

Projet de loi 6921 – avis du Barreau de Luxembourg

Le présent avis a été dressé par le Barreau de Luxembourg en concertation avec l'ALAP, l'Association Luxembourgeoise des Avocats Pénalistes.

Le projet de loi 6921 s'inscrit dans un mouvement général d'adaptation de l'arsenal législatif face à la menace terroriste qui s'est accrue les dernières années en Europe.

Tel qu'il a déjà été rappelé par la Commission nationale pour la protection des données¹ et la Commission consultative des Droits de l'Homme² dans leurs avis respectifs concernant le présent projet de loi, il s'agit de ne pas perdre de vue le nécessaire équilibre entre augmentation des moyens répressifs et le respect des droits fondamentaux.

L'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg entend se prononcer principalement quant aux mesures envisagées qui auront le plus d'impact sur les droits de la défense.

L'Ordre est conscient des nécessités d'agir contre la menace terroriste et pour la sécurité des citoyens. Il approuve la volonté du gouvernement de lutter contre cette menace, cependant il est fondamental de garantir le bon fonctionnement de l'Etat de droit et donc des principes du droit pénal.

L'adaptation de la procédure pénale doit dès lors se restreindre aux mesures intrusives, de prévention et d'enquête strictement liées aux faits qui sont susceptibles de constituer une menace pour l'ordre public et/ou les citoyens en relation directe avec le terrorisme.

Ce projet de loi, suivant déjà la modification ponctuelle de la Constitution (article 32-4) introduisant l'état de crise, doit garantir que la lutte contre le terrorisme ne débouche pas sur des dérives consistant en des mesures mettant en danger l'Etat de droit et la démocratie.

De plus, les droits de la défense de tout suspect ou accusé, même des crimes les plus dangereux, doivent trouver un cadre légal certain et dépourvu d'incertitudes : rappelons que le droit pénal est d'interprétation stricte.

Il importe de veiller à ce que la procédure d'exception soit entourée de toutes les garanties pour qu'elle soit appliquée à bon escient.

L'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg formule dès lors les remarques ponctuelles suivantes quant au projet de loi, suite aux différents avis déjà émis en cours de procédure parlementaire.

¹ Délibération n°147/2016 du 12 février 2016.

² Avis 2/2016 du 9 mars 2016.

1. Quant à la rétention

- La modification de l'article 39 prévoit que le juge d'instruction puisse prendre une ordonnance de 'rétention' pour une période de 24 h, prolongeable à 48h. De Prime abord, l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg constate que le choix de la solution d'inspiration belge d'une extension à un maximum de 48 heures de la « garde à vue » en matière de terrorisme par une ordonnance motivée du juge d'instruction est certes plus raisonnable que l'extension à 180 heures prévue en droit français.

Comme cependant aucun recours n'est prévu contre l'ordonnance de prolongation, cette sorte de garde à vue n'est juridiquement fondée que si les raisons de cette procédure pénale exceptionnelles sont clairement circonscrites *in concreto*.

Tel qu'il est à juste titre indiqué par le législateur dans l'exposé des motifs du projet de loi, l'exigence de motivation est garante du respect des articles 12 de la Constitution et 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Or, il faut constater qu'en pratique les ordonnances en matière de détention provisoire posent plus particulièrement deux problèmes.

D'une part, ces ordonnances semblent être choisies quasi-systématiquement par préférence à des mesures de contrôle judiciaire, moins contraignantes.

D'autre part, ces ordonnances, soutenues par une jurisprudence constante de la chambre du conseil, présentent souvent de graves lacunes de motivation.

Rappelons qu'aux termes de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales* »

Ainsi, la liberté doit rester la règle, et la privation de liberté, sous quelque forme que ce soit, l'exception.

Une garde à vue est bien à considérer comme une privation de liberté, alors que l'article 5 de la Convention EDH vise tant l'arrestation que la détention en tant que tels.

Il s'agit donc d'instaurer des garde-fous intégrés clairement au texte de loi afin d'éviter à la fois tout recours systématique à cette mesure et toute motivation lacunaire des ordonnances le prévoyant.

La proposition actuelle de l'article 39 indique, quant à la motivation de l'ordonnance de prolongation de la rétention, qu'

« *Elle mentionne les éléments qui justifient l'ouverture d'un nouveau délai, à savoir:*

1° les indices graves de culpabilité relatifs à un crime ou à un délit;

2° les circonstances particulières de l'espèce »

Une interrogation concerne les deux conditions prévues qui peuvent justifier une telle mesure : sont-elles cumulatives ou alternatives ? Le texte manque de clarté.

