

Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg

Sur le projet de loi n°7759 déposé par le Ministère de la Justice relatif à la mise en application du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen et modifiant le Code de procédure pénale.

(31/03/2021)

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n°7759 sous rubrique.

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi soumis à l'examen du Conseil de l'Ordre a pour objet la mise en application du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen et modifiant le Code de procédure pénal (ci-après, le « **Règlement** »).

Le projet de loi n°7759 est intrinsèquement lié au projet de loi n°7760.

En France, la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée est venue mettre en application le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen et modifiant le Code de procédure pénale.

En Belgique, la loi du 17 février 2021 portant des dispositions diverses en matière de justice a eu le même objet.

Le Conseil de l'Ordre souligne d'emblée que nos deux pays voisins se sont, lors de la mise en œuvre de ce règlement, dotés de garde-fous essentiels pour garantir les droits de la défense et assurer un contrôle par un magistrat du siège, des actes posés par les procureurs européens délégués.

En effet, si le projet de loi n°7759 prévoit des modifications d'importance au Code de procédure pénale par l'ajout d'un titre IV traitant du Parquet européen, le Conseil de l'Ordre note que les compétences et attributions des procureurs européens délégués s'exerceront sur trois niveaux : ils seraient à la fois ministère public (donc autorité poursuivante), juge d'instruction (donc magistrat instructeur et enquêteur) et juridiction de règlement de la procédure.

Ce système est à lui seul extrêmement dérangeant et pose des questions fondamentales quant au respect des droits de la défense, aux recours ouverts au justiciable contre les actes posés par les procureurs européens délégués, et soulève de vives inquiétudes sur les garanties d'indépendance des procureurs européens délégués. Le Conseil de l'Ordre reviendra sur ces points ci-après.

COMMENTAIRES

I. Concernant la compétence rationae loci et matérielle

Le 6^{ème} paragraphe de l'article 26 du Code de procédure pénale définit la compétence matérielle exclusive des procureurs européens délégués, mais aussi celles du procureur d'Etat de Luxembourg et celle des juridictions de l'arrondissement judiciaire de Luxembourg.

L'arrondissement judiciaire de Diekirch se voit dès lors enlever toute compétence pour les infractions pénales « *portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne* ». A ce titre, le Conseil de l'Ordre donne à considérer que le Parquet européen est également compétent à l'égard de toute infraction indissociablement liée à un comportement délictueux relevant de sa compétence exclusive.

La compétence matérielle est rétroactive pour toute infraction commise après le 20 novembre 2017.

Le Conseil de l'Ordre n'a pas de commentaires particuliers quant à la compétence exclusive confiée aux procureurs européens délégués et aux juridictions de l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, compétence exclusive pouvant s'expliquer par la volonté de favoriser une spécialisation des magistrats et juridictions concernés.

II. Concernant les actes d'enquête et d'instruction : Article 88-5 du Code de procédure pénale

Le projet de l'article 88-5 du Code de procédure pénale met en application l'article 30, e) du Règlement.

Cette disposition nouvelle permettrait d'instaurer des mesures spéciales de surveillance conformément à l'article 88-1 du Code de procédure pénale (moyens de surveillance des communications téléphoniques, captation de données informatiques etc...) pour les infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

Pour autant, bien que le Conseil de l'Ordre puisse comprendre l'intérêt d'une telle mesure d'enquête et d'instruction pour des infractions graves touchant aux intérêts financiers de l'Union européenne, il est difficile de pouvoir justifier qu'une telle possibilité ne soit pas permise pour des infractions pénales qui viendraient à toucher aux intérêts financiers nationaux.

Il y a là une rupture d'égalité de traitement qui ne se justifie pas.

En ce sens le Conseil de l'Ordre rejoint l'avis du Cabinet d'instruction du 26 février 2021.

III. Compétences et attribution des procureurs européens délégués : articles 136-1 à 136-3 du Code de procédure pénale

En ce qui concerne le projet de l'article 136-1 du Code de procédure pénale, le Conseil de l'Ordre précise que l'article 4 du Règlement définit les missions du Parquet européen tandis que les articles 5 et 6 consacrent les principes de fonctionnement et l'obligation de rendre compte du Parquet européen.

Aux termes de l'article 136-2 du Code de procédure pénale, le Conseil de l'Ordre observe que les procureurs européens délégués se verraient attribuer la compétence de « rechercher », « poursuivre » les auteurs et complices d'une infraction touchant aux intérêts financiers de l'Union européenne, et de les « renvoyer » en jugement.

Cet article illustre bien la problématique soulevée en introduction par le Conseil de l'Ordre. Les procureurs européens délégués se verraient in fine attribuer trois « fonctions », qui, suivant le Conseil de l'Ordre, ne peuvent être réunies en une seule main car incompatibles avec les règles fondamentales régissant le procès pénal en droit national.

