

Avis complémentaire de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg

Sur le projet de loi n°7533 déposé par le Ministère de la Justice 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.

(31/03/2021)

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n°7533 sous rubrique ainsi que des amendements adoptés par la Commission de la Justice en date du 22 mars 2021.

COMMENTAIRES

Concernant l'amendement n°2 insérant un nouveau point 3° à l'article 1er du projet de loi.

Cet amendement vise à modifier l'article 506-4 du Code pénal est modifié comme suit :

« **Art. 506-4.** Les infractions visées à l'article 506-1, ~~points 1) et 2)~~, sont **également** punissables, ~~même si leur auteur est également lorsque l'auteur est aussi l'auteur ou le complice de l'infraction primaire. Les infractions visées à l'article 506-1, point 3), sont punissables, même si leur auteur est également auteur ou complice de l'infraction primaire, lorsque cette dernière a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie au Luxembourg. 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. »~~

L'ancienne rédaction de l'article 506-4 avait pour objectif d'empêcher la poursuite de l'infraction d'auto-blanchiment-détention en cas d'infraction primaire commise au Luxembourg.

La Commission juridique propose ici une nouvelle version de l'article, à la suite de l'opposition formelle du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire.

L'Ordre suggère, dans son avis complémentaire, de présenter ses observations en premier lieu quant à la nouvelle version de l'article 506-4 et en deuxième lieu quant au difficile maintien de l'infraction d'auto-blanchiment-détention au sein de notre droit.

Bien que le résultat proposé par l'amendement soit *in fine* celui souhaité par l'Ordre (c'est-à-dire empêcher le « gonflement » artificiel des peines par le simple et facile recours à l'auto-blanchiment-détention), le moyen et les raisons pour y parvenir appellent plusieurs observations.

A) La conformité de l'abandon de l'auto-blanchiment-détention avec les divers engagements du Luxembourg

L'Ordre considère que la première raison ayant mené à la réécriture de l'article 506-4 du Code pénal est davantage d'ordre politique que juridique.

Notons d'emblée que nos réserves ne concernent pas le blanchiment détention en tant que tel mais l'auto-blanchiment-détention, c'est-à-dire le blanchiment-détention commis par l'auteur de l'infraction primaire.

Comme l'a relevé à juste titre le Conseil d'Etat, une disposition nationale qui n'incrimine pas le blanchiment détention n'est pas contraire au droit européen.

A fortiori, l'abandon de l'auto-blanchiment-détention n'exposerait donc pas le Luxembourg à de possibles sanctions vis-à-vis de l'Union européenne.

Le Conseil d'Etat relève cependant que cette solution serait possiblement contraire aux recommandations du GAFI, qui n'ont, rappelons-le, aucune valeur juridique *stricto sensu*.

Pourtant, l'abandon de l'infraction d'auto-blanchiment-détention ne serait en rien opposé aux prescriptions édictées par le GAFI. Il suffit de se référer à la note citée par le Conseil d'Etat pour s'en convaincre.

La note interprétative de la recommandation no. 3 du GAFI, point 6, dispose en effet que « *[I]es pays peuvent prévoir que l'infraction de blanchiment de capitaux ne s'applique pas aux personnes qui ont commis l'infraction sous-jacente, lorsque cela est contraire aux principes fondamentaux de leur droit interne* ».

Cette disposition ne concerne nullement le blanchiment-détention mais le blanchiment dit « classique ».

Le projet de loi sous examen n'a nullement vocation à modifier la possibilité de réprimer l'auto-blanchiment.

L'Ordre n'apporte d'ailleurs aucune réserve à la possibilité de poursuivre une même personne pour l'infraction primaire et le blanchiment qui en a suivi, du moment que ce blanchiment relève d'un comportement et de faits matériels distincts.

La législation luxembourgeoise, en maintenant l'auto-blanchiment mais en empêchant la poursuite de l'auto-blanchiment-détention ne serait donc en rien contraire aux recommandations du GAFI.

Au contraire, cela entraînerait l'obligation pour le juge pénal de qualifier un véritable blanchiment consécutif à l'infraction primaire (par le biais d'une opération de placement, de dissimulation ou de déguisement par exemple), ce qui est davantage conforme avec la philosophie prônée par le GAFI et avec la définition du blanchiment.