D'autre part, si le critère des indices graves de culpabilité est compréhensible, celui des '*circonstances particulières*' reste trop flou et devrait être précisé.

L'Ordre estime nécessaire de préciser dans le texte les « *importantes exigences de motivation* » de ces ordonnances auxquelles sera soumis le Juge d'instruction.

Il convient de tirer à nouveau un parallèle avec l'article 94 CIC prévoyant le mandat de dépôt qui prévoit les motivations qui peuvent justifier un tel mandat, à savoir :

« 1) *S'il y a danger de fuite de l'inculpé; le danger de fuite est légalement présumé, lorsque le fait est puni par la loi d'une peine criminelle;*

2) *s'il y a danger d'obscurcissement des preuves;*

3) *s'il y a lieu de craindre que l'inculpé n'abuse de sa liberté pour commettre de nouvelles infractions* ».

Bien souvent, les avocats font face à des ordonnances indiquant sommairement, qu'il existe des indices graves de culpabilité « *au vu des éléments du dossier* » ou « *au vu du procès-verbal n°xx* » sans que ces éléments ne soient formulés clairement pour pouvoir appeler une réponse de la part de la personne mise sous mandat de dépôt, et sans que l'avocat n'ait eu accès aux pièces du dossier.

De même, quant aux circonstances particulières de l'espèce, les avocats doivent trop souvent faire face à une motivation contenant une circonstance qui semble piochée au hasard parmi les circonstances de l'espèce comme justifiant tantôt un danger de fuite non légalement présumé, tantôt une crainte de récidive. Ce alors même qu'il existe pourtant des éléments à décharge, qui ne sont pas pris en compte par le juge d'instruction¹.

Or la jurisprudence actuelle de la Chambre du conseil accepte de telles motivations lacunaires, en retenant qu'il suffit que le juge d'instruction motive « *sommairement* » son ordonnance sur base de l'article 94 CIC.

Ainsi l'Ordre propose la rédaction suivante pour cette partie de l'article 39 (1) (les parties modifiées sont mises en évidence) :

„Dans le cadre d'une enquête de flagrance portant en tout ou en partie sur un ou plusieurs des faits énumérés ci-après:

1. *crimes et délits contre la sûreté de l'Etat au sens des articles 101 à 123 du Code pénal;*

2. *actes de terrorisme et de financement de terrorisme au sens des articles 135-1 à 135-6, 135-9 et 135-11 à 135-16 du Code pénal;*

le juge d'instruction, agissant sur réquisition du procureur d'Etat peut prendre une ordonnance visant à prolonger ce délai.

La privation de liberté qui résulte de cette ordonnance ne peut, en aucun cas, excéder vingt-quatre heures, à compter de la notification de l'ordonnance.

*L'ordonnance est motivée **de manière exhaustive** et ne peut être prise qu'une seule fois.*

*Elle mentionne **de manière explicite et détaillée** les éléments cumulatifs qui justifient l'ouverture d'un nouveau délai, à savoir:*

1° les indices graves de culpabilité relatifs à un ou plusieurs crimes ou délits contre la sûreté de l'Etat au sens des articles 101 à 123 du Code pénal ou à un ou plusieurs actes de terrorisme et de financement de terrorisme au sens des articles 135-1 à 135-6, 135-9 et 135-11 à 135-16 du Code pénal

;

2° les circonstances particulières de l'espèce justifiant l'ouverture d'un nouveau délai ».

Enfin, l'Ordre est par ailleurs d'avis qu'il faudrait indiquer que le droit de consultation de l'avocat, tel que précisé dans d'autres dispositions, n'est pas remis en cause, alors que le renvoi au projet de loi 6758 est insuffisant de ce point de vue.

2. L'enquête sous pseudonyme

Le Barreau de Luxembourg comprend qu'en matière de terrorisme, la sécurité nationale puisse requérir des mesures d'enquête exceptionnelles pour détecter des indices d'infractions graves en préparation.

A l'instar de l'avis du Conseil d'Etat, il y a lieu de respecter les droits individuels tels qu'ancrés dans la Constitution et dans la Convention Européenne des droits de l'Homme, ainsi que dans la Charte Européenne des Droits Fondamentaux.

Aussi faut-il respecter la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, en particulier l'arrêt récent, *Zakharov / Russie*, du 4 décembre 2015, en s'assurant de l'existence de garanties adéquates et effectives contre les abus. La lutte contre la criminalité extrême ne doit en effet pas porter atteinte au caractère démocratique de la société.

