

N° 5588⁴**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 JUGE D'INSTRUCTION-DIRECTEUR
DU TRIBUNAL DE LUXEMBOURG**

(13.10.2008)

I. CONSIDERATIONS D'ORDRE GENERAL

Le projet de loi sous rubrique vise à réglementer la mise en œuvre des techniques d'enquête spéciale que sont l'observation et l'infiltration et leurs conséquences juridiques.

Le Grand-Duché de Luxembourg étant un des seuls pays européens ne disposant pas d'une législation spécifique réglementant certaines méthodes particulières de recherche, le besoin de légiférer est bien réel.

D'ailleurs le cadre légal projeté n'est non seulement une nécessité assurant une sécurité juridique aux acteurs concernés d'une part et aux personnes visées par les mesures d'autre part, mais il tire sa légitimité entre autres de l'obligation pour l'Etat du Grand-Duché de transposer en droit national les dispositions de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats Membres de l'Union Européenne, à savoir article 12 relatif aux livraisons surveillées et article 14 relatif aux Enquêtes discrètes.

Le projet de loi 5588 servira à un double titre:

– *au niveau national*

Les besoins de l'enquête préliminaire et ensuite de l'information judiciaire devront pouvoir se traduire par la mise en œuvre de moyens d'investigation et d'enquête bénéficiant d'un cadre légal adéquat écartant l'insécurité au niveau des procédures applicables et quant aux personnes impliquées de manière active ou passive.

– *au niveau international*

En vue d'accorder l'entraide judiciaire la plus large, conformément au principe retenu par l'article 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire internationale en matière pénale du 20 avril 1959, il faut disposer d'un arsenal légal permettant d'accorder la réciprocité. S'agissant du domaine relevant essentiellement, sinon exclusivement de la Criminalité Organisée, les demandes d'entraide à destination du Grand-Duché (et à fortiori en provenance du pays) doivent pouvoir être suivies d'effet.

L'efficacité pratique des instruments internationaux élaborés pour combattre la Criminalité Organisée est notamment tributaire de la législation nationale de chaque Etat signataire permettant la mise en œuvre pratique des moyens y visés. Ainsi, la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption en son article 50 (et approuvée par la loi du 1er août 2007) et plus encore la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée en son article 20 (et approuvée par la loi du 18 décembre 2007) consacrent expressément l'engage-

ment des Etats signataires de prendre les mesures nécessaires pour permettre le recours aux techniques d'enquête spéciale que sont entre autres les livraisons surveillées et les opérations d'infiltration.

De même, la continuation des mêmes techniques d'enquête spéciale sur le territoire du Grand-Duché (en tant qu'Etat requis) ou à l'étranger (le Luxembourg étant l'Etat requérant) pourra se faire utilement à l'instar de la procédure d'observations transfrontalières régie par les dispositions de l'article 40 (et 73) de la Convention d'Application de l'Accord de Schengen.

Le recours aux moyens d'enquêtes visés, et notamment à l'infiltration étant lourd de conséquences dès la décision de les mettre en œuvre, le cadre légal afférent devra fournir la sécurité juridique nécessaire à tous les intervenants.

*

II. ANALYSE DU PROJET DE LOI

L'analyse se base sur le texte coordonné du projet de loi tel que proposé par la Commission Juridique de la Chambre des Députés.

Le chapitre consacré à l'observation fera l'objet d'un bref commentaire tandis que celui traitant de l'infiltration nécessitera des développements plus précis en tenant compte des avis du Conseil d'Etat.

A. De l'observation

La méthode de l'observation reçoit enfin le cadre légal approprié, enlevant l'insécurité juridique pesant sur ces mesures au niveau national et qui bénéficient d'un cadre légal en matière d'entraide depuis des années (voir accords de Schengen).

L'introduction de l'alinéa 2 au paragraphe (3) de l'article 48-12 et précisant le cadre légal de la prise des photographies en dehors d'un lieu privé, préconisée par le Conseil d'Etat, complète efficacement les situations pratiques susceptibles de se poser.

