

N° 80517

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2022-2023

PROJET DE LOI

portant :

- 1° modification du Code de procédure pénale;**
- 2° modification de la loi du 17 mars 2004 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres de l'Union européenne**

* * *

AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG

(7.12.2022)

Le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n° 8051 déposé à la Chambre des Députés par Madame Sam TANSON, Ministre de la Justice, en date du 21 juillet 2022.

Le projet de loi n° 8051 a pour objet de pérenniser certaines adaptations temporaires de la procédure pénale qui avaient été introduites pendant la pandémie. Il s'agit pour l'essentiel du recours à la visioconférence et au courrier électronique.

La Cour Supérieure de Justice (doc. parl. 80651/01), le Parquet général (doc. parl. 8051/5), le Parquet de Luxembourg (doc. parl. 8051/3), les Tribunaux d'arrondissement (doc. parl. 801/02 et /6), ainsi que les Justices de paix (doc. parl. 8051/4) ont exprimé un avis favorable.

Le Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg confirme son avis globalement favorable exprimé dans un avis informel antérieur. Le présent avis n'a ainsi que pour objectif de soulever quelques points de réflexion.

L'exposé des motifs indique que le texte n'a pas rencontré de difficultés pratiques jusqu'ici et a fait ses preuves. Il faut cependant rappeler que la période d'application de ces textes temporaires était limitée. Par ailleurs, ce sont pour l'essentiel des textes rédigés et adoptés dans l'urgence qui sont pérennisés par le projet de loi. Seules quelques corrections sont apportées.

*

1 LA NUMERISATION DES ECHANGES JUDICIAIRES

Une des finalités principales du projet de loi est de permettre la communication électronique, au niveau de la notification de certaines ordonnances, au niveau de l'appel et de certaines informations fournies par le greffe.

Si on peut approuver la prise en compte des nouveaux moyens de technologie, ainsi que le gain d'efficacité qui en résulte, le Conseil de l'Ordre tient à formuler quelques réflexions plus globales dans le cadre des efforts de digitalisation de la justice et d'introduction d'un dossier pénal numérique.

1.1 Cohérence avec les règles sur le dossier pénal numérique de 2021

Par une loi de 2021, un article 136-1 a été introduit au Code de procédure pénale pour formaliser le « dossier électronique ».

Selon ce texte « tous les actes de procédure » peuvent être établis ou convertis sous format numérique. Le recours à une signature électronique « selon des modalités techniques qui garantissent que

l'acte ne peut plus être modifié », c'est-à-dire, en l'état actuel de la technologie, à une signature électronique qualifiée, est exigé. Les notifications aux avocats ne peuvent se faire qu'à l'adresse électronique professionnelle mise à disposition par les barreaux.

L'interaction entre les nouvelles dispositions et ce texte soulève quelques interrogations.

Ainsi, les ordonnances que le juge d'instruction enverra par courrier électronique doivent être revêtues d'une signature électronique qualifiée. Les informations envoyées par le greffier ne constituent pas des actes de procédure, et seraient donc dispensés de cette exigence.

Les déclarations d'appel par contre constituent des « actes de procédure ». Ces courriers électroniques devraient-ils dès lors être revêtus d'une signature qualifiée. Ou bien y aura-t-il des actes de procédure soumis à cette exigence et d'autres qui ne le sont pas ?

A cela s'ajoute que l'article 12 (3) CPP accorde une valeur probante aux procès-verbaux de police simplement munis d'une « signature manuelle numérisée ».

Il y aura dès lors trois types d'actes de procédure électroniques :

- Les procès-verbaux, pour lesquels il faut soit une signature électronique qualifiée, soit une « signature matérielle numérisée ».
- Les actes d'appels dispensés de toute formalité en termes de signature.
- Les autres actes exigeant une signature électronique qualifiée.

Par ailleurs, les avocats pourront-ils envoyer au greffe des actes par n'importe quelle adresse électronique (notamment celle de leur étude), tandis que le greffe n'a le droit de communiquer avec eux qu'à travers l'adresse @barreau.lu ?

