

N° 7510²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant approbation du Deuxième Protocole additionnel, ouvert à la signature, à Strasbourg, le 8 novembre 2001, à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, ouverte à la signature, à Strasbourg, le 20 avril 1959

* * *

AVIS DU PARQUET GENERAL

(17.2.2020)

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale est réglementée par un système de coopération organisé en cercles concentriques. Le cercle central est constitué par les règles régissant en la matière les rapports entre le Luxembourg et les autres Etats membres de l'Union européenne, à savoir essentiellement, en matière d'obtention de preuves, la loi du 1^{er} août 2018 portant transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale¹ et, en matière de saisie en vue de la confiscation et de reconnaissance de décisions de confiscation, le règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation². Ce cercle est caractérisé par un degré de coopération très développé, fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle, qui implique la reconnaissance et l'exécution en principe automatique, sous réserve de causes de refus limitativement énoncés, des décisions prises par les autorités compétentes de l'Etat requérant par celles de l'Etat requis. Le cercle le plus éloigné est formé par les règles régissant l'entraide avec les Etats qui ne sont liés avec le Luxembourg par aucun instrument, à savoir essentiellement³ la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale⁴. Celle-ci régit l'exécution au Luxembourg de demandes d'entraide étrangères, et encore seulement pour autant que celles-ci tendent à l'exécution de mesures coercitives, dans le cadre de laquelle la loi laisse une certaine marge d'appréciation aux autorités luxembourgeoises requises⁵. En revanche, les autorités judiciaires luxembourgeoises qui souhaitent obtenir l'entraide judiciaire d'un Etat étranger avec lequel le Luxembourg n'est lié par un accord international en matière d'entraide judiciaire sont réduites à appeler au bon vouloir de cet Etat. Leur seul argument est de proposer la réciprocité, ce qui est évidemment facilité par la loi de 2000, qui définit un cadre complet d'exécution applicable pour toute demande d'entraide visant des mesures coercitives adressée au Luxembourg par un Etat non lié à ce dernier par un accord international.

La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale fait partie d'un cercle intermédiaire d'instruments, situé entre celui, de forte intégration, liant le Luxembourg aux autres Etats

1 Mémorial, A, 2018, n° 787. Cette loi transpose la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (Journal officiel de l'Union européenne L 130 du 1.5.2014, page 1).

2 Journal officiel de l'Union européenne L 303 du 28.11.2018, page 1. Ce règlement s'appliquera à partir du 19 décembre 2020 (Article 40 du règlement). Il appelle une législation de mise en conformité, qui est en voie de préparation au Ministère de la Justice.

3 Une référence serait susceptible d'être faite à ce sujet également au Titre VIII du Livre II du Code de procédure pénale, relatif aux demandes d'exequatur de décisions étrangères de confiscation et de restitution (Articles 659 à 668).

4 Un texte coordonné à jour de cette loi est publié dans le Recueil « *Cours et tribunaux* », figurant sur le site internet LEGILUX (dans l'édition actuelle, à jour au 14 décembre 2019, à la page 113).

5 Voir à ce sujet les causes de refus facultatifs prévues par l'article 3 de la loi de 2000.

membres de l'Union européenne et celui du degré minimal de coopération applicable en l'absence de tout accord international. Dans le cadre de ce cercle intermédiaire la Convention est, eu égard à son domaine d'application et au nombre d'Etats liés, même le plus important instrument. Elle s'applique, en effet, contrairement à la loi de 2000, à toute forme d'entraide judiciaire pénale, qu'elle soit coercitive ou non-coercitive. Son texte de base, donc la Convention dans sa version originale du 20 avril 1959 (Série des traités européens (« STE ») n° 30), lie 50 pays. Parmi ces derniers figurent les Etats membres de l'Union européenne. Comme la Convention a été remplacée dans leurs rapports mutuels par d'autres instruments, elle ne s'applique, en principe, plus dans le cadre de ces rapports⁶. Parmi les pays liés figurent également des pays non membres de l'Union européenne, mais membres du Conseil de l'Europe, dont le Royaume-Uni⁷ et la Fédération de Russie, ainsi que des pays tiers, à savoir le Chili, Israël et la République de Corée.

La Convention de 1959 a été complétée par un Protocole additionnel du 17 mars 1978 (STE n° 99), dont l'objet principal a été de faciliter l'application de la Convention en matière d'infractions fiscales.

Elle a enfin été complétée par un Deuxième Protocole additionnel du 8 novembre 2001 (STE n° 182), qui constitue l'objet du présent projet de loi.

Le but de ce Protocole est d'actualiser « *les dispositions régissant actuellement l'entraide judiciaire, en diversifiant les situations dans lesquelles celle-ci peut être demandée, en facilitant cette entraide et en la rendant plus rapide et plus souple* »⁸. Adopté en 2001, il a visé à étendre aux paries à la Convention de 1959 autres que les Etats membres de l'Union européenne les développements alors récents du droit de cette Union en matière d'entraide, tels qu'ils se sont manifestés par la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union

6 La directive 2014/41 dispose formellement qu'elle remplace dans les rapports entre les Etats membres liés par elle les dispositions correspondantes de la Convention de 1959 (Article 34, paragraphe 1, sous a), de la directive). Il est cependant à préciser que la directive ne s'applique pas au Danemark (considérant 45 de la directive) et à l'Irlande (considérant 44 de la directive). Les rapports entre ces pays et les autres Etats membres restent donc régis par la Convention, telle qu'elle a été complétée notamment par la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne et son Protocole du 16 octobre 2001 (Journal officiel de l'Union européenne C 197 du 12.7.2000, page 1 et C 326 du 21.11.2001, page 1 ; la Convention de 2000 et le Protocole de 2001 ont été approuvés par une loi du 27 octobre 2010 (Mémorial, A, 2010, n° 194, page 3194)). La Convention de 2000 dispose, en effet, qu'elle a pour objet de compléter les dispositions et de faciliter l'application entre les Etats membres de l'Union européenne notamment de la Convention de 1959, qu'elle n'entend donc pas remplacer (Article 1, paragraphe 1, sous a), de la Convention de 2000). Il est à préciser par ailleurs que la directive ne s'applique pas à toutes les mesures d'enquête visant à recueillir des preuves. Elle ne s'applique, en effet, ni aux équipes communes d'enquête (considérant n° 8 et article 3 de la directive), ni à l'observation transfrontalière (considérant n° 9 de la directive).

7 Le Royaume-Uni a quitté l'Union européenne le 31 janvier 2020 sur base de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne, le délai prévu par l'article 50, paragraphe 3, de ce Traité ayant été prorogé à cette date par la décision (UE) 2019/1810 du Conseil européen prise en accord avec le Royaume-Uni du 29 octobre 2019 prorogeant le délai au titre de l'article 50, paragraphe 3, du TUE (Journal officiel de l'Union européenne L 278 du 30.10.2019, page 1). Sur base de l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (2019/C 144 1101) (Journal officiel de l'Union européenne C 144I du 25.4.2019, page 1, cet Accord ayant donné lieu à la décision (UE) 2019/642 du Conseil du 13 avril 2019 (Journal officiel de l'Union européenne LI 110 du 25.4.2019, page 1) autorisant la signature, au nom de l'Union et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, de l'Accord sur le retrait) le Royaume-Uni, ainsi que les Etats membres en cas de situations impliquant le Royaume-Uni, la directive 2014/41 et la Convention de 2000 ainsi que le Protocole de 2001 continuent à s'appliquer en ce qui concerne les décisions d'enquête européenne et les demandes d'entraide judiciaire reçues à ce titre par l'autorité centrale ou l'autorité judiciaire avant la fin de la période de transition, qui se termine le 31 décembre 2020 (Articles 62, paragraphe 1, sous a) et 1) et 126 de l'Accord). La portée des relations postérieures à cette date dépendra de l'issue des négociations actuellement en cours entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. A défaut d'accord retenant une solution alternative, le Luxembourg restera à ce moment lié au Royaume-Uni par la Convention de 1959 et ses Protocoles additionnels, le Royaume-Uni s'étant retiré de l'Union européenne, mais non du Conseil de l'Europe, dont la Convention de 1959 et ses Protocoles constituent des instruments.