Les modifications d'ordre rédactionnel proposées par le Conseil d'Etat en son avis du 17 juin 2008 concernant les articles 48-13 et 48-14 ne donnent pas lieu à des observations particulières.

Par contre, l'article 48-13(3) retenant un seuil d'applicabilité pour des faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur ou égal à quatre ans d'emprisonnement, donne lieu aux observations suivantes:

S'agissant d'une mesure qui est exécutée à l'intérieur d'un domicile ou d'un local, elle est susceptible d'être accompagnée en parallèle d'une mesure de surveillance des communications téléphoniques. Ceci rend nécessaire d'ordonner la prédite mesure en application de l'article 88-1 du Code d'Instruction Criminelle. A ce moment l'on se trouve confronté à deux seuils de peines différents pour deux mesures d'instruction exécutées en même temps: le seuil de quatre ans d'emprisonnement pour l'observation et le seuil de deux ans d'emprisonnement pour les écoutes téléphoniques.

Un parallélisme des seuils de peines applicables aux différentes mesures de surveillance par des moyens techniques (observations, écoutes) s'impose notamment au regard de la circonstance que le Code Pénal ne renseigne en principe pas d'infractions pénales punies d'un maximum d'au moins quatre ans d'emprisonnement, mais de deux, trois ou cinq ans d'emprisonnement correctionnel.

Le seuil d'un maximum de deux ans d'emprisonnement devrait être suffisant pour cadrer l'applicabilité de l'observation à l'intérieur d'un immeuble.

B. De l'infiltration policière

S'agissant d'une technique d'enquête spéciale et particulière à tous les niveaux depuis sa mise en œuvre jusqu'à son arrêt, il y a lieu de placer la méthode de l'infiltration dans un environnement bien spécifique,

- dans le milieu du crime organisé international (et à fortiori aussi du terrorisme)
- dans un milieu national dans lequel il est impossible de pénétrer par des moyens d'investigation ordinaires en raison de la personnalité, du statut social, professionnel ou autre des protagonistes visés par l'infiltration (p.ex. en matière de corruption).

Cette condition préalable limite considérablement le champ d'application de l'infiltration d'une part et le nombre d'enquêtes pénales (enquête préliminaire ou information judiciaire) pouvant être à l'origine de ladite technique d'enquête d'autre part.

Par ailleurs, les garanties légales susceptibles de cadrer l'opération d'infiltration devront s'appliquer dans une même mesure à l'agent infiltré et à l'inculpé (virtuel ou réel).

La législation française en la matière, à savoir les articles 706-81 et suivants du Code de Procédure Pénale français ayant servi de référence au projet de loi, il y a lieu de s'y référer (notamment en matière de jurisprudence: alors que seules deux affaires ont donné lieu à jurisprudence en droit pénal luxembourgeois en l'espace de dix ans).

En premier lieu, il y a lieu de préciser que la qualification „policrière“ ajoutée à la notion de l'infiltration devrait être retirée dans la mesure où toute la procédure de l'infiltration visée par les articles 48-17 et suivants du projet de loi constitue une procédure judiciaire suivie sous l'autorité et le contrôle du Procureur d'Etat, respectivement du Juge d'Instruction.

Article 48-17

Le paragraphe (1) contenant entre autres une liste limitative de faits pouvant donner lieu à une opération d'infiltration devrait être complété sub.1 par le crime de contrefaçon des signés monétaires prévu à l'article 173 et suivants du Code Pénal, lesdites infractions étant commises, en principe, dans le cadre d'une organisation criminelle.

Le paragraphe (2) définit la mesure de l'infiltration et ne donne pas lieu à une remarque particulière.

Le paragraphe (3) consacre le recours aux Officiers de Police Judiciaire ou agents étrangers dans la mesure où l'exigüité du territoire national force les autorités judiciaires et policières luxembourgeoises à recourir à un agent étranger.

