

N° 5588⁶**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**

* * *

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

(7.10.2008)

COMMENTAIRES D'ORDRE GENERAL

Le Conseil de l'Ordre se félicite de l'initiative prise de réglementer le domaine de ces „méthodes particulières de recherche“ que sont l'observation et l'infiltration. En effet, il semble que ces méthodes existaient et ont déjà été appliquées „à l'état sauvage“ par le passé sans que cette pratique ne soit réglementée. De ce point de vue, l'introduction d'un texte normatif est une avancée.

Cependant, l'introduction d'un tel texte ne doit pas inciter le Parquet et/ou les juges d'instruction à recourir systématiquement à ces méthodes qui doivent rester tout à fait exceptionnelles, notamment pour ce qui est de l'infiltration. En effet, il ne faut pas oublier que ces méthodes, surtout l'infiltration, sont non seulement très compliquées à mettre en oeuvre, mais aussi très onéreuses en personnel et ont un taux d'échec élevé. De plus ces moyens ne doivent pas remplacer les moyens ordinaires d'investigation, comme par exemple les écoutes téléphoniques qui semblent devenir le standard dans chaque affaire d'envergure, notamment les affaires de drogues, et dans lesquelles presque tous les éléments de preuves résultent de ces écoutes. Afin de prévenir des excès, il conviendra d'encadrer leur mise en oeuvre par des dispositions légales strictes.

Le Conseil de l'Ordre, à l'instar du Conseil d'Etat, ne comprend cependant pas l'incidence de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale sur ce texte et s'étonne de ce que celle-ci aurait déterminé, sinon du moins inspiré, certaines dispositions au projet de loi.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre, invite le législateur à réfléchir sur le rôle du juge d'instruction dans un système de poursuite qui semble être au goût du jour et qui est principalement dirigé par le pouvoir exécutif, car ces moyens d'investigation essentiellement à charge semblent difficilement compatibles avec l'obligation incombant au juge d'instruction d'instruire à charge et à décharge.

Le Conseil de l'Ordre déplore encore que, d'après la jurisprudence actuelle, dans bon nombre d'hypothèses, lorsque le législateur n'a pas expressément fait l'obligation aux organes d'enquête de respecter un texte „à peine de nullité“, la violation de ce texte reste non sanctionnée. Ainsi, le fait de spécifier que la violation de l'une ou l'autre disposition est sanctionnée de nullité, revient à impliquer de facto que toutes les autres dispositions du même texte peuvent être violées sans que cela ne porte à conséquence.

Eu égard aux méthodes très particulières visées par le projet de loi, entamant au plus profond la sphère privée du justiciable, le Conseil de l'Ordre émet le souhait que l'intégralité du texte du projet soit érigée en un corps de dispositions d'ordre public, dont toute violation emporte la nullité de l'acte posé.

En ce qui concerne plus particulièrement l'infiltration, toute la difficulté réside dans la distinction qu'il y a lieu de faire entre la provocation policière permise et celle qui est prohibée. Cette frontière se doit d'être tracée de manière explicite, très précise et surtout crédible.

Ces remarques préliminaires étant faites, le Conseil de l'Ordre se permet de commenter plus en détail certaines dispositions de l'actuel projet de loi (tel qu'amendé par la Commission Juridique en février 2008 – doc. parl. No 5588²).

*

COMMENTAIRE DE CERTAINS ARTICLES

Article 48-13

(3) Si le Conseil de l'Ordre approuve que le seuil de la peine privative de liberté maximale encourue pour pouvoir ordonner une observation soit relativement élevé (4 ans), il est à craindre que ce seuil ne constitue qu'un garde-fou de pure forme.

En effet, dès que plus d'une personne sera mise en cause, il suffira de libeller l'infraction d'organisation criminelle à leur encontre pour y avoir recours.

Cette protection ne sera d'ailleurs réelle que si une personne visée par une enquête ou une instruction aura la possibilité de combattre efficacement sa mise en prévention. Or, en l'état actuel de la législation, il n'est pas possible de revenir sur une inculpation dans un dossier avant que l'instruction n'ait été clôturée et avant que le parquet n'ait saisi la chambre du conseil du renvoi.

De même, il est permis de se poser la question de la légalité des observations si l'infraction finalement retenue n'emporte pas de peine privative de liberté supérieure ou égale à 4 ans. Les informations recueillies par l'observation pourront-elles être utilisées contre le prévenu?