8 Rapport explicatif du Deuxième Protocole, point 7.

européenne et dix années auparavant par la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen, le 19 juin 1990⁹.

Ainsi qu'il a été vu ci-avant, le droit de l'Union européenne en matière d'entraide judiciaire a depuis la Convention de 2000 continué à évoluer, notamment par la directive 2014/41 et le règlement 2018/1805. Le Deuxième Protocole additionnel, si, eu égard à sa date d'adoption, il ne partage forcément pas ces évolutions, constitue néanmoins en l'état parmi les instruments du Conseil de l'Europe le texte le plus développé en la matière.

Une première série de dispositions du Protocole se limitent à modifier la Convention de 1959 sur certains points.

Il en est ainsi de l'extension, sur le modèle de la Convention Schengen¹⁰, de l'entraide judiciaire aux procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de la Partie requérante ou de la Partie requise au titre d'infractions aux règlements poursuivis par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale¹¹. Il s'agit de « *la catégorie juridique du « droit pénal administratif» [qui] est souvent mentionnée à propos de sa variante allemande, à savoir l'Ordnungswidrigkeit* »¹². Il s'entend que cette notion ne s'étend pas « *aux procédures administratives sans caractère pénal* »¹³.

Dans cette même logique, d'une modification des textes existants de la Convention de 1959, le Protocole entend faciliter le recours à la présence d'autorités de la Partie requérante¹⁴. Il précise que le transfèrement temporaire prévu par l'article 11 de la Convention ne saurait avoir comme finalité d'assurer la comparution du suspect aux fins de jugement, ce qui suppose une extradition¹⁵. Il autorise la transmission des demandes par voie directe, restreint celle par la voie d'Interpol aux cas d'urgence et autorise une transmission par voie de moyens électroniques¹⁶. Il rappelle la règle générale de la gratuité de l'entraide judiciaire, mais excepte de ce principe, outre les frais occasionnés par l'intervention d'experts ou par le transfèrement de personnes détenues, déjà exceptés par la Convention de 1959, le coût de l'établissement d'une liaison vidéo ou téléphonique ou causé par la mise à disposition de cette liaison, la rémunération des interprètes, les indemnités versées aux témoins ainsi que leurs frais de déplacement et tous les frais importants ou extraordinaires¹⁷. Il oblige les Etats parties à indiquer quelles autorités sont censées être les autorités judiciaires aux fins de la Convention, cette indication n'ayant été jusqu'à présent que facultative¹⁸. Il dispose qu'en cas de remise d'actes de procédure ou de décisions judiciaires ceux-ci doivent certes toujours être remis dans la langue dans laquelle ils ont été produits, mais que si l'autorité requérante sait, ou a des raisons de considérer, que le destinataire

9 Idem, point 9. S'agissant de la Convention de 2000, voir les références citées ci-avant dans la note de bas de page n° 6. La Convention d'application de l'Accord de Schengen a été approuvée par une loi du 3 juillet 1992 (Mémorial, A, 1992, n° 51, page 1574). Elle a été intégrée ensemble avec d'autres dispositions adoptées à sa suite sous la qualification d'« *acquis de Schengen* » au droit de l'Union européenne sur base d'un Protocole issu du Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997 (Journal officiel des Communautés européenne C 340 du 10.11.1997, page 1, voir page 93). Cette intégration au droit de l'Union européenne a été réalisée par la décision 1999/435/CE du Conseil du 20 mai 1999 relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis (Journal officiel des Communautés européennes L 176 du 10.7 1999, page 1). Le Protocole sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne figure actuellement comme Protocole n° 19 sous le Traité de l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Journal officiel de l'Union européenne C 115 du 9.5.2008, page 290). La Convention d'application de l'Accord de Schengen a été modifiée par la Convention de 2000 (Article 2, paragraphe 2) et le Protocole de 2001 (Article 8, paragraphe 3).

10 Voir l'article 51, sous a), de la Convention Schengen. Une disposition similaire figure à l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de 2000.

11 Article 1, paragraphe 3, nouveau de la Convention de 1959, tel que prévu par l'article 1 du Deuxième Protocole additionnel.

12 Rapport explicatif du Protocole, point 20.

13 Idem, point 22.

14 Article 2 du Protocole, complétant l'article 4 de la Convention.

15 Article 3 du Protocole, modifiant l'article 11 de la Convention.

16 Article 4 du Protocole, modifiant l'article 15 de la Convention.

17 Article 5 du Protocole, modifiant l'article 20 de la Convention.

18 Article 6 du Protocole, modifiant l'article 24 de la Convention.

ne connaît qu'une autre langue, les documents, ou au moins les passages les plus importants de ceux-ci, doivent être accompagnés d'une traduction dans cette autre langue¹⁹.

Une deuxième série de dispositions du Protocole modifie les conditions d'exécution des demandes d'entraide. En premier lieu, dans le souci d'éviter des refus d'entraide, le Protocole réserve à la Partie requise le droit de différer l'exécution d'une demande d'entraide si une exécution immédiate risque d'avoir une incidence négative sur une poursuite en cours dans son pays²⁰. En deuxième lieu, il impose à la Partie requise d'exécuter la demande d'entraide en respectant les formalités ou la procédure imposée par la législation de la Partie requérante dans toute la mesure où cela n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit²¹. En troisième lieu, il impose aux autorités compétentes de la Partie requérante et de la Partie requise de faire « *de leur mieux* » pour convenir des mesures visant la protection d'un témoin qui est l'objet d'une demande d'entraide et qui risque d'être exposé à une intimidation ou qui a besoin de protection²². En quatrième lieu, il permet à la Partie requise de demander à la Partie requérante de veiller à ce que la demande d'entraide et son contenu restent confidentiels, sauf dans la mesure où cela n'est pas compatible avec l'exécution de la demande, la Partie requise devant informer la Partie requérante si elle ne peut pas se conformer à ces impératifs de confidentialité²³.