Le paragraphe (4) retient, à juste titre, le principe que seul l'Officier de Police Judiciaire ayant coordonné l'opération d'infiltration, rédigera les rapports à l'adresse des autorités judiciaires. Il ne peut en effet être question de demander à l'agent infiltré de rédiger un rapport, au risque de mettre sa vie en danger par les explications ou autres précisions fournies lors de la rédaction. La rédaction du/des rapport(s) à verser au dossier devra être de la compétence exclusive de l'Officier de Police Judiciaire coordonnateur.

Article 48-18

Cet article fixe le cadre procédural dans lequel devra œuvrer le magistrat ayant ordonné l'opération d'infiltration. Le problème à résoudre le moment venu est la question de savoir quand l'opération d'infiltration sera considérée comme achevée au sens du paragraphe (4). Sachant qu'il faudra laisser à l'agent infiltré le temps nécessaire pour quitter le milieu dans lequel il s'est infiltré des mois auparavant, l'on ne peut considérer la date de l'inculpation d'une personne faisant partie du milieu infiltré comme date d'achèvement de l'opération d'infiltration au risque de mettre en péril la vie de l'agent infiltré.

Article 48-19

Il précise les actes commis par l'agent infiltré et exclus de la responsabilité pénale dans l'exécution de sa mission. Le texte repris de l'article 706-82 du Code de Procédure Pénale français constitue le cadre légal dans lequel doit évoluer l'agent infiltré et impose en même temps les limites de sa mission. Des informations complémentaires quant aux moyens mis en œuvre pour mettre sur pied l'identité d'emprunt de l'agent infiltré mettrait à néant les tactiques policières utilisées (dont notamment des informations relatives à la mise en œuvre de moyens pour réaliser l'infiltration de l'agent) et ne doivent pas figurer dans le Code d'Instruction Criminelle.

Article 48-20

Cet article entérine l'obligation de maintenir l'identité d'emprunt de l'agent infiltré pendant toute la procédure judiciaire, condition sine qua non pour obtenir l'aide de la part des autorités étrangères. Ces dernières ne mettront à disposition des autorités judiciaires luxembourgeoises des agents infiltrés que si les garanties à offrir par le Luxembourg, au niveau de la protection (juridique et légale) sont à la hauteur du risque à encourir par l'agent à infiltrer.

Article 48-21

Cette disposition démontre, de par son contenu, les difficultés auxquelles l'agent infiltré risque d'être confronté à l'issue de sa mission. La question de la cessation des opérations d'infiltration rejoint celle du moment d'achèvement de l'opération soulevée lors de l'analyse de l'article 48-18(4).

La sortie du milieu de la criminalité organisée étant plus que périlleuse pour l'agent infiltré, la décision d'y recourir doit être mûrement réfléchie.

Article 48-22

Cet article entérine le principe de la seule audition de l'Officier de Police Judiciaire coordonnateur de l'opération d'infiltration, en qualité de témoin.

Exception est faite en cas de mise en cause directe d'une personne par les constatations de l'agent infiltré où une confrontation à distance est permise entre l'inculpé/prévenu et l'agent infiltré.

En l'absence d'un texte légal réglementant le témoignage anonyme, il faut nécessairement élaborer un texte permettant de concilier deux objectifs (de prime abord) inconciliables: la protection de l'agent infiltré et les droits de la défense.

La violence utilisée par/dans le milieu de la criminalité organisée, et en particulier celle perpétrée contre des témoins, rend nécessaire l'instauration d'un système de protection.

Les menaces émanant des organisations criminelles constituent un obstacle de taille à l'administration de la preuve testimoniale et l'enquête pénale (au sens large) est souvent entravée par cette forme de stratagème criminel.

S'agissant d'un **témoin au statut très particulier** l'agent infiltré ne peut être considéré comme témoin neutre par rapport aux constatations faites pour les raisons suivantes:

L'agent infiltré étant soit un **membre d'un corps de police étranger**, ayant suivi une formation spécifique pour devenir agent infiltré, soit un **agent étranger habilité** par son Etat à effectuer une opération d'infiltration, il remplit une **mission bien déterminée**. Par ailleurs il est régulièrement suivi par l'OPJ coordonnateur qui fait rapport. Ceci implique une approche différenciée quant à l'audition de l'agent par le biais d'une confrontation.

