CONSEIL D'ÉTAT
==========
N° CE : 60.148
N° dossier parl. : 7533

Projet de loi

portant modification
1° du Code pénal ;
2° du Code de procédure pénale ;
3° de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie ;
4° de la loi modifiée du 17 mars 1992 portant
1. approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne, le 20 décembre 1988 ;
2. modifiant et complétant la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie ;
3. modifiant et complétant certaines dispositions du Code d'instruction criminelle ;
aux fins de transposition de la directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal

---

Troisième avis complémentaire du Conseil d'État

(16 juillet 2021)

Par dépêche du 28 juin 2021, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'un amendement parlementaire relatif au projet de loi sous rubrique, adopté par la Commission de la justice lors de sa réunion du 25 juin 2021.

Au texte de l'amendement était joint un texte coordonné du projet de loi initial tel qu'amendé par l'amendement ayant été transmis au Conseil d'État par la prédite dépêche, faisant apparaître les modifications proposées en caractères gras et soulignés.

L'examen du texte coordonné fait encore constater quelques modifications mineures au texte proposé pour l'article 31 du Code pénal, qui ne font toutefois pas l'objet d'un amendement formel. Étant donné que ces modifications ne sont que d'ordre rédactionnel, le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler à leur propos.

Examen de l'amendement unique

L'amendement sous examen entend répondre à l'opposition formelle émise par le Conseil d'État dans son deuxième avis complémentaire du

11 mai 2021 à l'encontre du second des amendements parlementaires du 17 mars 2021, en complétant la troisième phrase de l'article 506-4 du Code pénal, telle qu'elle a été ajoutée à cet article par l'amendement parlementaire ayant fait l'objet du deuxième avis complémentaire précité du 11 mai 2021[1], par les termes « et que son auteur ne peut faire l'objet de poursuites au Luxembourg ».

L'amendement sous examen est accompagné d'un commentaire consistant essentiellement en un exposé de quatre hypothèses destinées à démontrer l'absence d'un traitement contraire à l'article 10*bis* de la Constitution, tel que relevé par le Conseil d'État dans son deuxième avis complémentaire précité du 11 mai 2021, sauf « éventuellement » dans un seul cas de figure, et auquel l'amendement proposé est censé remédier.

Le Conseil d'État relève que les explications fournies par les auteurs de l'amendement sous examen ne contiennent pas de réponse aux interrogations formulées par le Conseil d'État quant aux critères régissant le principe de l'égalité devant la loi inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle.

Ainsi que le Conseil d'État l'avait rappelé à l'occasion de son avis du 11 mai 2021, le but poursuivi par les auteurs de l'amendement sous avis est d'« éviter que l'auteur d'une infraction primaire, commise au Luxembourg, n'encourt, pour blanchiment détention, une peine supérieure à celle prévue pour l'infraction primaire »[2].

Dans sa version actuelle, l'article 506-4 du Code pénal prévoit que, contrairement au recel, l'auteur de l'infraction primaire, ainsi que ses complices, encourent également les peines comminées pour blanchiment de fonds.

Les quatre hypothèses décrites à l'appui de l'amendement sous examen partent toutes de la supposition que la nature exacte de l'infraction primaire est connue et peut de ce fait être poursuivie soit en même temps que le blanchiment de son produit, auquel cas il y aura application des règles du concours matériel d'infractions, soit peut l'être seule, tout comme le blanchiment peut être poursuivi seul, sans que l'infraction primaire ne fasse l'objet de poursuites.

Ces hypothèses appellent toutefois un certain nombre d'observations.

Ainsi, il y a lieu de rappeler ce qui suit. Pour pouvoir être poursuivie, l'infraction de blanchiment requiert, en tant qu'éléments constitutifs matériels, dans le cas de figure visé à l'article 506-1, point 3), du Code pénal, d'une part, un acte d'acquisition, de détention ou d'utilisation des biens concernés, et, d'autre part, l'existence d'une des infractions primaires reprises à l'article 506-1, points 1) et 3), du Code pénal. En revanche, elle ne requiert,

[1] Cet amendement avait redonné à l'alinéa 1er de l'article 506-4 du Code pénal sa teneur actuellement en vigueur et avait proposé l'ajout d'un alinéa 2, prévoyant que « Par dérogation aux articles 60, 61 et 65, lorsque l'auteur ou le complice de l'infraction primaire est poursuivi en application de l'article 506-1, point 3), la peine prévue pour l'infraction primaire sera seule prononcée. Lorsque l'infraction à l'article 506-1, point 3) est poursuivie seule, la peine prononcée ne pourra excéder celle prévue pour l'infraction primaire, sauf si celle-ci a été commise à l'étranger. »