L'enquête sous pseudonyme est une mesure nouvelle. Des mesures spéciales d'écoute avaient été introduites d'abord par la loi 26 novembre 1982 portant introduction au code d'instruction criminelle des articles 88-1, 88-2, 88-3 et 88-4, loi modifiée le 7 juillet 1989 et le 7 novembre 1996. Ce sont des mesures que l'on peut appeler encore des *méthodes policières 'undercover'*³

En 1982, les travaux préparatoires soulignaient que « conformément à une conception rigoureuse des exigences de la protection de la vie privée [...], l'application des mesures d'instruction proposées ne peut être ordonnée que par le juge d'instruction ».

L'arrêt de la CEDH du 6 septembre 1978, *KLASS* et autres était cité, l'ingérence de l'Etat dans la vie privée garanti par l'article 8 §2 de la Convention se justifiant uniquement par son interprétation étroite, strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques.

Dans ce contexte, l'Ordre fait remarquer que lorsqu'une instruction est confiée à juge d'instruction, un contrôle judiciaire permanent est possible, dans un cadre strict restreint aux mesures exceptionnelles ordonnées en la matière.

³ Voir *Les méthodes policières 'undercover'*, Annales du droit luxembourgeois, vol.9-1999, Bruylant, 2000

Le Barreau estime nécessaire que lorsque ces mesures exceptionnelles sont ordonnées par le procureur d'Etat, sans l'intervention d'un juge d'instruction, il faille faire en sorte de ne pas faire planer de doutes sur la nécessité absolue de prendre recours à de telles mesures intrusives, alors qu'il n'appartiendrait pas au parquet et à la police de se substituer au service de renseignement dans certains cas, chacun ayant leurs propres missions.

Dans ce cadre, il constate avec satisfaction que, suite aux différents avis de la CNPD et amendements gouvernementaux, l'article 48-26 §1 du Code de procédure pénale prévoit que l'enquête sous pseudonyme sera effectuée par des officiers de police judiciaire spécialement habilités.

Cependant, cette décision pourra émaner non seulement du juge d'instruction, mais aussi du procureur d'Etat. Le Barreau estime nécessaire de questionner le fait que désormais, dans le cas de faits très graves de terrorisme, ce ne soit plus le juge d'instruction qui soit exclusivement compétent pour ordonner des mesures très intrusives, malgré certaines garanties prévues.

Il constate encore que la provocation policière semble être exclue dans l'échange électronique prévu, étant explicitement interdite par le texte, ce qu'il salue. Cependant, afin de garantir qu'en pratique aucune violation de ce principe ne puisse se passer, il y a lieu de prévoir un accès complet aux échanges qui auront eu lieu en ligne sous couvert de cette mesure. Un simple accès au rapport de l'OPJ ayant réalisé l'enquête sous pseudonyme ne serait pas suffisant pour garantir le respect de cette procédure très intrusive.

Aussi le Barreau de Luxembourg propose de prévoir d'insérer une phrase supplémentaire dans l'article 48-26 in fine, libellée ainsi :

« L'inculpé et son conseil auront accès à tous les éléments de preuve recueillis par l'emploi des mesures d'enquête sous pseudonyme. »

Le Barreau de Luxembourg se rallie à la remarque de la CNPD comme quoi, en ce qui concerne le cas de figure d'une enquête sous pseudonyme effectuée en dehors d'une instruction judiciaire, il faut prévoir des garanties spéciales.

Aussi, lorsque les mesures d'enquête sous pseudonyme n'ont donné aucun résultat, les données obtenues devraient être retirées du dossier et détruites dans la mesure où elles concernent des personnes non visées par l'instruction voire l'enquête préliminaire.

Enfin, dans le cadre des droits procéduraux à respecter, si la décision d'opérer l'enquête sous pseudonyme doit être écrite et contenir un certain nombre de mentions, un cas exceptionnel consiste en une instruction orale en cas d'urgence : une telle mesure doit, selon l'Ordre, être suivie d'une ordonnance retraçant l'instruction orale, et ce dès dans les 24 heures, le bref délai évoqué n'étant pas suffisant. En outre, ceci doit se faire à peine de nullité.

3. L'identification de l'utilisation d'un moyen de télécommunication

La surveillance et le contrôle de toutes les formes de communication

Le Barreau de Luxembourg abonde dans le sens des observations du Conseil d'Etat en matière de préservation des droits, notamment en référence de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne *Digital Rights* et l'arrêt confirmatif de ces principes du 21 décembre 2016, relatif au principe de proportionnalité de la mesure ordonnée.

Ces mesures portant particulièrement atteinte à la vie privée doivent en effet être strictement encadrées. Elles ne pourront être, selon le dernier texte amendé par le gouvernement, ordonnées que par un juge d'instruction et à titre exceptionnel, ce que nous saluons.