Il est impensable qu'un procureur puisse concentrer à la fois des pouvoirs d'enquêteur, d'autorité de poursuite, de juge d'instruction et de juridiction de renvoi.

Ainsi, le fait qu'un procureur européen délégué puisse « renvoyer en jugement » l'auteur ou le complice d'une infraction revient à lui confier les pouvoirs d'une juridiction de règlement telle que nous la connaissons à Luxembourg, rôle jusqu'alors confié à la chambre du conseil composée de trois magistrats du siège, indépendants par définition et impartiaux.

Le Conseil de l'Ordre estime donc à ce stade qu'une telle concentration et confusion de pouvoirs et de fonction n'est pas compatible avec notre droit national et préjudicie gravement aux droits de la défense.

IV. Procédure

L'article 136-6 du Code de procédure pénale sous examen prévoit un dessaisissement obligatoire du juge d'instruction au profit des procureurs européens délégués si ces derniers, nonobstant une instruction nationale entamée, décident d'exercer leurs compétences.

Or, à l'heure actuelle, les seuls cas de dessaisissement prévus au Code de procédure pénale sont contenus aux articles 29 (3) et 55 dudit code (c-à-d en cas de saisie de deux juges d'instructions l'un relevant de l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, l'autre de Diekirch par exemple dans une même enquête, ou encore dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice).



Ici encore, le fait qu'une fois saisi, un juge d'instruction ne puisse, sauf exception, être dessaisi, était une garantie fondamentale procès pénal, ayant pour effet d'offrir au magistrat instructeur une liberté d'action et mettant à l'abri ce dernier, tout comme le justifiable d'ailleurs, d'une dessaisie arbitraire d'un dossier.

De surcroît, le Conseil de l'Ordre estime que ce dessaisissement forcé peut en pratique poser des problématiques procédurales complexes dont il ne semble pas avoir été tenu compte ; quid si une instruction nationale est ouverte contre plusieurs personnes, pour une multitude de faits liés entre eux, certains pouvant entrer dans le champ de compétence des procureurs européens délégués, et les autres restant dans le giron des autorités de poursuites et d'instruction nationales ?

Le dessaisissement du juge d'instruction luxembourgeois s'appliquera à qui concrètement ? Concernera-t-il l'ensemble des faits ?

Un tel acte de dessaisissement sera-t-il susceptible de contestation quelconque, un recours ne semblant pas avoir été envisagé dans le projet de loi sous examen ?

A ce titre, le Conseil de l'Ordre partage les inquiétudes formulées par le Cabinet d'instruction dans son avis du 26 février 2021.

Enfin, le projet du paragraphe (3) de l'article 136-6 du Code de procédure pénale vient mettre en application l'article 28, paragraphe 2 du Règlement. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la saisine du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans l'hypothèse d'une « urgence » et des critères de l'urgence.

V. Pouvoirs du procureur européen délégué : article 136-8 du Code de procédure pénale

Comme déjà évoqué à plusieurs reprises ci-avant, aux termes du projet de l'article 136-8 du Code de procédure pénale, le procureur européen délégué se voit accorder des prérogatives normalement réservées au juge d'instruction, créant de facto une entité par nature qualifiable d'autorité de poursuite, dotée de pouvoirs exorbitants d'instruction, qui eux sont traditionnellement de la compétence d'un juge d'instruction.

A titre d'exemple, il se voit accorder la compétence d'ordonner des perquisitions et saisies, les décisions en matière de mandat d'amener et d'arrêt et en matière de mandat de dépôt demeurent de la compétence du juge d'instruction, mais sont prises sur réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué.

Aux termes du projet du paragraphe (7) de l'article 136-8 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction ne fait qu'exécuter l'acte d'instruction requis. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur le pouvoir de décision du juge d'instruction. Le commentaire des articles précise que le juge d'instruction « *contrôle néanmoins si les conditions pour ordonner de telles mesures sont remplies* ».

Le Conseil de l'Ordre donne à considérer que l'attribution des prérogatives du juge d'instruction au procureur européen délégué est contraire aux principes traditionnels de la procédure pénale luxembourgeoise.

Le considérant 15 du Règlement dispose que « *Le présent règlement s'applique sans préjudice des systèmes nationaux des États membres concernant la manière dont les enquêtes pénales sont organisées.* »

L'article 30 du Règlement, lorsqu'il dispose que « *les États membres veillent à ce que les procureurs européens délégués soient habilités à ordonner ou à demander les mesures d'enquête suivantes* » s'adresse naturellement à des États membres aux systèmes judiciaires différents avec ou sans l'institution du juge d'instruction.