Article 48-14

(1) Le Conseil de l'Ordre approuve que dans l'article 48-13 (2) les termes „indice sérieux“ soient remplacés par ceux d'„indice grave“, donc le même critère comme celui prévu en matière de délivrance d'un mandat de dépôt. Pour rester dans cette logique, et pour assurer une meilleure cohérence interne du texte, il convient aussi d'utiliser ces termes au point 1°.

De même, le Conseil de l'Ordre salue la nécessité d'une prise de décision écrite et motivée, sous peine de nullité, dans les conditions précises fixées par la loi, par opposition à la procédure relative aux écoutes téléphoniques dans laquelle l'ordonnance du juge d'instruction, qui est prise en des termes plus vagues, doit être confirmée par la chambre du conseil de la Cour d'appel. En effet, cette dernière procédure n'offre en réalité que peu de garanties puisque, en pratique, la chambre du conseil de la Cour entérine systématiquement les ordonnances des juges d'instruction.

A ce propos, le Conseil de l'Ordre entend rappeler l'importance de voir motiver de manière détaillée ces décisions eu égard aux circonstances de l'espèce. Ces décisions comptent parmi les plus graves entraves à la liberté personnelle d'un individu et doivent donc être motivées spécialement en conséquence, en faisant état des circonstances spécifiques de l'espèce.

Ainsi au point 2°, le Conseil de l'Ordre propose de remplacer le terme „motifs“ par les termes „motifs spécifiques inhérents à l'espèce“.

Quant au point 4°, le Conseil de l'Ordre met en garde contre l'utilisation de clauses de style dans les décisions désignant le lieu à observer avec une fin de phrase du type „ou tout autre lieu utile à l'enquête“, comme cela se fait malheureusement couramment en matière de perquisitions par exemple. En l'espèce le législateur exige l'adresse ou une localisation aussi précise que possible de l'habitation qui fait l'objet de l'observation de sorte que le magistrat instructeur devrait se tenir strictement à ces prescriptions sans pouvoir étendre la mesure „à tout autre lieu à l'enquête.“

(2) Les termes „dans les plus brefs délais“ sont impalpables et ne sont guère garants de sécurité juridique. Il convient de les remplacer p. ex. par „au plus tard le 2^{ième} jour ouvrable qui suit l'accord verbal“.

(3) Aucune durée n'est prévue pour une prolongation. Ne faudrait-il pas spécifier que cette prolongation ne saurait, elle aussi, excéder un mois? Il y va notamment du contrôle par la justice de la mise

en oeuvre judiciaire, proportionnelle et parcimonieuse des moyens d'investigation, moyens nécessairement limités.

Article 48-17

(1) Sub. 3., sub 5., sub 6., sub 7. et sub 9. Dans un souci de précision, le Conseil de l'Ordre propose de remplacer les termes „en relation avec une“ par „dans le cadre d'une“.

En effet, il ne devrait pas être envisageable d'infiltrer un groupe de personnes qui sont simplement *en relation* avec d'autres personnes soupçonnées de participation dans une association de malfaiteurs ou organisation criminelle. Ce qui doit être recherché c'est d'infiltrer l'association elle-même dont les membres commettent des infractions.

(4) Le Conseil de l'Ordre constate qu'aucun délai n'est prévu par le texte pour la rédaction du rapport. De même, il n'est pas précisé à quel moment le rapport doit être déposé. Le Conseil de l'Ordre souhaiterait voir figurer dans cet article une certaine périodicité pour le dépôt des rapports (p. ex. tous les 4 mois) et que les rapports en question soient versés au dossier d'enquête tenu par le Parquet dès leur rédaction.

En effet, aussi longtemps qu'aucune personne n'est inculpée, il n'y a pas de risque de voir l'information sur les résultats de l'infiltration divulguée dans le milieu. A cet égard, il convient de remarquer qu'il semble évident que l'infiltration doive prendre fin avec l'inculpation, mais que cela n'est précisé nulle part. Afin de garantir la sécurité juridique, il serait nécessaire d'apporter cette précision dans l'article 48-18. Par contre, pendant l'enquête ou l'instruction mais avant toute inculpation ces rapports permettront au Parquet et/ou au juge d'instruction de se prononcer sur l'opportunité de continuer l'infiltration.

Le Conseil de l'Ordre est aussi d'avis qu'il convient d'obliger l'agent infiltré à rédiger un rapport après la fin de mission, ce qui permettra aux différents acteurs judiciaires d'évaluer l'opportunité de le citer comme témoin soit devant le juge d'instruction, soit devant la juridiction de fond.