Une troisième série de dispositions du Protocole introduit de nouvelles formes d'entraide judiciaire reprises de la Convention de 2000 et de la Convention Schengen. Il en est ainsi de l'audition par vidéoconférence²⁴ ou par conférence téléphonique²⁵, de la transmission spontanée d'informations²⁶, de la mise à disposition d'objets obtenus par des moyens illicites en vue de leur restitution à leur propriétaire légitime²⁷, du transfèrement temporaire aux fins d'exécution d'une demande d'instruction sur le territoire de la Partie requise de personnes détenues sur le territoire de la Partie requérante²⁸, de la comparution personnelle aux fins de révision du jugement de condamnation sur le territoire de la Partie requérante d'une personne condamnée par les juridictions de cette Partie et purgeant, suite à son transfèrement, sa peine sur le territoire de la Partie requise²⁹, de la remise directe d'actes de procédure et de décisions judiciaires par voie postale³⁰, de l'observation transfrontalière³¹, de la livraison surveillée³², d'enquêtes discrètes³³ ou d'équipes communes d'enquête³⁴. Le Protocole régleme également dans le cadre de l'exécution d'observations transfrontalières, de livraisons surveillées, d'enquêtes discrètes et d'équipes communes d'enquête la responsabilité pénale et civile des fonctionnaires de la Partie requérante qui se trouvent en mission sur le territoire de la Partie requise³⁵. Il prévoit l'exécution par la Partie requise en conformité avec sa loi nationale, sur demande de la Partie requérante, de mesures provisoires en vue de préserver des moyens de preuve, de maintenir une situation existante, ou de protéger des intérêts juridiques menacés³⁶.

Ces formes et modalités d'entraide sont de pratique courante dans le cadre des rapports entre les Etats de l'Union européenne. L'approbation du Deuxième Protocole aura pour effet de les étendre aux Etats non membres de l'Union européenne qui sont parties au Protocole, à savoir l'Albanie, l'Arménie,

19 Article 15 du Protocole, se rapportant à l'article 7 de la Convention et s'inspirant de l'article 5, paragraphe 3, de la Convention de 2000.

20 Article 7 du Protocole.

21 Article 8 du Protocole, qui s'inspire de l'article 4 de la Convention de 2000.

22 Article 23 du Protocole.

23 Article 25 du Protocole.

24 Article 9 du Protocole, qui reprend l'article 10 de la Convention de 2000.

25 Article 10 du Protocole, qui s'inspire de l'article 11 de la Convention de 2000.

26 Article 11 du Protocole, qui s'inspire de l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg, le 8 novembre 1990 (STE n° 141) (approuvée par une loi du 14 juin 2001 (Mémorial, A, 2001, n° 81, page 1708)) et de l'article 7 de la Convention de 2000.

27 Article 12 du Protocole, qui s'inspire de l'article 8 de la Convention de 2000.

28 Article 13 du Protocole, qui s'inspire de l'article 9 de la Convention de 2000.

29 Article 14 du Protocole (constituant une disposition inédite).

30 Article 16 du Protocole, qui s'inspire de l'article 5 de la Convention de 2000.

31 Article 17 du Protocole, qui s'inspire de l'article 40 de la Convention Schengen.

32 Article 18 du Protocole, qui s'inspire de l'article 12 de la Convention de 2000.

33 Article 19 du Protocole, qui s'inspire de l'article 14 de la Convention de 2000.

34 Article 20 du Protocole, qui s'inspire de l'article 13 de la Convention de 2000.

35 Articles 21 et 22 du Protocole, qui s'inspirent des articles 15 et 16 de la Convention de 2000.

36 Article 24 du Protocole.

la Bosnie-Herzégovine, le Chili, la Fédération de Russie, la Géorgie, l'Islande, Israël, la Macédoine du Nord, le Monténégro, la Norvège, la République de Moldova, le Royaume-Uni, la Serbie, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine. Si parmi ces Etats tous ceux qui sont membres du Conseil de l'Europe sont également parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE n° 5), il n'existe pas forcément entre les Etats parties au Protocole une communauté de valeur aussi intense que celle existant entre les Etats membres de l'Union européenne, qui « *est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que du respect des droits de l'homme, y compris des droits de personnes appartenant à des minorités* »³⁷. De telles considérations n'ont cependant pas empêché l'ensemble des membres de l'Union européenne, à la seule exception jusqu'à présent de la Grèce et du Luxembourg, de devenir parties au Protocole. Il est vrai qu'il n'y a pas lieu de nourrir de ce point de vue des craintes excessives, alors que, comme le Protocole complète la Convention de 1959³⁸, des demandes d'entraide fondées sur le premier sont susceptibles d'être refusées par les motifs prévus à l'article 2 de la seconde³⁹ et que l'admission des mesures d'entraide les plus délicates du point de vue des droits d'autrui et de la présence d'agents de l'Etat requérant sur le territoire de l'Etat requis, à savoir les enquêtes discrètes et les équipes communes d'enquête, est seulement facultative⁴⁰.

Le Luxembourg a approuvé tant la Convention de 1959 (STE n° 30)⁴¹ que son Protocole additionnel de 1978 (STE n° 99)⁴². Au sujet de ce dernier il y a lieu de préciser que le Gouvernement avait déposé conformément à la loi d'approbation un certain nombre de réserves, qui ont cependant été retirées ou modifiées par une loi postérieure⁴³. Au regard d'une publication y relative au Mémorial, ce retrait a fait l'objet d'une note verbale de la Représentation Permanente du Luxembourg, enregistrée au Secrétariat général du Conseil de l'Europe⁴⁴. La réserve retirée figure toutefois toujours sur le site Internet du Conseil de l'Europe tandis que la modification de la réserve maintenue n'y est pas encore publiée⁴⁵.

Le Luxembourg a signé le Deuxième Protocole (STE n° 182) en date du 30 janvier 2008, donc il y a plus de douze ans. Comme rappelé ci-avant, tous les autres Etats membres de l'Union européenne ont approuvé ce Protocole, à la seule exception, outre du Luxembourg, de la Grèce. En approuvant l'instrument notre pays ne fait donc aucun cavalier seul, ni s'avance sur un terrain inconnu.

Le projet de loi sous avis propose de subordonner l'approbation de certaines dispositions du Protocole à des déclarations. Celles-ci sont au nombre de quatorze. Elles sont susceptibles d'être regroupées en dix catégories.

1) Transfèrement temporaire de personnes détenues sur le territoire de la Partie requérante (article 11 de la Convention 1959, modifié par l'article 3 du Protocole)

Le Luxembourg rappelle sa réserve tirée de ce qu'il n'accordera le transfèrement que s'il s'agit d'une personne qui subit une peine sur son territoire et si des considérations spéciales ne s'y opposent pas⁴⁶. Cette réserve avait été élaborée en commun par les Ministres de la Justice des pays du Benelux⁴⁷.

³⁷ Article 2, première phrase, du Traité sur l'Union européenne.

³⁸ Voir également sur ce point le Commentaire de l'article 3 du projet de loi (Document parlementaire n° 7510, page 23, sous « Article 3 », troisième alinéa, au sujet de l'article 5 de la Convention de 1959, ce raisonnement valant *mutatis mutandis* pour l'article 2 de cette Convention).

³⁹ Un tel refus facultatif est prévu notamment pour des infractions prévues par la partie requise comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques (Article 2, sous a), de la Convention de 1959), soit si l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays (Article 2, sous b), de la même Convention).

⁴⁰ Articles 19, paragraphe 1, et 20, paragraphe 1, du Protocole.

⁴¹ La Convention de 1959 (STE n° 30) a été approuvée par une loi du 21 juillet 1976 (Mémorial, A, 1976, n° 42, page 727).

⁴² Le Protocole additionnel de 1978 (STE n° 99) a été approuvée par une loi du 27 août 1997 66, page 2078).

⁴³ Article 20 de la loi du 23 décembre 2016 portant mise en oeuvre de la réforme fiscale 2017 (Mémorial, A, 2016, n° 271, page 5139, voir page 5155).

⁴⁴ Mémorial, A, 2018, n° 1182.