[2] Commentaire de l'amendement unique, p. 2 (doc. parl. 7533[7]).

au titre de l'élément intentionnel dont la preuve appartient à la partie poursuivante, que la conscience dans le chef du prévenu de l'origine frauduleuse des fonds, et non pas celle de la nature exacte des infractions primaires. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire que l'infraction primaire puisse, voire doive, être identifiée avec précision, mais il suffit pour la partie poursuivante de rapporter la preuve que le prévenu du chef de blanchiment, y compris de blanchiment-détention, aurait dû savoir ou se douter, sur base de données de fait, que toute provenance licite des fonds puisse être exclue.[3]

Ainsi, même si dans la pratique, et notamment pour les affaires purement nationales, la nature de l'infraction primaire est généralement – mais pas toujours - connue, il n'en est pas ainsi pour une bonne partie des infractions commises à l'étranger et dont le produit est blanchi au Luxembourg.

Or, cette incertitude possible sur la connaissance précise de la nature de l'infraction primaire a une influence directe quant à la réponse à apporter sur la question relative à l'égalité du traitement soulevée par le Conseil d'État dans son deuxième avis complémentaire précité du 11 mai 2021.

Les quatre hypothèses admettent encore pour constant qu'en tout état de cause, « tous les prévenus encour[e]nt les mêmes peines ». Or, tel n'est pas nécessairement le cas pour toutes les infractions pouvant constituer des infractions primaires, cela d'autant plus que dorénavant, l'éventail de ces infractions couvrira, selon le point 2° de l'article 1er du projet de loi sous avis, tous les crimes ou délits. Or, un certain nombre de circonstances, soit réelles, soit personnelles, sont de nature à directement influer sur la peine comminée par la loi (indépendamment donc de l'individualisation de la peine par le juge dans sa décision, critère qui n'entre pas en ligne de compte ici).

Ainsi, les vols commis dans les circonstances prévues à l'alinéa 1er de l'article 462 du Code pénal – qui est également applicable à d'autres infractions – ne donnera lieu qu'à des réparations civiles entre les personnes y visées, tandis que l'alinéa 2 prévoit expressément que tous les autres participants seront « puni[s] comme si la disposition qui précède n'existait pas ».

Quid encore du coauteur ou complice d'un auteur qui n'est pas responsable pénalement (minorité, irresponsabilité, existence d'une cause de justification exclusive de l'infraction, etc.), voire d'un auteur qui, au contraire, est puni de peines aggravées (récidive, etc.), ou même du chef d'une infraction qui ne peut légalement être imputée au coauteur ou complice

[3] Cour d'appel, 14 mai 2019, no. 173/19, V, et les références, notamment françaises et belges, y citées, jurisprudence constante, publié sous https://anon.public.lu/D%C3%A9cisions%20anonymis%C3%A9es/CSJ/05_Chambre%20correctionnelle/2019/20190514_CA5_173a-accessible.pdf.
Il importe de noter que les recommandations du Groupement d'action financière vont dans le même sens, voir note interprétative de la recommandation 3 (infraction de blanchiment) : « (…) 7. Les pays devraient s'assurer que: (a) L'élément intentionnel et la connaissance requis pour prouver le blanchiment de capitaux peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives. », de telle sorte qu'une disposition requérant une qualification précise de l'infraction primaire dans le chef du prévenu pour blanchiment serait source d'une non-conformité du droit national (https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations%20du%20GAFI%202012.pdf p. 36), principes repris pour l'infraction de financement du terrorisme (*ibid*., p. 37).

(parricide, trafic illicite de migrants dans les circonstances de l'article 382-5 du Code pénal, traite des êtres humains dans celle de l'article 382-2 du Code pénal, délit de voyeurisme dans celles de l'article 385*ter*, alinéa 2, si ces circonstances ne sont pas données dans le chef du coauteur ou du complice, etc.) ?

Dans toutes ces situations, la loi prévoit une peine différente pour la même infraction primaire selon qu'il s'agit de l'auteur ou du complice. Seule la peine prévue du chef de blanchiment de fonds est la même pour tous les auteurs ou complices et constitue ainsi le point commun qui évite tout traitement inégal.