Article 48-18

(1) (2) et (3) Le Conseil de l'Ordre insiste à voir refléter dans cet article les mêmes garanties et conditions que celles contenues à l'article 48-14, car il n'y a aucune raison, bien au contraire, d'alléger le formalisme de la décision pour une infiltration, qui, alors qu'elle assure à l'agent infiltré une immunité pénale, doit rester exceptionnelle et être réglemémentée de manière stricte.

La rédaction suivante est proposée:

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 pour lesquels l'opération d'infiltration est indispensable à l'enquête ou à l'instruction préparatoire;*
- 3° *le nom ou, s'il n'est pas connu, une description aussi précise que possible de la ou des personnes à surveiller dans les limites et conditions posées par le paragraphe (2) de l'article 48-17;*
- 4° *les principes selon lesquels l'opération d'infiltration sera exécutée, l'identité d'emprunt qui sera utilisée y compris la permission de commettre les actes mentionnés au paragraphe (1) de l'article 48-19;*
- 5° *la période durant laquelle l'observation pourra s'appliquer et laquelle ne peut excéder quatre mois à compter de la date de la décision;*
- 6° *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 aux garanties prévues par l'article 48-21 en faveur de l'agent infiltré.*

(4) Le fait de ne pas verser la décision au dossier avant l'achèvement de l'opération d'infiltration n'est a priori pas une mesure susceptible d'empêcher une quelconque divulgation de l'infiltration. La décision doit bien exister et être conservée quelque part. Elle sera donc accessible à certaines autorités. Dans un esprit de sécurité juridique, elle devrait faire partie intégrante du dossier répressif dès qu'elle aura été prise.

Article 48-19

(2) Le Conseil de l'Ordre se pose la question de savoir qui sont ces „personnes requises“. Qui peut être requis, comment ces personnes sont-elles recrutées, rémunérées, leur identité devra-t-elle être révélée, pourront-elles être interrogées, etc ...? Le projet de loi ainsi que l'exposé des motifs sont muets sur le statut de ces personnes. Il conviendrait d'apporter plus de précisions, ceci à plus forte raison que ces personnes jouiront elles aussi de l'immunité pénale.

Article 48-21

Le Conseil de l'Ordre peut comprendre le souci de sécurité, mais permettre à l'agent de continuer à vivre dans le milieu au-delà de la fin de mission, pose certains problèmes.

Ainsi, il y aurait une première durée maximale de 4 mois de mission, suivi d'une durée maximale de 4 mois sans mission, pendant laquelle l'agent étranger infiltré peut cependant poursuivre les activités mentionnées au paragraphe (1) de l'article 48-19, sans en être pénalement responsable. Cette période est censée lui permettre de cesser son opération dans des conditions assurant sa sécurité. Si néanmoins à l'issue du délai de cette nouvelle période de quatre mois, sans mission, l'agent infiltré ne peut toujours pas cesser son opération dans des conditions assurant sa sécurité, le magistrat peut donc à nouveau décider la prolongation pour une autre durée maximale de quatre mois, sans mission, pour lui permettre sa „sortie du milieu“ dans des conditions assurant sa sécurité; un tel timing est peu réaliste si une affaire précise présente de réels problèmes pour sortir l'agent du milieu.

De plus, se pose la question de la valeur probante des constatations faites par l'agent infiltré agissant hors mission pendant cette période qui est destinée uniquement à lui permettre de cesser(!) son opération dans des conditions assurant sa sécurité.

Article 48-22

(1), (2) et (3) Le Conseil de l'Ordre continue à s'opposer à l'introduction du témoin anonyme, sous quelque forme que ce soit, et même sous cette forme particulière de l'agent infiltré. Il ne faut pas oublier que l'agent infiltré n'est pas un témoin neutre comme pourrait l'être une personne à laquelle il est demandé de témoigner de faits à sa connaissance personnelle qu'il aura constatés plus ou moins fortuitement, mais il s'agit d'une personne spécialement désignée d'avance pour recueillir des informations destinées à convaincre des criminels tout en lui permettant de commettre lui-même impunément des infractions. Accorder à cette personne en plus l'anonymat entier pour le témoignage qu'il sera éventuellement indispensable de lui demander de rendre, constitue non seulement une entrave inadmissible au débat contradictoire, mais rend impossible toute vérification de ce témoignage. Qui plus est, un éventuel faux témoignage ne pourrait être sanctionné judiciairement.