⁴⁵ https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/099/declarations?p_auth=n97k23Zh (page consultée le 14 février 2020).

⁴⁶ Article 2, point 1, du projet de loi.

⁴⁷ Projet de loi n° 1932, Rapport de la Commission juridique de la Chambre des Députés du 31 mars 1976, page 517, cinquième alinéa.

Elle a été maintenue par la Belgique et les Pays-Bas⁴⁸. Il est à rendre attentif à ce que la Belgique a clarifié dans une réserve complémentaire faite à l'occasion du dépôt de l'instrument de ratification du Protocole que :

*« En ce qui concerne l'article 3 du Protocole, le gouvernement du Royaume de Belgique n'accordera le transfèrement temporaire prévu par cet article que s'il s'agit d'une personne qui subit une peine définitive sur son territoire, à l'exclusion de toute personne se trouvant en détention préventive »*⁴⁹.

Cette précision a été justifiée par le souci de souligner l'objectif d'éviter tout transfert à l'étranger d'une personne sous les liens d'un mandat d'arrêt ou de dépôt⁵⁰. L'exclusion du transfèrement de personnes se trouvant en détention préventive résulte cependant déjà à suffisance de la précision que seules les personnes subissant une peine sont susceptibles de faire l'objet d'une telle mesure. Il ne paraît dès lors pas indispensable de suivre sur ce point le législateur belge.

Il est admis en Belgique que la décision d'accepter la demande de transfèrement de l'autorité étrangère vaut titre de détention provisoires⁵¹.

2) Procédure de transmission des demandes d'entraide (article 15 de la Convention de 1959, remplacé par l'article 4 du Protocole)

L'article 4 du Protocole remplace l'article 15 de la Convention de 1959, relatif à la transmission des demandes d'entraide. A cet égard, le projet de loi propose de procéder à quatre déclarations.

a) Déclaration relative à l'article 15, paragraphe 6, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole (demandes de copies de sentences pénales)

L'article 15, paragraphe 6, nouveau, de la Convention se réfère à l'article 22, paragraphe 2, de celle-ci, tel qu'il a été ajouté par l'article 4 du Protocole de 1978 (STE n° 99).

L'article 22 de la Convention est relatif à l'échange d'avis de condamnation. Il impose dans son premier paragraphe aux Etats de donner à toute autre Etat lié par la Convention avis des sentences pénales et des mesures postérieures qui concernent des ressortissants de ce dernier et qui ont fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire.

Il a été complété par l'article 4 du Protocole de 1978 d'un paragraphe 2, disposant que tout Etat qui a donné les avis précités communiquera aux autres Etats, à leur demande, dans des cas particuliers, copie des sentences pénales et des mesures, ainsi que tout autre renseignement s'y référant, pour lui permettre d'examiner si elles requièrent des mesures internes.

Ce paragraphe 2 disposait que cette communication devrait se faire entre Ministères de la Justice.

Le Deuxième Protocole additionnel (STE n° 182), que le projet de loi entend adopter, dispose dans son article 4 que la Convention de 1959 disposera dorénavant, dans un article 15, paragraphe 6, que ces demandes de copie des sentences et mesures pourront être adressées directement aux autorités compétentes, tout Etat pouvant indiquer les autorités considérées comme compétentes.

Le projet de loi propose de désigner à ce titre le Procureur général d'Etat.

Comme cette autorité judiciaire est compétente pour la gestion du casier judiciaire⁵², cette désignation se justifie.

⁴⁸ https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030/declarations?p_auth=ZhuIyW3 (page consultée le 14 février 2020).

⁴⁹ Voir la référence citée ci-avant à la note de bas de page n° 45.

⁵⁰ Projet de loi belge portant assentiment du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, fait à Strasbourg le 8 novembre 2001, Exposé des motifs, Commentaire de l'article 3 du Protocole (Sénat de Belgique, Session 2007-2008, Document n° 4-943/1, version PDF, page 6, premier alinéa).

⁵¹ Idem, page 5, dernier alinéa.

⁵² Voir la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne (la loi originale a été publiée au Mémorial, A, 2013, n° 85, page 990), dont l'article 1^{er}, paragraphe 1, dispose que « le casier judiciaire est tenu sous la responsabilité du procureur général d'Etat ».

b) Déclaration relative à l'article 15, paragraphes 3 et 8, lettre d, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole (transmission en matière de demandes relevant du droit pénal administratif)

Le Protocole remplace, dans son article 1^{er}, l'article 1^{er} de la Convention de 1959. Ce dernier comprend dorénavant un paragraphe 3 disposant que « *l'entraide judiciaire pourra également être accordée dans les procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de la Partie requérante ou de la Partie requise au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale* ». Cette innovation, faite sur le modèle de la Convention Schengen et de la Convention de 2000, autorisant l'entraide pour des infractions relevant du droit pénal administratif, a été évoquée ci-avant.

L'article 15, paragraphe 3, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole, autorise à cet égard une transmission directe de la demande par l'autorité administrative ou judiciaire de la Partie requérante à l'autorité administrative ou judiciaire de la Partie requise. L'article 15, paragraphe 8, lettre d, autorise les Parties à exiger que les demandes soient adressées par une autre voie. Sur base de cette disposition le projet de loi propose d'imposer aux autorités administratives des autres Etats liés par la Convention d'adresser leurs demandes d'entraide au titre de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de celle-ci aux autorités judiciaires.

Cette solution est à approuver. Les autorités judiciaires, en tout cas les magistrats du Ministère public et les juges d'instruction, sont, en effet, familiarisées avec l'entraide judiciaire.

Il s'ajoute que le droit luxembourgeois ne connaît pas le concept de droit pénal administratif, donc ne comporte pas d'autorités administratives qui en seraient en charge et susceptibles de constituer des autorités réceptrices de demandes. Le projet de loi ne propose d'ailleurs pas de faire une déclaration au titre de l'article 27 du Protocole, disposant que « *tout Etat pourra, à tout moment, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, indiquer quelles autorités elle considérera comme des autorités administratives au sens de l'article 1, paragraphe 3, de la Convention* ». Le Luxembourg ne considère donc pas qu'une autorité administrative serait compétente pour émettre une demande d'entraide au titre du droit pénal administratif.

La notion d'autorités judiciaires est précisée par la déclaration faite par le Luxembourg au titre de l'article 24 de la Convention de 1959, selon laquelle « *il faut entendre par autorités judiciaires au sens de la Convention les membres du pouvoir judiciaire chargés de droit le droit, les juges d'instruction et les membres du Ministère public* ».

c) Déclaration relative à l'article 15, paragraphe 8, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole (transmission de demandes d'entraide à des fins coercitives)

Sur base de l'article 15, paragraphe 8, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole, le projet de loi propose d'imposer la transmission de demandes d'entraide coercitives au Procureur général d'Etat. Cette solution se justifie au regard de la loi de 2000 et de celle du 1^{er} août 2018 portant transposition de la directive 2014/41, qui confère cette même compétence à cette autorité dans le cadre de demandes d'entraide ou de décisions d'enquête européenne à des fins coercitives.

d) Déclaration relative à l'article 15, paragraphe 9, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole (transmission de demandes d'entraide par voie de moyens électroniques de communication)

L'article 15, paragraphe 9, nouveau, de la Convention de 1959, tel que remplacé par l'article 4 du Protocole, dispose que les demandes d'entraide judiciaire peuvent être faites par voie de moyens électroniques de communication, ou par tout autre moyen de télécommunication. Cette faculté est cependant subordonnée à la condition que la Partie requérante soit prête à produire à tout moment, sur demande, une trace écrite de l'expédition ainsi que l'original. Tout Etat contactant peut cependant, par

déclaration, indiquer les conditions dans lesquelles il est prêt à accepter et à mettre en exécution des demandes reçues par voie électronique ou tout autre moyen de télécommunication.