1.2 Limitation à certaines hypothèses seulement

Le Conseil de l'Ordre observe aussi que seule la voie de l'appel est adaptée. Ni l'opposition, ni la tierce-opposition, ni la cassation ne sont inclus, et les travaux parlementaires n'expliquent pas cette exclusion. Ainsi par exemple, l'opposition doit être « notifiée ou signifiée » au ministère public (Art. 151 CPP), mais le texte ne précise pas que le recours au courrier électronique est permis.

De même, d'autres actes, telle une constitution avec partie civile, sont-ils recevables s'ils sont envoyés par courrier électronique ? Est-elle recevable lorsqu'elle est revêtue d'une signature électronique qualifiée ?

1.3 Cohérence avec la digitalisation de la justice dans son ensemble

Sans entrer dans les détails des différentes réflexions concernant la digitalisation de la justice, il faut veiller à ce qu'à la fin, cet effort se traduise par une œuvre cohérente et non par différentes initiatives qui chacune ont adopté leur propre solution.

Au lieu d'un courrier électronique, on pourrait par exemple imaginer que l'exercice d'une voie de recours soit une formalité qui puisse passer par le site guichet.lu ou par un système équivalent mis en place par l'administration judiciaire (tel qu'il sera prévisiblement expérimenté prochainement par les juridictions administratives).

Il serait aussi utile de veiller à ce que les différents actes que les particuliers peuvent poser sur le plan civil (p.ex. requêtes devant la justice de paix, ordonnances de paiement) puissent être faits au moyen des mêmes canaux de communication électroniques, et qu'il n'y ait pas autant de règles que de procédures.

Ne serait-ce pas préférable d'insérer une disposition générale, par exemple en complétant l'article 136-1 CPP selon laquelle toutes ou certaines notifications peuvent se faire par courrier électronique ? Ou bien d'ajouter un article au titre 11-3 (« des citations, significations et notifications » ; Art. 381s. CPP) et ensuite de renvoyer à celui-ci à chaque fois qu'une notification peut se faire par courrier électronique ?

Au final le projet de loi introduit une solution insulaire qui a fait ses preuves en pratique, et que le Conseil de l'Ordre approuve pour des raisons évidentes d'efficacité et d'efficacités, mais qui ne s'intégrera pas nécessairement aisément dans une approche d'ensemble cohérente de la digitalisation de la justice.

1.4 La notification simplifiée

Pour éviter les pertes de temps souvent inutiles liées à une notification formelle par la police, le projet de loi vise à introduire dans certains cas une notification simplifiée. La question se pose si les moyens de communication préconisés, et en particulier si le recours au courrier électronique présente les garanties nécessaires.

1.5 Choix des moyens de communication

1.5.1 Cohérence des moyens de communication

Le texte utilise généralement le terme de « courrier électronique ». Pour la notification des ordonnances de perquisition et de saisie par contre, le recours à la « télécopie » est également possible. Il convient de s'interroger pourquoi la télécopie n'est visée que dans ce cas spécifique.

La « saisie à distance » existait déjà auparavant pour les seuls établissements de crédit (Art. 66-4 CPP). A leur égard, la notification peut se faire par « télécopie », par « courrier électronique », mais également « par lettre recommandée avec avis de réception ». De même, le nouvel article 66 (8) CPP permet aussi d'envoyer l'accusé de réception « par lettre recommandée avec accusé de réception ou par courrier électronique ».

C'est certainement la lettre recommandée qui offre le plus de garanties. La question se pose dès lors pourquoi son utilisation n'est pas permise dans les autres cas de notification simplifiée que le projet de loi veut introduire.

1.5.2 Notion de courrier électronique

Le Code de procédure pénale ne définit pas la notion de courrier électronique.

Il est probable que les auteurs du projet de loi visent le standard actuel de l'e-mail (not. RFC 5322).

Il convient cependant de rappeler que le Conseil d'Etat, dans son avis relatif au projet de loi n° 7785 avait préconisé la neutralité technologique dans la formulation des textes.

Par ailleurs, l'article 1^{er} de la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique adopte une définition très large de ce concept : « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ». La plupart des télécopies répondent aujourd'hui à cette définition, tout comme des SMS ou autres messageries.

