 à 48-16 ou une infiltration dans les conditions des articles 48-17 à 48-23.“

Art. 2.– Le Code pénal est complété comme suit:

Il est inséré au Chapitre VIbis du Titre VIII du Livre II du Code pénal, après l'article 458, un article 458-1, rédigé comme suit:

„Ceux qui auront révélé, même en justice, l'identité d'un officier de police judiciaire ou d'un agent étranger effectuant ou ayant effectué une infiltration en application des articles 48-17 à 48-23 du Code d'instruction criminelle seront punis d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 2.500 à 75.000 euros.

Si cette révélation a causé des menaces, violences, coups ou blessures à l'encontre de ces personnes ou de tiers, les peines seront portées à un emprisonnement de cinq ans à dix ans de réclusion et une amende de 5.000 à 100.000 euros.

Si cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de tiers, les peines seront portées à la réclusion de quinze à vingt ans et une amende de 10.000 à 150.000 euros.“

Luxembourg, le 22 avril 2009

Le Rapporteur,
Gilles ROTH

La Présidente,
Christine DOERNER