Le projet de loi propose de déposer à ce sujet une déclaration suivant laquelle, en cas de transmission d'une demande par voie électronique ou par tout autre moyen de télécommunication, l'autorité requérante devra transmettre simultanément la demande dans sa version originale écrite. Cette solution correspond en substance à celle qui a été retenue par la Convention de 2000, qui dispose que les demandes d'entraide « sont fait[e]s par écrit ou par tout moyen permettant d'en obtenir une trace écrite dans des conditions permettant à l'Etat membre destinataire d'en vérifier l'authenticité »⁵³. Elle se justifie dans l'attente de l'élaboration de standards communs de transmission de données assurant l'authenticité de celles-ci.

3) Transmission spontanée d'informations (article 11 du Protocole)

L'article 11 du Protocole autorise les autorités compétentes des Parties de transmettre sans demande préalable aux autorités compétentes des autres Parties des informations recueillies dans le cadre de leurs propres enquêtes lorsqu'elles estiment que cette communication pourrait aider la Partie destinataire à engager ou à mener à bien des investigations ou des procédures ou lorsque ces informations pourraient aboutir à une demande d'entraide judiciaire formulée par cette Partie.

La Partie qui fournit l'information peut, conformément à son droit national, soumettre à certaines conditions son utilisation par la Partie destinataire, qui est tenue de respecter ces conditions.

L'article 11, paragraphe 4, autorise cependant les Etats à déclarer qu'ils ne se soumettent pas aux conditions ainsi imposées, à moins qu'ils aient été avisés au préalable de la nature de l'information à fournir et qu'ils acceptent que cette dernière leur soit transmise.

Le projet de loi propose de faire usage de ce droit, donc de déclarer que les autorités luxembourgeoises ne se soumettront à des conditions accompagnant la transmission spontanée d'informations que si elles ont été avisées au préalable de la nature des informations transmises et qu'elles ont accepté la transmission. Une déclaration similaire a été faite par 12 Etats parmi les 41 qui sont parties au Protocole, dont l'Allemagne et la Belgique⁵⁴.

Au cours des travaux préparatoires de la loi belge d'approbation du Protocole, l'usage de cette déclaration a été motivé comme suit :

« En vertu du § 2 du même article [11], l'utilisation de l'information fournie en application de cet article peut être soumise à certaines conditions et le § 3 dispose qu'en pareil cas, la Partie destinataire est tenue de respecter ces conditions. En fait, la Partie destinataire n'est liée par les conditions de la Partie d'envoi que dans la mesure où cette Partie destinataire accepte l'information spontanée. En acceptant cette information, elle accepte également ipso facto de respecter les conditions dont est assortie la transmission.

Cette formule à prendre ou à laisser pourrait entraîner des difficultés pour un parquet belge destinataire de telles informations si ces dernières consistant en une dénonciation de crimes ou délits, déterminés commis en Belgique, devaient – par exemple – lui être transmises sous la condition de ne pas les exploiter à des fins répressives. »⁵⁵.

Ces motifs pertinents sont de nature à justifier la déclaration proposée.

4) Langue des actes de procédure (article 15 du Protocole)

Lors de l'approbation de la Convention de 1959, le Luxembourg a déclaré qu'il « exigera que les demandes d'entraide judiciaire et pièces annexes qui lui sont adressées soient accompagnées d'une traduction soit en français, soit en allemand, soit en anglais »⁵⁶. Le projet de loi propose de rappeler cette déclaration dans son article 2, point 7).

⁵³ Article 6, paragraphe 1, alinéa 1, première phrase, de la Convention de 2000.

⁵⁴ Les pays ayant déposé une telle déclaration sont l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Fédération de Russie, la Géorgie, Israël, la Lettonie, la République de Moldova, la République slovaque, le Royaume-Uni et l'Ukraine.

⁵⁵ Projet de loi belge précité, page 11, deuxième et troisième alinéa.

⁵⁶ Déclaration du Luxembourg au sujet de l'article 16 de la Convention de 1959.

Ce rappel est effectué dans le cadre de l'article 15 du Protocole. Ce dernier est relatif à deux formes d'entraide prévues respectivement par les articles 7 de la Convention de 1959 et 3 du Protocole additionnel de 1978 (STE n° 99). Le premier de ces textes est relatif à la remise par l'Etat requis au destinataire d'actes de procédure et de décisions judiciaires envoyés à cette fin par l'Etat requérant. Le second concerne la notification d'actes visant l'exécution d'une peine, le recouvrement d'une amende ou le paiement des frais de procédure⁵⁷.

L'article 15 du Deuxième Protocole additionnel, à adopter, définit la langue dans laquelle ces actes et décisions doivent être rédigés. Ils sont en principe transmis par l'Etat requis au destinataire dans la langue dans laquelle ils ont été produits par l'Etat requérant⁵⁸. Ce principe trouve deux exceptions, dont la première a été conçue dans l'intérêt du destinataire et la seconde dans celui des autorités de l'Etat requis. La première exception consiste dans l'obligation pour l'Etat requérant de mettre à disposition du destinataire une traduction des documents ou des passages les plus importants de ces derniers dans une langue connue par le destinataire dès lors que l'Etat requérant sait, ou a des raisons de considérer, que le destinataire ne connaît que cette langue⁵⁹. La seconde exception consiste dans l'obligation pour l'Etat requérant de faire accompagner, à l'attention des autorités de l'Etat requis, les documents d'un court sommaire de leur contenu traduit dans la langue de cet Etat⁶⁰.

Ces deux exceptions, qui concernent les documents à remettre, s'appliquent nonobstant les dispositions de l'article 16 de la Convention de 1959. Elles sont donc étrangères à la question de savoir dans quelle langue la demande d'entraide aux fins de remise des documents doit être rédigée. Ce point est confirmé par le Rapport explicatif duquel résulte que l'article 15 du Deuxième Protocole additionnel « *n'empêche pas que l'article 16 s'applique à la demande* »⁶¹, étant précisé que cet article « *s'applique à la demande proprement dite* »⁶².

Le rappel par le projet de loi de la déclaration du Luxembourg relative à l'article 16 de la Convention de 1959 ne concerne donc que la langue dans laquelle la demande d'entraide aux fins de remise de documents est à rédiger, à l'exception de celle des documents à remettre. Il s'entend cependant que la seconde exception évoquée ci-avant, à savoir l'obligation pour l'Etat requérant d'accompagner les documents d'un court sommaire de leur contenu dans la langue de l'Etat requis implique au regard de la déclaration du Luxembourg, celle de rédiger ce sommaire en français, allemand ou anglais.