Il subsiste dès lors une incertitude sur le concept. Le greffe pourrait-il par exemple utiliser un (éventuel) futur système d'échange sécurisé qui sera mis en place pour les communications entre les autorités judiciaires, les administrations et le barreau ? L'appel ou la notification par le greffe pourraient-ils être faits moyennant un outil de communication que le gouvernement mettrait en place pour les citoyens. On peut s'imaginer aussi qu'à l'avenir, le dossier pénal numérique sera accessible sur une plateforme dédiée, qui permet d'exercer les voies de recours et qui génère des alertes pour les autres parties.

L'expérience montre que le droit pénal n'est souvent adapté qu'avec retard à l'évolution technologique ; il suffit de rappeler que de nombreux articles du Code pénal continuent à protéger les dépêches télégraphiques.

Une réflexion sur la notion de « courrier électronique » et sur la neutralité technologique s'impose par conséquent.

1.6 Garanties offertes par le courrier électronique

1.6.1 Les notifications par courrier électronique

De nombreuses notifications, par exemple la confirmation d'un appel, seront désormais faites par le greffe par voie de courrier électronique.

Ainsi par exemple, les autres parties sont informées par courrier électronique lorsqu'un appel est interjeté ; aucun autre mode d'information n'est prévu. Or, le Conseil de l'ordre rappelle que les autres

parties impliquées dans une procédure pénale concernent également des particuliers. Il se peut que le greffier ne connaisse pas leur courrier électronique. Par ailleurs, il faut s'interroger si au final ce texte implique une obligation des citoyens de disposer d'une adresse électronique.

La question se pose aussi comment un e-mail peut être envoyé à des personnes incarcérées.

1.6.2 L'appel par courrier électronique

1.6.2.1 Entre acte authentique et e-mail

L'appel peut donc être fait par un acte authentique (déclaration actée par le greffier) ou par un courrier électronique. Il s'agit donc de deux formes qui se situent aux antipodes de notre formalisme judiciaire.

En effet, non muni d'une signature électronique qualifiée, le courrier électronique n'est pas un acte sous seing privé. Il ne présente pas les mêmes garanties qu'un document muni d'une signature manuscrite. Il est d'autant plus étonnant que, dans la lignée de la jurisprudence antérieure, l'appel ne peut être exercé par voie de courrier, les auteurs du projet de loi ayant volontairement exclu cette possibilité.

Les auteurs du projet de loi s'inquiètent en effet d'une plus grande insécurité juridique du courrier : « le courrier simple peut se perdre et la détermination de la date du recours est susceptible de poser problème ». La question de la date de cet acte devrait pouvoir être résolue par l'utilisation du classique tampon de date d'entrée, qui jusqu'ici a toujours été la référence pour déterminer la date d'entrée d'innombrables requêtes en justice. En outre, un courrier électronique peut également se perdre ou rencontrer des difficultés techniques de transmission (p.ex. rejet en raison d'annexes trop volumineuses, classement dans le courrier non désirable, etc.).

1.6.2.2 Délai dans lequel la déclaration d'appel doit être faite et Identification de l'auteur de l'email

Suivant l'interprétation donnée par le Parquet général (doc. parl. 8051/05) et la jurisprudence de la chambre du conseil, ce courrier électronique contenant la déclaration d'appel doit être envoyé et réceptionné pendant les heures d'ouverture du greffe, c'est-à-dire les jours ouvrés et endéans certains créneaux horaires. Pourtant ces interprétations vont à l'encontre des règles élémentaires de calcul et de computation des délais des voies de recours. Les délais de recours expirant à minuit, l'utilité et le recours au courrier électronique ou à d'autres systèmes d'échange électronique permet précisément de dépasser la contrainte liée aux horaires d'ouverture du greffe.

Le Conseil de l'Ordre est donc d'avis que la recevabilité d'acte d'appel adressés les heures d'ouverture du greffe ne devrait pas faire débat à partir du moment où ils sont adressés avant l'expiration du délai légal permettant de former recours.

Selon le projet de loi, le courrier électronique par lequel appel est interjeté doit émaner de l'appelant, de son avocat ou de tout autre fondé de pouvoir spécial. Dans ce dernier cas, le pouvoir est annexé au courrier électronique.