Une confrontation entre inculpé/prévenu et l'agent infiltré conduit nécessairement à la reconnaissance de l'agent infiltré par l'inculpé malgré le maintien du nom d'emprunt pendant la procédure.

Le problème n'est cependant pas celui de la reconnaissance. Il s'agit d'assurer une protection efficace contre des actes éventuels d'intimidation ou de représailles aux agents infiltrés en leur permettant de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité en les autorisant à **déposer à distance** moyennant l'utilisation de techniques de communication. (voir en ce sens l'article 24 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée et l'article 32 de la Convention contre la corruption, visées sub I page 2 traitant de la protection des témoins).

Les droits de la défense ne s'en trouveront pas lésés, vu la possibilité offerte à l'inculpé et son conseil de poser des questions à l'agent infiltré. Ici référence est faite à l'article 82 CIC (en combinaison avec l'article 69(3) CIC) fixant le cadre général et la procédure à suivre lors des confrontations réalisées devant le Juge d'Instruction. L'article 48-22 (2), qui en constitue une application spécifique, ne fait que préciser les conditions particulières et techniques d'une mesure qui peut être ordonnée de manière facultative par le magistrat sollicité.

Les rapports préalables dressés par l'Officier de Police Judiciaire coordonnateur au fil des opérations, ainsi que l'audition du même Officier de Police Judiciaire en qualité de témoin fourniront des indices permettant d'apprécier les constatations faites par l'agent infiltré.

Ce n'est pas la confrontation directe entre l'inculpé/prévenu et l'agent infiltré qui permettra de vérifier l'existence éventuelle d'une provocation policière avancée, le cas échéant, par la défense.

La jurisprudence française et belge s'accordent pour retenir qu'il n'y a pas de provocation policière illicite si la résolution criminelle de l'auteur est antérieure à la mise en œuvre du stratagème policier (par référence faite à l'arrêt No 319/96 du 9 juillet 1996 de la Cour Supérieure de Justice et les références y citées ainsi qu'au jugement correctionnel No 1026/96 du 9 juin 1998 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg).

La solution donnée à l'audition de l'agent infiltré, (qui en réalité n'est pas anonyme au regard de son identité d'emprunt) doit aller de pair avec une protection adéquate de l'agent infiltré, même en cas de confrontation.

D'un autre côté il faut se mettre à l'évidence que le milieu du crime organisé, susceptible d'être visé par une opération d'infiltration, permet rarement la présence d'un témoin „dérangeant“, fut-il policier, à l'audience de la juridiction de jugement de sorte que les mesures protectrices de la **confrontation à distance** doivent être maintenues **à l'audience** de la juridiction de jugement.

Article 48-23

Le texte de cet article illustre les développements qui précèdent pour remettre à sa place la mesure de l'infiltration dans le dossier répressif.

Comme l'aveu ne dispense pas le Juge d'Instruction de rechercher d'autres éléments de preuve, conformément à l'article 51(3) du CIC, lors de l'instruction préparatoire, les seules déclarations de l'agent infiltré ne sauraient servir de fondement pour aboutir à une condamnation dans la phase de jugement.

D'autres éléments de preuve et indices graves de culpabilité doivent venir corroborer les constatations faites par l'agent infiltré pour conduire, le cas échéant, à la condamnation d'un prévenu ou à l'inverse, à un acquittement.

L'article 458-1 nouveau du Code Pénal n'est qu'une suite logique des mesures protectrices mises en oeuvre lors du recours à une opération d'infiltration.

*

III. CONCLUSIONS

Le cadre législatif mis (ou à mettre) à la disposition des autorités judiciaires pour combattre la criminalité organisée doit être à la hauteur des moyens mis en oeuvre pour la commission des infractions tout en essayant de maintenir un équilibre difficile et fragile par essence entre la protection des uns et les droits de défense des autres.

Le Juge d'Instruction-Directeur,
Doris WOLTZ