D'ailleurs, le point 5. du même article précise que « *Les procureurs européens délégués ne peuvent ordonner les mesures visées aux paragraphes 1 et 4 que s'il existe des motifs raisonnables de croire que la mesure spécifique en question pourrait permettre d'obtenir des informations ou des éléments de preuve utiles à l'enquête, et pour autant qu'il n'existe aucune mesure moins intrusive qui permettrait d'atteindre le même objectif. Les procédures et les modalités d'adoption des mesures sont régies par le droit national applicable.* » (nous soulignons).

Il est également important de citer ces considérants (nous soulignons) :

« (70) Il est essentiel, pour l'efficacité des enquêtes et des poursuites relatives à des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, que le Parquet européen puisse rassembler des éléments de preuve en recourant à tout le moins à un ensemble minimal de mesures d'enquête, dans le respect du principe de proportionnalité. Pour les besoins des enquêtes et des poursuites qu'il mène, le Parquet européen devrait pouvoir recourir à ces mesures à l'égard des infractions qui relèvent de son mandat, à tout le moins lorsque celles-ci sont passibles d'une peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement, ces mesures pouvant toutefois faire l'objet de restrictions conformément au droit national.

(71) Outre l'ensemble minimal de mesures d'enquête visées dans le présent règlement, les procureurs européens délégués devraient être habilités à demander ou à ordonner toute mesure à laquelle les procureurs peuvent avoir recours en droit national dans le cadre de procédures nationales similaires. La possibilité de recourir à une telle mesure devrait être assurée dans tous les cas où la mesure d'enquête indiquée existe, mais peut faire l'objet de restrictions conformément au droit national.

(87) L'article 86, paragraphe 2, du TFUE prévoit que le Parquet européen exerce l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres. Les actes pris par le Parquet européen dans le cadre de ses enquêtes sont étroitement liés aux poursuites qui pourraient en résulter et ont donc des effets dans l'ordre juridique des États membres. Dans de nombreux cas, ces actes seront exécutés par les autorités répressives nationales agissant sur instructions du Parquet européen, après avoir obtenu dans certains cas l'autorisation d'une juridiction nationale. »

Au vu des principes de procédure pénale luxembourgeois, le Conseil de l'Ordre estime qu'il est inimaginable qu'une autorité qui n'est pas un juge du siège indépendant et impartial puisse prononcer, hors cas de flagrance, des mesures aussi attentatoires que des perquisitions ou des saisies.

Cette possibilité est déroatoire à notre droit national.

Le Conseil de l'Ordre s'interroge quant à la constitutionnalité de cette disposition, notamment par rapport à l'article 10bis de la Constitution. Des personnes placées dans une même situation vont, *in fine*, bénéficier de moins de garanties procédurales, par exemple en présence d'infractions de droit commun connexes à des atteintes aux intérêts de l'Union qui relèveront de la compétence du procureur européen délégué.

Le Conseil de l'Ordre tient à souligner, à titre d'exemple qu'aux termes de la loi belge du 17 février 2021 portant des dispositions diverses en matière de justice, des juges d'instruction sont désignés pour traiter prioritairement les dossiers dont ils sont saisis par le procureur européen délégué. Les procureurs européens délégués ne se voient pas attribuer des prérogatives réservées aux juges d'instruction.

De même, le texte français est également différent. Ainsi aux termes de la loi française n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, les procureurs européens délégués se voient également attribuer certaines prérogatives traditionnellement réservées aux juges d'instruction. Cependant les actes d'instruction les plus coercitifs et les mesures restrictives de libertés ont été réservés aux juges d'instruction, respectivement aux juges des libertés et de la détention. A ce titre, le Conseil d'Etat s'est prononcé comme suit :

« S'agissant des autres dispositions qui adaptent le droit répressif français pour tenir compte de l'innovation que constitue le Parquet européen, et notamment du modèle inédit de ministère public exercé par le procureur européen délégué, combinant les prérogatives du parquet et du juge d'instruction, le Conseil d'Etat considère qu'elles ne sont pas contraires aux exigences constitutionnelles. Il relève à cet égard que le procureur européen délégué ne peut avoir recours aux actes d'investigations les plus coercitifs ou aux mesures restrictives de liberté qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention et que les actes qu'il peut prendre au lieu et place du juge d'instruction sont soumis au contrôle de la chambre de l'instruction. »

(Conseil d'Etat français, Avis sur un projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée du 23 janvier 2021, §19)

Les craintes formulées dans les avis respectifs de la Cour Supérieure de Justice du 4 mars 2021, du cabinet d'instruction du 26 février 2021 sont partagées par le Conseil de l'Ordre qui voit dans ce texte, un changement inacceptable de philosophie dans la procédure pénale, passant d'un système classiquement connu au Luxembourg comme « inquisitoire » dans lequel le juge du siège joue un rôle extrêmement actif dans la procédure pénale, disposant du pouvoir d'enquête et d'instruction lui permettant de se forger un avis impartial, à un système « accusatoire » dans lequel le juge ne serait que passif et ne jouerait qu'un rôle « d'arbitre » en ayant laissé à l'autorité de poursuite et aux parties le rôle d'instruire le dossier.