Cette situation sera encore particulièrement difficile à résoudre dans la deuxième hypothèse avancée par les auteurs de l'amendement sous examen, à savoir celle dans laquelle l'infraction primaire a été commise au Luxembourg, mais n'est pas poursuivie en même temps que le blanchiment de fonds. Comment le juge déterminera-t-il dans ces conditions la peine à retenir pour cette dernière infraction, s'il ne connaît pas les circonstances exactes, voire même la nature exacte de l'infraction primaire ? Que fera-t-il si, au contraire, l'infraction primaire a déjà été jugée, mais a été punie d'une peine qui dépasse celle prévue par le Code pénal pour le blanchiment de fonds ?

En outre, toujours dans cette hypothèse, mais dans le cas où l'infraction primaire a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie au Luxembourg, on se retrouve, quelle que soit la personne responsable du « placement » au Luxembourg, en présence d'un blanchiment de fonds au sens de l'article 506-1, alinéa 1er, point 1), du Code pénal, et non pas en présence d'un blanchiment de fonds au sens de l'alinéa 1er, point 3), de la même disposition, de telle sorte que l'amendement proposé à ce dernier point tomberait à faux, alors qu'il ne vise pas l'hypothèse du point 1), précité.

Enfin, le Conseil d'État relève que les auteurs de l'amendement sous examen semblent admettre pour acquis, déjà depuis la rédaction du premier amendement relatif au blanchiment-détention, qu'en tout état de cause, les peines prévues pour le blanchiment de fonds seraient supérieures à celles imposées pour les infractions primaires, et seraient donc par principe retenues en tant que peines de préférence à celles prévues pour l'infraction primaire au travers de l'application des dispositions relatives au concours réel d'infractions, sinon que ces règles seraient appliquées par les juges et se traduiraient par une augmentation de la peine prévue pour l'infraction primaire par le jeu des mêmes règles.

S'il est vrai que le second cas de figure ne peut pas être exclu, les juges disposant, dans l'état actuel des textes et sous ce regard d'un pouvoir souverain, sous le contrôle toutefois des juridictions supérieures, la première prémisse est à l'évidence à écarter *de plano*, tout crime étant considéré, quelle que soit la peine, comme étant puni d'une peine plus grave que le délit qu'est l'infraction de blanchiment. De même, nombreux sont les délits punis de peines plus importantes que cette dernière infraction. À titre d'exemple, le Conseil d'État cite le cas du vol commis la nuit à plusieurs, par effraction, des armes ayant été employées ou montrées ou des violences ayant été exercées,

circonstances dont la conjonction rend impossible toute décriminalisation de cette infraction primaire.

Il y a lieu de relever que, dans ce cas, la peine pour le blanchiment-détention non seulement ne respecte pas l'égalité de tous devant la loi, mais risque encore de devenir imprévisible. Or, cette imprévisibilité de la loi est contraire à l'article 14 de la Constitution ainsi qu'à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui amène le Conseil d'État à formuler une seconde opposition formelle de ce chef.

Il découle de l'ensemble de ces considérations qu'en affirmant qu'une inégalité de traitement ne pourrait se concevoir que dans une seule hypothèse, à savoir celle dans laquelle « [l]'infraction primaire pourrait être poursuivie au Luxembourg en application de l'article 5-1 du Code de procédure pénale, mais le parquet décide de ne pas poursuivre l'auteur pour l'infraction primaire mais le poursuit uniquement pour l'infraction de blanchiment-détention », les auteurs de l'amendement sous examen n'ont pas tenu compte des différents facteurs que le Conseil d'État a rappelés plus haut, et qui font que la situation est d'une complexité telle que les situations d'inégalité de traitement qu'il a soulignées dans son deuxième avis complémentaire précité du 11 mai 2021 ne sont pas évitées par l'amendement sous examen.

Le Conseil d'État n'est dès lors pas en mesure de lever l'opposition formelle formulée dans son avis précité et insiste, une nouvelle fois, sur l'abandon de la disposition sous examen, maintenant ainsi le dispositif actuel qui a, par ailleurs, été considéré par le Groupement d'action financière comme étant conforme à ses recommandations.

Observations d'ordre légistique

Amendement unique

L'amendement unique sous revue est à apporter à l'article 1er, point 3°, du projet de loi proprement dit et non pas au texte qu'il s'agit de modifier, en l'occurrence l'article 506-4 du Code pénal. Par ailleurs, le Conseil d'État constate, à la lecture du texte coordonné du projet de loi sous avis, que les auteurs envisagent la modification non pas de l'article 506-4, deuxième phrase, mais de l'article 506-4, troisième phrase, du Code pénal.

En tout état de cause, il y a lieu d'écrire « […] ne peut pas faire l'objet de poursuites au Grand-Duché de Luxembourg. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 16 juillet 2021.

Le Secrétaire général,	Le Président,
s. Marc Besch	s. Christophe Schiltz