Quant aux mesures en cause qui pourraient toucher les avocats, le Barreau note avec satisfaction leur interdiction de principe.

Le texte prévoit une exception, si l'avocat est lui-même suspecté d'avoir commis une telle ou avoir participé à l'infraction.

Dans ce cas, même si le juge d'instruction ne peut ordonner de telles mesures qu'à titre exceptionnel et par décision spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce, ainsi que dans le respect des conditions prévues aux articles 88-2 et 88-4, le Barreau estime qu'il ne suffit pas de prévoir, sous peine de nullité, que le bâtonnier en soit uniquement averti.

Pour plus de clarté, le Barreau de Luxembourg estime en premier lieu nécessaire d'ajouter le bout de phrase « dès le début de la mesure ».

Quant au texte projeté de l'article 88-2 (5), le Barreau estime qu'il faut le compléter ainsi :

*« Ces mesures ne peuvent être ordonnées à l'égard d'une personne liée par le secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal, à moins qu'elle ne soit elle-même suspecte d'avoir commis l'infraction ou d'y avoir participé, **lorsqu'il existe des indices graves et concordants d'implication dans une telle infraction** ».*

L'alinéa de 2 l'article 88-2 (5) est à modifier comme suit: « La mesure ne peut, à peine de nullité, être ordonnée à l'égard d'un avocat ou d'un médecin sans que le bâtonnier ou le représentant du Collège médical, selon le cas, en soit averti. Le Bâtonnier ou son représentant, respectivement le représentant du Collège médical, selon le cas, peut prendre connaissance des communications et adresser au juge d'instruction toutes observations concernant la sauvegarde du secret professionnel. Le procès-verbal prévu par l'article 88-4, paragraphe (4) mentionne à peine de nullité que le Bâtonnier ou son représentant, respectivement le représentant du Collège médical, ont été dûment avertis de l'exécution de ces mesures, ainsi que les observations que le cas échéant ils ont estimé devoir faire.

Ces mêmes personnes sont informées par le juge d'instruction des éléments des communications recueillis qui relèvent du secret professionnel et qui ne sont pas consignés au procès-verbal prévu par l'article 88-4, paragraphe (4). »

En outre, le Barreau préconise les mesures suivantes :

- La destruction des éléments recueillis (enregistrements, copies et autres données et renseignements) prévue à l'art. 88-4 (8 nouveau) du CPP doit pouvoir se faire en présence de la personne qui a été visée ou de son conseil. Un récépissé établissant la destruction doit être établi à cette occasion.
- L'exception au délai d'information de 12 mois suivant la cessation de la surveillance de la personne visée prévue par l'art. 88-4 (4) est très problématique alors qu'elle serait justifiée par le simple fait que la surveillance aurait eu lieu en lien plus ou moins direct avec des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat ou des actes de terrorisme ou de financement du terrorisme (« [...] *des faits qui se situent dans le cadre ou en relation* [...] »).

Ceci pourrait créer des situations où une personne se retrouverait sans aucun recours contre la surveillance effectuée sur elle alors même qu'elle n'aurait pas été inculpée. Il faut soit justifier cette

non information de la personne par des indices graves et concordants à son égard, soit prévoir que le délai de 12 mois s'applique sans exception.

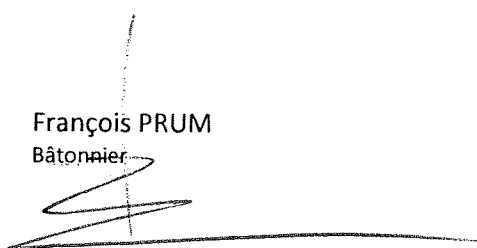
- L'article 84 (6 nouveau) du CPP tel que libellé par l'amendement gouvernemental dans le document préparatoire du projet de loi n° 6921-7 (p.9), prévoit toujours - comme lors du texte soumis au départ - un délai de forclusion de 5 jours, tel que figurant à l'article 126 du Code d'instruction criminelle.

Or les mesures de surveillances peuvent avoir accumulé une quantité importante de matériel qu'il peut être infaisable de vérifier dans un délai si court. Au vu de ce caractère grave de la mesure, le Barreau suggère au législateur de prévoir un tel allongé de recours d'un mois par trois mois de surveillance.

En effet, si la personne surveillée et son conseil ne disposent pas du temps nécessaire pour prendre connaissance des éléments qui sont ressortis de la surveillance, un recours effectif ne sera pas possible.

Luxembourg, le 26 juillet 2017

François PRUM
Bâtonnier



ⁱ Rappelons que le magistrat instructeur doit instruire tant à charge qu'à décharge