De surcroît, laisser à l'autorité de poursuite le rôle d'instruire le dossier en le dotant de pouvoirs d'instruction exorbitants et coercitifs, sans contrôle ni obligation d'instruire à charge et décharge, choque profondément le Conseil de l'Ordre et viole allègrement les droits élémentaires de la défense.

Le Conseil de l'Ordre propose de réserver ses compétences au juge d'instruction qui se verrait simplement saisi par les réquisitions écrites et motivés des procureurs européens délégués.

Toujours quant aux pouvoirs du procureur européen délégué, l'article 136-8 du Code de procédure pénale ne soumet ces prérogatives à aucun critère de gravité de l'infraction tel que le Règlement le permet pourtant. Le projet de loi sous examen accueille donc largement l'extension de pouvoirs normalement réservés au juge d'instruction, ce qui est incompatible avec tous les principes de notre procédure pénale nationale, garants d'impartialité, de neutralité et d'une instruction pénale conduite à charge et à décharge.

A titre subsidiaire, le Conseil de l'Ordre serait ainsi favorable à ce que telles mesures ne soient possibles qu'en présence d'une infraction particulièrement grave, dont le maximum de la peine d'emprisonnement est d'au moins 4 ans, tel que prévu par l'article 30 du Règlement.

VI. Quant aux voies de recours : articles 136-10 et 136-11 du Code de procédure pénale

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur les voies de recours contre les actes d'enquête/d'instruction du procureur européen délégué.

Dans la mesure où aucune procédure dérogatoire n'est prévue par le projet de loi n°7759, l'appel est ouvert contre les actes traditionnellement qualifiés d'instruction pris par le procureur européen délégué et le recours en nullité est ouvert contre les actes traditionnellement qualifiés d'enquête ordonnés par le procureur européen délégué. Au stade du règlement de la procédure, la procédure d'appel est expressément prévue par le projet de l'article 136-16 (2) du Code de procédure pénale.

Aucune disposition dérogatoire n'est prévue en matière de mise en liberté provisoire, de sorte que la procédure de droit commun prévue par les articles 113 et suivants du Code de procédure pénale est applicable.

Pour un texte plus lisible, et assurer pleinement les garanties fondamentales, les droits des parties ne devraient pas s'arrêter à deux articles mais être détaillés en ce qui concerne notamment les droits de former des recours en nullité ou d'appeler contre certains actes, même en ayant recours à la technique du renvoi aux articles pertinents.

De surcroît, le Conseil de l'Ordre se rallie aux remarques formulées par le cabinet d'instruction dans son avis du 26 février 2021 soulignant qu'il n'est pas prévu de recours pour ce qui est des actes posés par les procureurs européens délégués agissant en cas de flagrance ou dans le cadre d'une enquête préliminaire. Le texte doit permettre l'exercice de voies de recours effectives contre les actes posés dans le cadre de ces procédures spécifiques.

VII. Le règlement de la procédure prévue aux articles 1361-12 à 136-16 du Code de procédure pénale

L'article 136-15 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur européen délégué procède au règlement de la procédure par émission d'une ordonnance.

Il se meut ainsi en juridiction de renvoi, pouvoir réservé en droit national à la chambre du conseil. Le Conseil de l'Ordre ne peut marquer son accord à ce que cette compétence et ce pouvoir de renvoyer une personne en jugement, soit dévolue à une autorité de poursuite par nature, qui n'est ni indépendante, ni impartiale.

De surcroît, même si les dispositions de l'article 136-16 permettent d'interjeter appel de cette ordonnance devant la chambre du conseil de la Cour d'appel, le Conseil de l'Ordre est d'avis que concentrer les pouvoirs d'autorité de poursuite et de juridiction de renvoi dans une seule et même main, revient à priver le justiciable, dans une matière aussi sensible que la matière pénale, à l'examen de son dossier par un double degré de juridiction, constitué de magistrats du siège, indépendants et impartiaux.

Considérations d'ordre légistique ou formel

Il est étonnant que le Parquet européen fasse l'objet d'un titre V au sein du Code de procédure pénale, aux articles 136-1 et suivants.

Ces articles suivent une section XVII relative à « *la reprise de l'information sur charges nouvelles* ».

A notre sens, il serait plus logique de placer les articles relatifs au Parquet européen à la suite de ceux traitant du Ministère public, c'est-à-dire à la suite des articles 26 et suivants.

Au point (3) de l'article 136-3 il conviendrait de préciser que les articles cités sont ceux du Code de procédure pénale.

Luxembourg, le **31 MARS 2021**

La Bâtonnière,
Valérie Dupong