Or, comment savoir avec certitude de qui émane un courrier électronique ?

Le Parquet de Luxembourg rappelle que le courrier électronique pose des difficultés en termes d'authentification de l'identité de l'appelant et envisage notamment l'envoi d'un document d'identité ou le recours à la signature électronique (doc. parl. 8051/3, p. 1). Les trois justices de paix partagent cette inquiétude (doc. parl. 8051/4). Le Tribunal d'Arrondissement de Diekirch de son côté préconise d'exiger que le courrier électronique soit accompagné d'un document d'identité (doc. parl. 8051/6).

Nous relevons que le Tribunal d'Arrondissement, et plus précisément le cabinet d'instruction, s'interroge aussi de savoir si cette « facilité apparente des moyens ... pour faire appel » présente « les garanties nécessaires (doc. parl. 8501/02, p. 4).

Le Barreau partage les inquiétudes exprimées par les autorités judiciaires.

Les adresses e-mails « @barreau.lu » offrent une certaine garantie pour identifier l'auteur de l'email.

Les autres types d'e-mails par contre ne permettent en rien de vérifier l'identité réelle de l'émetteur.

Si aucune signature électronique qualifiée n'est exigée, le procédé n'offre dès lors aucune garantie, et en particulier aucune garantie équivalente à celle d'une déclaration au greffe.

Une autre question qui se pose est de savoir si le « pouvoir spécial » est un acte de la procédure pénale et devrait donc, selon l'article 136-1, être muni d'une signature électronique qualifiée.

*

2 RECOURS A LA VISIOCONFERENCE

2.1 Assistance de l'avocat

Le droit à l'assistance d'un avocat sera désormais possible par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, y compris téléphonique, mais uniquement de l'accord de la personne concernée et de son avocat.

Conformément à la jurisprudence de la CourEDH, il est primordial de veiller au respect des droits de la défense et de ne pas les sacrifier pour des raisons d'efficacité et de rapidité. Le Parquet de Luxembourg détaille ces exigences dans son avis.

Ainsi, « Si la participation de l'accusé aux débats par vidéoconférence n'est pas, en soi, contraire à la Convention, il appartient à la Cour de s'assurer que son application dans chaque cas d'espèce poursuit un but légitime et que ses modalités de déroulement sont compatibles avec les exigences du respect des droits de la défense, tels qu'établis par l'article 6 de la Convention » (CourEDH, 27 novembre 2007, *Asciutto c/ Italie*, n° 35795/02, § 64).

Le simple accord des parties ne devrait pas automatiquement suffire pour justifier le recours à une visioconférence. Il relève en effet également de la responsabilité des magistrats de veiller au respect du procès équitable et de constater le cas échéant que dans un cas particulier, le recours à la visioconférence n'offre pas les garanties suffisantes.

Le recours aux moyens de visioconférence ne devrait pas devenir la norme.

2.2 Audition de témoins

L'audition de témoins par un officier ou agent de police judiciaire pourra se faire par des moyens de télécommunication audiovisuelle ou par audioconférence. Cette possibilité est introduite dans l'enquête de flagrance, de l'enquête préliminaire et dans l'instruction préparatoire.

Quant à la terminologie utilisée, la question se pose pourquoi une différenciation est faite entre les « moyens de communication électronique », respectivement les « moyens de télécommunication audiovisuelle » d'un côté et l'« audioconférence » et le « téléphone » d'un autre côté. Est-ce que ce sont des technologies différentes qui sont visées ?

Le Conseil de l'Ordre estime qu'il serait préférable d'unifier les termes employés et de veiller à une formulation techniquement neutre.

D'un point de vue pratique, la question se pose aussi comment, notamment lors d'une enquête de flagrance, il est possible d'assurer l'enregistrement obligatoire en vue d'une éventuelle transcription.

Tel que l'a souligné le Parquet, « il importera de veiller au cas par cas à ce que le recours aux moyens de télécommunications ne compromette irrémédiablement l'équité de la procédure » (doc. parl. 8051/3, p. 1).