Il est dans cet ordre d'idées à rendre attentif à ce que cette solution, d'accepter les demandes d'entraide en français, allemand et anglais, a été adoptée, outre dans le cadre de la Convention de 1959, également dans la loi du 1^{er} août 2018 portant transposition de la directive 2014/41⁶³, ainsi que dans le cadre de récentes Conventions d'entraide judiciaire multilatérales, à savoir dans les lois d'approbation des Conventions dites de Mérida⁶⁴ et de Palerme⁶⁵. Par contraste, la loi de 2000, applicable en l'absence de Convention, continue à exiger une traduction en langue française ou allemande, donc ne permet pas de transmettre la demande en langue anglaise⁶⁶. Cette exigence entraîne bien souvent en pratique le résultat surprenant d'obliger les autorités luxembourgeoises à suspendre, dans l'attente de la traduction par l'autorité requérante en français ou allemand, l'exécution de demandes d'entraide, parfaitement justifiées et le cas échéant urgentes, provenant d'Etats non liés au Luxembourg par une Convention, rédigées en anglais, tant bien même que ces demandes ne donnent en fait lieu à aucun problème de compréhension.

57 Article 3, sous a), du Protocole additionnel de 1978 (STE n° 99).

58 Article 15, paragraphe 2, du Deuxième Protocole additionnel.

59 Article 15, paragraphe 3, du Deuxième Protocole additionnel.

60 Article 15, paragraphe 4, du Deuxième Protocole additionnel.

61 Rapport explicative du Deuxième Protocole additionnel, point 117.

62 Idem et loc.cit.

63 Article 11 de la loi citée : « *La décision d'enquête européenne adressée aux autorités luxembourgeoises doit être rédigée en français, allemand ou anglais ou être accompagnée d'une traduction dans l'une de ces trois langues* ».

64 Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies à New-York le 31 octobre 2003 et ouverte à la signature à Mérida (Mexique) le 9 décembre 2003, approuvée par une loi du 1^{er} août 2007 (Mémorial, A, 2007, n° 158, page 2928), disposant dans son article 3, alinéa 2, que « *les demandes sont rédigées en langue allemande, française ou anglaise ou accompagnées d'une traduction dans une de ces langues* ».

65 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies à New-York, le 15 novembre 2000, adoptée par une loi du 18 décembre 2007 (Mémorial, A, 2007, n° 242, page 4410), comprenant un article 3, alinéa 2, libellé de façon similaire.

66 Voir l'article 4, alinéa 1, sous g), de la loi de 2000.

Aux fins de résoudre cette difficulté inutile il pourrait être opportun de compléter le projet de loi par un amendement modifiant sur ce point la loi de 2000 :

« L'article 4, alinéa 1, point g), de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale est remplacé comme suit :

« une traduction en langue française, allemande ou anglaise de la demande d'entraide et des pièces à produire ».

5) Exclusion d'une remise d'actes de procédure par voie postale (article 16 du Protocole)

L'article 16 du Protocole à approuver permet aux autorités judiciaires des Etats parties d'envoyer directement des actes de procédure et des décisions judiciaires par voie postale aux personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre Etat partie.

Le projet de loi propose d'exclure l'application de cette disposition, sur base de l'article 33, paragraphe 2, du Protocole. Cette exclusion est justifiée par le souci de garantir pleinement le respect des droits de la défense⁶⁷. Elle se justifie de surcroît par le souci qu'un envoi direct par voie postale empêche l'Etat requis d'exercer tout contrôle sur l'objet et le contenu de ces actes de procédure. Or, ainsi qu'il a été évoqué ci-avant, la communauté de valeurs existant entre les Etats parties au Protocole n'est pas nécessairement aussi intense que celle existant au sein de l'Union européenne.

6) Observation transfrontalière (article 17 du Protocole)

L'article 17 du Protocole à approuver permet de recourir à des observations transfrontalières.

Le projet de loi propose, au point 9 de l'article 2, d'exclure conformément à l'article 33, paragraphe 2, la possibilité pour les autorités d'un Etat partie de continuer pour des raisons particulièrement urgentes une observation commencée sans autorisation préalable du Luxembourg. Cette solution se justifie pour le motif évoqué ci-avant sous 5), même s'il est fort peu probable que la disposition soit susceptible de s'appliquer dans les rapports entre le Luxembourg et des Etats parties au Protocole qui ne sont pas membres de l'Union européenne, au sein de laquelle la mesure est de toute façon régie par un instrument différent, à savoir par la Convention Schengen.

Le projet de loi propose en outre, au point 10 de l'article 2, de désigner le Procureur général d'Etat comme autorité compétente pour accorder ou transmettre l'autorisation demandée. Comme cette autorité à cette même mission dans le cadre de la Convention Schengen, cette désignation se justifie.

Le point 10 de l'article 2 définit enfin les agents luxembourgeois habilités à mener une observation transfrontalière. Il ne donne pas lieu à observation.

7) Livraisons surveillées (article 18 du Protocole)

L'article 18 du Protocole à approuver prévoit le recours à la mesure dite de la livraison surveillée. Celle-ci a été conçue par la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes⁶⁸. Le projet de loi propose, au point 11 de l'article 2, de désigner, conformément à l'article 18, paragraphe 4, du Protocole, comme autorités compétentes pour exercer le pouvoir d'agir, de direction et de contrôle de ces opérations lorsqu'elles ont lieu au Luxembourg ou pour les ordonner en vue de leur exécution dans un autre Etat partie au Protocole. Ces autorités sont les Procureurs d'Etat et les juges d'instruction. Cette désignation se justifie, alors que ces autorités seraient compétentes pour exécuter une telle mesure si elle avait lieu dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction préparatoire de droit interne.

⁶⁷ Commentaire de l'article 2, paragraphe 8 (Document parlementaire n° 7510, page 22, sous « Paragraphe 8 »).

⁶⁸ Rapport explicatif du Protocole, point 142. La Convention a été approuvée par une loi du 17 mars 1992 (Mémorial, A, 1992, n° 15, page 698) (voir les articles 1, point g), et 11 de cette Convention).

8) Enquêtes discrètes (article 19 du Protocole)

L'article 19 du Protocole à approuver prévoit le recours à la mesure dite de l'enquête discrète, reprise de la Convention de 2000⁶⁹ et prévue en droit interne sous la qualification d'infiltration⁷⁰. Le projet de loi propose, au point 12 de l'article 2, de désigner, conformément à l'article 19, paragraphe 4, du Protocole, les autorités compétentes pour convenir de procéder à une telle mesure au Luxembourg en exécution d'une demande d'entraide ou à l'étranger sur base d'une demande d'entraide luxembourgeoise. Ces autorités sont, conformément à ce qui est prévu en droit interne en matière d'infiltration, les Procureurs d'Etat et les juges d'instruction.

Il est à préciser que le recours à cette mesure n'est que facultatif, suppose un accord circonstancié des autorités des Etats requérant et requis et donne lieu à une exécution qui doit se faire conformément à la loi et aux procédures de l'Etat requis. Le Luxembourg en tant qu'Etat requis garde donc un contrôle certain sur l'opportunité et les conditions de mise en oeuvre du recours à cette mesure.

9) Equipes communes d'enquête (article 20 du Protocole)

L'article 20 du Protocole à approuver prévoit le recours à la mesure dite de l'équipe commune d'enquête.

Cette mesure a été conçue dans le cadre des rapports entre les Etats membres de l'Union européenne par la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête⁷¹, qui a été transposée par une loi du 21 mars 2006⁷². Les dispositions de la décision-cadre ont été reprises par la Convention de 2000⁷³, qui a été approuvée par une loi de 2010⁷⁴. Celle-ci ne comporte pas de mesure de transposition en droit interne relative à cette mesure, motif pris de ce que la Convention de 2000 reprend textuellement les dispositions de la décision-cadre, qui ont déjà été transposées par la loi de 2006⁷⁵.