En effet, il n'est pas inutile de rappeler à ce propos les problèmes rencontrés par les polices, notamment aux Etats-Unis, avec les agents infiltrés pour précisément maintenir l'intégrité morale de personnes qui sont d'autorité immergées dans un milieu criminel, milieu dans lequel ils se meuvent pendant une période prolongée. Rappelons que ces personnes ont par ailleurs l'autorisation de commettre certaines infractions. L'expérience a montré que plus d'un agent infiltré a sombré dans le crime.

Le Conseil de l'Ordre aimerait par ailleurs insister sur le fait à propos de l'agent infiltré qu'il faudra impérativement que les juridictions soient à même de pouvoir faire la distinction entre la provocation policière licite et la provocation policière illicite qui aura amené une personne qui n'entendait pas commettre d'infraction, à verser dans la criminalité. C'est précisément dans ce contexte que cette limite sera difficile à tracer, alors que l'agent infiltré se faisant passer pour un criminel et disposant par ailleurs de l'autorisation de commettre certaines infractions, pourra facilement déclencher dans une personne

une intention criminelle qui ne sera pas née spontanément dans son chef. (Cf. à ce propos Manuel de Procédure Pénale par Franchimont, Jacobs et Masset 2e édition Larcier Bruxelles 2006 pp. 85-88, 325 et 492 ss. Cf. également CSJ 25.3.1988 No 101/88)

Or, cette limite ténue ne saurait être établie par les juridictions que dans la mesure où elles pourront se rendre compte de visa par l'interrogatoire direct de la personne infiltrée que la limite du permis n'aura pas été franchie. La foi attachée aux déclarations de l'inculpé par les juridictions ne suffira pas nécessairement à faire la part des choses.

Le témoignage indirect de l'officier de police judiciaire qui aura guidé l'agent pendant son immersion dans le milieu criminel ne saurait y suppléer puisqu'il n'a justement pas personnellement et directement assisté aux faits.

Quant à son opposition au principe de l'introduction du témoin anonyme, le Conseil de l'Ordre renvoie à son avis émis dans le cadre du projet de loi No 5156 et ne saurait accepter que le présent texte n'ouvre la brèche et ne serve de précédent.

Cependant, le Conseil de l'Ordre conçoit que l'agent infiltré doit être protégé de la revanche que pourraient être amenée à prendre les criminels qui apprennent qu'ils ont été convaincus par quelqu'un qu'ils pensaient être des leurs.

Ainsi, le Conseil de l'Ordre approuve que l'identité réelle de l'agent infiltré ne doive pas être dévoilée lors de l'instruction ou encore à l'audience du fond.

Cependant, que se passera-t-il si un prévenu dépose plainte pour faux témoignage contre l'agent infiltré. Cette personne sera-t-elle poursuivie sous son identité d'infiltré?

Lui permettre cela, ou prononcer d'office l'irrecevabilité de telles plaintes semble inconcevable. Il conviendra ainsi de réfléchir à la question de savoir comment on pourra assurer l'efficacité de telles éventuelles poursuites sans que la sécurité de l'agent ne soit compromise.

Ceci étant, les mécanismes actuellement prévus par le texte afin de ne pas dévoiler le visage lors de l'instruction ou lors de l'audience de fond semblent tout à fait superflus.

En effet, d'une part, le mécanisme est difficile à mettre en pratique et créera des situations rocambolesques lors des procès.

D'autre part, de par le contenu de son témoignage, il est clair que les inculpés ou prévenus reconnaîtront de suite de qui il s'agit, alors qu'ils auront vécu à ses côtés pendant une longue durée.

Article 48-23

Le Conseil de l'Ordre approuve le fait que les informations recueillies ne puissent pas à elles seules mener à une condamnation, même si cette disposition semble constituer une relative entorse à la liberté d'appréciation des moyens de preuve par le juge.

Par contre, il semble dangereux de renverser ce principe dans le cas où l'agent dévoile son identité. Les impératifs liés à la sécurité, tant mis en avant par le projet, ne peuvent pas être écartés devant le succès escompté de la procédure. La tentation de „demander“ à l'agent de dévoiler son identité pour donner plus de poids à son témoignage ne doit ni planer sur lui, ni influencer sur le procès.

Luxembourg, le 7 octobre 2008

Jean KAUFFMAN

Bâtonnier