*

3 LA NOUVELLE PROCEDURE DE « SAISIE-PERQUISITION A DISTANCE »

L'article 66 du Code de procédure pénale sera complété par un paragraphe 8 qui introduit une forme de « saisie à distance ». Celle-ci existe depuis 2010 pour certains documents détenus par les établissements de crédit (Art. 66-5).

3.1 Recours à la procédure

Le recours à cette procédure est possible si le juge d'instruction « le juge opportun ». Cette formulation est très vague. Il se pose tout d'abord la question si l'ordonnance devra motiver spécialement

pourquoi le recours à la « saisie à distance » est opportun et si cette appréciation est soumise à un contrôle judiciaire par la chambre du conseil. Il se pose ensuite la question de savoir s'il n'est pas préférable de fixer des critères plus précis.

A défaut, il faut simplement faire confiance que les autorités utiliseront ce paragraphe à bon escient, donc notamment à l'égard d'entreprises d'une certaine taille capables de gérer ce type de demandes et non à l'égard de PME ou de particuliers qui risquent d'en être dépourvus.

Il faut en particulier s'attendre à ce qu'un grand nombre de demandes d'entraide judiciaire internationale soient traitées par ce biais.

3.2 Obligation de prêter son concours

Le texte introduit une obligation de « prêter son concours » à la perquisition et à la saisie. Plus qu'un concours, la personne visée doit en réalité exécuter toute seule l'ordonnance et procéder à une sorte d'auto-perquisition.

Or, le destinataire risque d'être confronté à des difficultés d'exécution de l'ordonnance. En effet, lors d'une perquisition classique, ce sont les officiers et agents de police qui cherchent les preuves. Lors des perquisitions dans les entreprises, une collaboration volontaire s'installe souvent. Mais dans ce cas, les officiers seront présents pour guider les démarches. Il n'est pas rare que les policiers fournissent des précisions sur l'enquête ou l'instruction en cours, voire limitent le champ de recherche.

En effet, les ordonnances de perquisition et de saisie sont parfois rédigées en termes très larges et visent « tous objets et documents utiles à la manifestation de la vérité », la liste des documents recherchés n'étant en général qu'exemplative (« notamment »). Or, comment une tierce personne pourrait-elle s'avoir quelle est la « vérité recherchée » si elle n'obtient aucune information sur l'objet de l'instruction, mis à part une vague indication du type d'infraction ?

Ces ordonnances devraient donc être très précises et se limiter à des documents spécifiques, clairement identifiés, sans recourir aux formules très générales et larges. A défaut, le destinataire est tout simplement dans l'impossibilité de se conformer.

3.3 Exception pour les suspects et inculpés

Pour respecter le droit de ne pas devoir contribuer à sa propre incrimination, la procédure ne peut être utilisée lorsque « au moment de la notification, son destinataire est suspecté être l'auteur, le co-auteur ou le complice des faits ayant motivé la mesure ordonnée » ou s'il a été inculpé.

Une interrogation subsiste quant aux preuves recueillies lorsqu'il s'avère par la suite que la personne est suspecte. Le destinataire doit-il être informé de son droit au silence et de son droit de ne pas devoir à sa propre incrimination ? Comment la personne doit-elle réagir si elle se sait potentiellement impliquée dans les faits ? Comment peut-elle savoir qu'elle est potentiellement concernée si l'ordonnance ne décrit que de manière très générale l'objet de l'instruction en cours ?

Peut-on reprocher un défaut de prêter le concours si une personne omet de fournir des documents susceptibles de l'incriminer ? Ou bien cette personne devrait-elle refuser de coopérer en faisant état de son droit de ne pas s'auto-incriminer, ce qui pourrait être perçu comme un aveu d'avoir commis une infraction et en tout cas attirer l'attention sur elle.

Le Conseil d'Etat a rappelé que « l'interdiction d'être obligé de s'auto-incriminer est un droit que la personne visée peut invoquer au regard de la situation dans laquelle elle considère se trouver. On ne saurait laisser entre les mains du seul juge d'instruction cette appréciation au regard de sa connaissance du dossier au moment où il prend l'ordonnance. Il n'est en effet pas exclu que la perquisition et la saisie ne conduisent à la découverte d'éléments à charge du destinataire de l'ordonnance dont le juge d'instruction ne soupçonnait pas l'existence, mais à la production desquels le destinataire de l'ordonnance ne veut pas prêter son concours » (Projet de loi n° 7720, Avis du Conseil d'Etat du 4 décembre 2020, p. 2).