Le projet de loi sous avis ne comporte pas non plus de mesure de transposition⁷⁶.

Comme le droit luxembourgeois retient une conception moniste du droit international, donc admet que la force obligatoire en droit interne d'une Convention internationale approuvée n'est pas subordonnée à la transposition de ses dispositions, une transposition ne s'impose que dans la mesure où ces dispositions ne sont pas suffisamment précises pour permettre leur application. Il est à cet effet à relever que, à la différence de ce qui vient d'être affirmé, la loi de 2006 a procédé à une transposition complète de la décision-cadre précitée parce que cet instrument, prévu par le Traité sur l'Union européenne tel qu'il était applicable à l'époque, présentait la particularité de ne lier les Etats membres que quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, l'instrument ne pouvant entraîner d'effet direct⁷⁷.

Si donc une transposition de la Convention ne s'impose que dans la mesure où ses dispositions ne sont pas suffisamment précises pour permettre leur application, de sorte que, contrairement à la loi de 2006, il n'y a pas lieu de les transposer complètement, il importe à tout le moins de préciser quelles sont au Luxembourg les autorités compétentes pour conclure l'accord relatif à la création d'une équipe commune d'enquête et quelles sont les modalités de conclusion et d'exécution de cet accord. La loi de 2006, outre qu'elle est trop détaillée parce qu'elle a dû transposer intégralement la décision-cadre, présente, eu égard à son objet, la particularité de se limiter aux équipes communes d'enquête établies

69 Rapport explicatif du Protocole, point 150. Cette mesure est prévue par l'article 14 de la Convention de 2000.

70 Articles 48-17 à 48-23 du Code de procédure pénale.

71 Journal officiel des Communautés européennes L 162 du 20.6.2002, page 1.

72 Loi du 21 mars 2006 sur les équipes communes d'enquête (Mémorial, A, 2006, n° 57, page 1162).

73 A savoir par l'article 13 de cette Convention.

74 Loi du 27 octobre 2010 portant notamment approbation de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, déjà citée ci-avant à la note de bas de page n° 6 (Mémorial, A, 2010, n° 194, page 3194)

75 Commentaire de l'article 13 de la Convention de 2000, Document parlementaire n° 6017, page 10, « *Ad article 13 de la Convention* ».

76 Commentaire de l'article 20 du Protocole, Document parlementaire n° 7510, page 31, sous « *Article 20* », dernier alinéa.

77 Article 34, paragraphe 2, sous b), du Traité sur l'Union européenne tel qu'il était en vigueur avant le Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (Journal officiel de l'Union européenne C 306 du 17.12.2007).

entre les autorités judiciaires des Etats membres de l'Union européenne. Si elle peut donc constituer une source d'inspiration d'une disposition de transposition, il n'est sans doute pas pertinent de considérer qu'elle est de nature à dispenser de toute transposition.

Il est à dès lors suggéré de compléter par amendement le projet de loi de dispositions s'inspirant des articles 2 à 4 de la loi de 2006, qui pourraient être libellées comme suit :

« **Art X**⁷⁸. 1. *Les autorités compétentes aux fins de créer une équipe commune d'enquête sur base de l'article 20 du Deuxième Protocole additionnel avec les autorités compétentes des autres Parties sont les procureurs d'Etat et les juges d'instruction.*

2. *Si elles adressent à cette fin une demande d'entraide judiciaire en matière pénale aux autorités compétentes d'une autre Partie, elles informent dans les meilleurs délais le procureur général d'Etat de la demande et des suites qui y sont réservées.*

3. *Les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale qui tendent à la création d'une équipe commune d'enquête sur base de l'article 20 du Deuxième Protocole additionnel sont à adresser par les autorités compétentes des Parties au procureur général d'Etat.*

Après avoir examiné la demande d'entraide au regard de l'article 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, le procureur général d'Etat la transmet à l'autorité judiciaire compétente s'il estime qu'aucune raison ne s'y oppose.

4. *La création d'une équipe commune d'enquête doit faire l'objet d'un accord écrit entre autorités judiciaires compétentes des Parties concernées. Cet accord est signé, pour le Grand-Duché de Luxembourg, par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction.*

L'accord précise l'objectif de l'équipe commune d'enquête, la durée pour laquelle elle est constituée, son lieu d'intervention, les moyens à mettre en oeuvre, les noms et fonctions des personnes qui composent l'équipe, les noms et fonctions de chacune des personnes qui, en fonction de l'Etat sur le territoire duquel l'équipe intervient, constitue le responsable de l'équipe, ainsi que les conditions spéciales éventuelles.

Art. XI⁷⁹. 1. *Lorsque l'équipe commune d'enquête intervient sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, les membres de celle-ci doivent mener leurs opérations conformément au droit luxembourgeois et sous l'autorité du procureur d'Etat ou du juge d'instruction qui constitue le responsable de l'équipe avec possibilité de délégation à un officier de police judiciaire.*

2. *Le procureur d'Etat ou le juge d'instruction peut décider que les membres étrangers détachés auprès de l'équipe ne peuvent pas être présents lors d'un acte d'enquête ou d'instruction déterminé.*

3. *Le procureur d'Etat ou le juge d'instruction peut confier aux membres étrangers détachés auprès de l'équipe la tâche de poser certains actes qui relèvent de la police judiciaire, sous réserve du consentement des autorités compétentes de la Partie ayant procédé à leur détachement.*

78 Le texte proposé s'inspire de l'article 2 de la loi de 2006, étant précisé qu'il suffit sans doute de renvoyer aux causes de refus, prévus par l'article 2 de la Convention de 1959 (tandis que la loi de 2006 énumère ces motifs à l'article 2, paragraphe 2, alinéa 3) et qu'il n'y a pas lieu d'énumérer les indications que doit contenir la demande d'entraide aux fins de création d'une équipe commune d'enquête, qui sont définies par l'article 20, paragraphe 2, du Protocole, qui est à compléter, s'agissant des exigences linguistiques, de la déclaration faite par le Luxembourg à l'article 16 de la Convention de 1959 (ces indications figurant à l'article 2, paragraphe 3, de la loi de 2006).

79 Le texte proposé reprend l'article 3 de la loi de 2006, sous réserve du paragraphe 4, qui correspond à l'article 20, paragraphe 3, sous c), du Protocole, donc n'a pas besoin d'être repris. Le paragraphe 4 correspond à l'article 3, paragraphe 5, de la loi de 2006, dont l'objet a été, conformément au considérant n° 9 de la décision-cadre, non formellement repris par les dispositions de celle-ci ou de celles y correspondant de la Convention de 2000, de prévoir « la possibilité pour les Etats ayant constitué une équipe commune d'enquête de faire participer des représentants d'organes internationaux, comme Europol, ou de pays tiers à l'équipe » (Rapport de la Commission juridique de la Chambre des Députés du février 2006, Document parlementaire n° 5412-4, page 6, sous « Article 3 », avant-dernier alinéa) (le considérant n° 9 de la décision-cadre évoque, au sujet des représentants des autorités d'Etats tiers, « en particulier des représentants des services répressifs des Etats-Unis »). Comme cette disposition figure dans la loi de 2006, applicable dans les rapports entre les Etats membres de l'Union européenne, il paraît adéquat de la maintenir pour des raisons de cohérence dans le cadre de la transposition du Protocole (ne serait-ce que pour éviter les difficultés qui sont susceptibles de surgir en cas de création d'une équipe commune d'enquêtes composée d'Etats membres de l'Union et d'Etats non membres de celle-ci, mais parties au Protocole).

Les membres étrangers qui se voient confier des actes en vertu du paragraphe précédent sont toujours accompagnés, dans l'accomplissement de ces actes, d'un fonctionnaire luxembourgeois ayant la qualité d'officier de police judiciaire et sous la direction duquel ils agissent, sous peine de nullité des actes posés.

Un original des procès-verbaux qu'ils ont établis et qui doit être rédigé ou traduit en langue française ou allemande est versé à la procédure luxembourgeoise.

4. Dans l'accord créant l'équipe commune d'enquête visé à l'article X, il peut être convenu que des représentants d'organes internationaux ou de pays tiers participent à l'équipe. Ils peuvent être présents lorsque des actes d'enquête ou d'instruction sont posés, moyennant l'accord du magistrat qui constitue le responsable de l'équipe. Ils ne peuvent accomplir eux-mêmes de tels actes.

Art. X2⁸⁰. *1. Lorsque l'équipe commune d'enquête intervient à l'étranger et qu'elle a besoin qu'une mesure d'enquête soit prise au Grand-Duché de Luxembourg, les membres luxembourgeois détachés auprès de l'équipe peuvent demander au procureur d'Etat ou, selon le cas, au juge d'instruction luxembourgeois d'accomplir cette mesure d'enquête sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.*

Ces mesures sont considérées par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction selon les conditions qui s'appliqueraient si elles étaient demandées dans le cadre d'une enquête ou instruction ouverte au Grand-Duché de Luxembourg.

2. Les membres luxembourgeois détachés auprès de l'équipe commune d'enquête peuvent, conformément au droit luxembourgeois et dans les limites de leurs compétences, fournir à l'équipe des informations disponibles aux fins de l'enquête ou de l'instruction préparatoire menée par l'équipe. ».

La reprise des autres dispositions de la loi de 2006 ne paraît pas indispensable dans la mesure où le Protocole, dont les articles auront par suite de son approbation force obligatoire, réglemente les questions y traitées.

10) Protection des données (article 26 du Protocole)

L'article 26 du Protocole dispose quel usage les Parties peuvent faire des données transmises en exécution d'une demande d'entraide faite au titre de la Convention de 1959 ou de l'un de ses deux Protocoles additionnels. Il s'inspire de l'article 23 de la Convention de 2000⁸¹. Dans le cadre de cet article le Luxembourg avait fait une déclaration restreignant l'usage possible des données transmises par lui ⁸².

Le projet de loi propose de reprendre cette déclaration dans le présent cadre, sur base de l'article 26, paragraphe 5, du Protocole. L'article 26, paragraphe 1, dispose que les données transmises par la Partie requise ne peuvent être utilisées par la Partie requérante qu'à trois fins limitativement énoncées, à savoir aux fins des procédures auxquelles s'applique la Convention et ses Protocoles, aux fins d'autres procédures judiciaires ou administratives directement liées à ces procédures et aux fins de prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique. En application de la déclaration du Luxembourg, ce dernier subordonne un tel usage à son accord préalable.

Il est à préciser qu'il résulte de l'article 26, paragraphe 2, du Protocole que les données peuvent être utilisées à toute autre fin, après consentement préalable, soit de la Partie qui a transmis les données, soit de la personne concernée.

⁸⁰ Le texte proposé reprend l'article 4 de la loi de 2006. Le paragraphe 2 correspond à l'article 20, paragraphe 9, du Protocole. Il pourrait dès lors éventuellement se discuter s'il y a lieu de le reprendre dans la loi d'approbation.

⁸¹ Rapport explicative du Protocole, point 197.

⁸² Article 5 de la loi du 27 octobre 2010 portant notamment approbation de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne déjà citée ci-avant à la note de bas de page n° 6 (Mémorial, A, 2010, n° 194, page 3194).

11) Modification de la déclaration du Luxembourg faite au sujet de l'article 5 de la Convention de 1959

L'article 5 de la Convention de 1959 autorise les Parties à restreindre l'admissibilité de « *commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets* ». Le Luxembourg avait déclaré à ce sujet « *que les commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie au Grand-Duché de Luxembourg ne seront exécutées que pour autant qu'elles se rapportent à des faits qui, en vertu de la Convention européenne d'extradition, peuvent donner lieu à extradition et à condition que le juge luxembourgeois en ait accordé l'exécution conformément à sa loi nationale* ».

La Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (STE n° 24) dispose dans son article 2, paragraphe 1, que « *donneront lieu à extradition les faits punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère* ». Le renvoi à cette Convention par la déclaration faite au sujet de la Convention de 1959 subordonne l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition et de saisie au principe de double incrimination, défini dans les termes de l'article 2, paragraphe 1, précité.

L'exigence tirée de ce que le juge luxembourgeois aurait dû avoir été en mesure d'exécuter la mesure en droit interne vise notamment à refuser l'admission de commissions rogatoires aux fins, non de conforter des indices existants d'une infraction, mais de découvrir des infractions encore inconnues. Son objet est donc d'éviter ce qui est décrit dans le jargon comme « *fishing expedition* ».

Or, ces restrictions ne valent formellement que pour des « *commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets* ». Par contraste, la loi de 2000 vise toutes les demandes d'entraide judiciaire « *qui tendent à, faire opérer au Grand-Duché une saisie d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature, une communication d'informations ou de documents ordonnée conformément aux articles 66-2 à 66-4 du Code d'instruction criminelle, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue* »⁸³. Il en suit que, à prendre la Convention de 1959 à la lettre, la déclaration du Luxembourg ne s'appliquerait qu'à une partie certes importante des mesures coercitives susceptibles d'être imposées au titre de l'entraide judiciaire, mais non à toutes les mesures relevant de cette catégorie. En seraient exclues notamment les mesures prévues au titre des articles 66-2 à 66-4 du Code de procédure pénale⁸⁴ ou les mesures spéciales de surveillance prévues par les articles 88-1 à 88-4 du même Code. Cette exclusion aurait l'effet paradoxal que le Luxembourg ne serait pas en mesure de refuser pour non-respect des deux conditions imposées par la déclaration faite au titre de l'article 5 de la Convention de 1959 des mesures similaires, voire autrement plus graves, que des perquisitions et saisies. Dans leur pratique courante, les autorités judiciaires ont jusqu'à présent considéré que la déclaration s'applique à toutes les mesures coercitives, sur le modèle de la loi de 2000, qui a été inspirée en partie par la déclaration en question.

Aux fins de couper court à toute discussion et d'éviter des paradoxes injustifiables, il est donc souhaitable de préciser formellement, sur le modèle de la Suisse et du Liechtenstein, que la déclaration a pour objet l'exécution d'une mesure coercitive quelconque.

*Pour le Procureur général d'État,
Le Procureur général d'État adjoint,
John PETRY*

⁸³ Article 1^{er} de la loi de 2000.

⁸⁴ Ces mesures permettent d'exiger des établissements de crédit d'informer le juge d'instruction si une personne y détient un compte et, dans l'affirmative, de communiquer les informations et les documents y relatifs (Article 66-2 du Code de procédure pénale), de l'informer pendant une période déterminée de toute opération exécutée ou prévue (Article 66-3 du même Code) ou de transmettre des informations ou documents concernant des comptes ou opérations déterminés (Article 66-4 du même Code).