Tant de questions qui ne trouvent pas de réponse, ni dans le texte proposé, ni dans les travaux parlementaires.

3.4 Peine encourue en cas de défaut de prêter son concours

La peine encourue en cas de refus de prêter son concours à une mesure de perquisition et de saisie à distance est une amende de 1.250 à 125.000 euros.

La fourchette de cette peine est très large. Il faut s'interroger également si elle est cohérente avec les autres dispositions du Code. Celui qui modifie l'état des lieux d'un crime, par exemple d'un meurtre, encourt jusqu'à 2.000 euros d'amende (Article 32 CPP).

De même, celui qui refuse de coopérer avec la justice comme témoin encourt une amende jusqu'à 500 euros (Art. 77 (2) CPP), tandis que celui qui refuse de coopérer lors d'une saisie s'expose à une amende 250 fois supérieure.

3.5 Cohérence avec la politique antérieure et avec l'article 66-5

Jusqu'ici l'approche luxembourgeoise consistait à ne pas contraindre des personnes à coopérer aux opérations de saisie, sauf le cas très spécifique des établissements bancaires.

Il s'agit dès lors d'un changement de paradigme qui traduit cependant en partie une réalité qui s'est déjà installée sur le terrain.

Les ordonnances de l'article 66-5 CPP sont des « types particuliers de perquisitions et de saisies » (Projet de loi n° 6017, Avis du Conseil d'Etat, p. 9).

Or, le refus d'un établissement bancaire de prêter son concours à une ordonnance n'est pas sanctionné d'une amende. Cette solution était voulue par le législateur : « Il convient de souligner que l'amende ne peut être prononcée que dans les cas où les professionnels omettent de répondre à l'ordonnance du juge d'instruction prise en application des articles 66-2 et 66-3. L'amende n'est pas applicable en cas de refus de coopérer concernant la mesure visée à l'article 66-4, vu que le refus de coopérer en matière de perquisition et de saisie n'est actuellement pas non plus assorti d'une amende. Cette manière de procéder s'inscrit dans la logique sous-jacente à l'article 66-4, visant à simplifier les procédures en matière de perquisition et de saisie, et non pas à aggraver la situation des professionnels visés » (Projet de loi n° 6017, Commentaire des articles, p. 20).

Pour le moins faudrait-il être cohérent et adapter l'article 66-5 (3) en y ajoutant une référence à l'article 66-4. En effet, il risque d'en découler une inégalité difficilement justifiable :

- Un établissement bancaire qui refuse de prêter son concours à une saisie qui lui est envoyée par courrier électronique sur base de l'article 66-5 CPP n'encourt aucune sanction pénale.
- Toute autre personne qui refuse de prêter son concours à une saisie qui lui est envoyée par courrier électronique sur base de l'article 66 CPP encourt une amende de 125.000 euros.

*

4 COMPETENCE TERRITORIALE

Le projet de loi soulève aussi des questions touchant à la compétence territoriale des autorités luxembourgeoise. La personne qui se voit notifier une « saisie à distance », sait-elle qu'elle ne doit rechercher les documents et données que sur le territoire luxembourgeois ? Ne faudrait-il pas le spécifier dans l'ordonnance, au risque que les juges d'instruction fassent exécuter des devoirs à l'étranger ?

Le projet de loi supprime par ailleurs à l'article 553 CPP les termes « en plusieurs points du territoire du Grand-Duché de Luxembourg », afin de permettre l'audition de personnes se trouvant à l'étranger. Ici encore, il faut s'interroger sur cette compétence extraterritoriale accordée aux autorités judiciaires. Le Parquet de Luxembourg s'inquiète non sans raison d'un risque de « contourner systématiquement les règles applicables en matière d'entraide » (doc. parl. 8051/3, p. 2).

Luxembourg, le 7 décembre 2022

Le Bâtonnier,
Pit RECKINGER