Au surplus, le Conseil d'Etat considère qu'une contrariété avec nos principes fondamentaux n'est pas invoquée. Il sera répondu à ce point dans le paragraphe II à suivre, alors que l'infraction d'auto-blanchiment-détention soulève de sérieuses questions de compatibilité avec des normes supérieures.

L'Ordre relève donc que l'opposition du Conseil d'Etat découle d'une lecture erronée des recommandations du GAFI et que l'abandon de l'auto-blanchiment-détention serait tout à fait légal et ne placerait en rien le Luxembourg dans une situation politique délicate.

Les problématiques soulevées par le Conseil d'Etat par rapport à la cohérence avec l'article 5-1 du Code de procédure pénale pourraient être aisément résolues et de manière simple et claire en suivant l'avis inchangé de l'Ordre qui ne fait pas de distinction selon que l'infraction primaire a été commise à l'étranger ou sur le territoire national.

L'Ordre réitère ici son opposition générale à l'infraction d'auto-blanchiment-détention.

Par ailleurs, il convient de noter que le premier amendement fut donc rejeté par le Conseil d'Etat en raison d'une contradiction avec une autre disposition légale alors que le présent amendement y répond ... par une autre contradiction, et plus particulièrement aux principes régissant le concours réel d'infractions.

L'amendement sous examen tend en effet à créer une exception aux principes généraux traditionnels de notre droit pénal en matière de concours réel, à savoir qu'en présence de plusieurs infractions non séparées par une condamnation définitive, la peine la plus élevée doit être seule retenue.

Une fois encore, si la fin est louable, il n'est pas certain que la création d'une exception à des principes fondamentaux de notre droit soit la meilleure solution pour y parvenir. Il existerait d'ailleurs une exception à l'exception en cas d'infraction primaire commise à l'étranger.

Le Conseil de l'Ordre considère ainsi que le texte, en créant des exceptions qui se superposent, manque de lisibilité et ne répond pas aux exigences de clarté requises en droit pénal.

Deuxièmement, la solution proposée par l'amendement ne permet, finalement, qu'une limitation dans le *quantum* de la peine, le prévenu se voyant tout de même condamné pour blanchiment, l'infraction lui étant imputée et inscrite au casier judiciaire.

Or, une poursuite et une condamnation pour blanchiment n'ont pas de conséquences que sur le *quantum* de la peine.

Une condamnation pour blanchiment a des effets particuliers en matière de confiscation, de peines complémentaires, de prescription et de récidive. Il n'est pas possible d'occulter ces spécificités, sans compter les conséquences davantage pratiques s'attachant à une condamnation pour blanchiment, notamment en termes de réputation professionnelle.

L'Ordre émet donc des réserves quant à la rédaction du nouvel amendement et tient à détailler ci-après ses critiques sur le maintien de l'infraction d'auto-blanchiment-détention.

II. Les problématiques fondamentales soulevées par le maintien de l'infraction d'auto-blanchiment-détention dans notre droit et la question de sa compatibilité avec des normes supérieures

De l'aveu même de la Commission juridique, « *le blanchiment-détention, dans le chef de l'auteur ou du complice d'une infraction primaire, constitue une infraction de conséquence **qui relève de la même intention frauduleuse.*** » (Nous soulignons).

Ce constat est primordial. C'est justement en raison de cette unité d'intention frauduleuse unanimement reconnue que l'Ordre exprime les observations suivantes.

A) L'obligation de qualification par le juge pénal et l'incompatibilité avec le principe *non bis in idem*

A suivre la jurisprudence et la doctrine, deux infractions commises à la suite l'une de l'autre **dans une même intention frauduleuse** se placent non pas en concours réel mais en concours (ou cumul) idéal.

Selon la Cour d'appel, « *seuls les faits commis dans une même intention dolosive se trouvent en concours idéal, par opposition aux faits simplement dictés par un même mobile général. La distinction entre le dol et le mobile général se manifeste à son tour dans le lien qui unit les faits : les faits commis dans une même intention criminelle présentent entre eux un lien logique et nécessaire, chacun procédant de l'autre en vue de réaliser le dessein délictueux ; des faits simplement dictés par un même mobile général peuvent, au contraire, être perpétrés indépendamment les uns des autres.* »¹

Cette situation de concours idéal doit certes être appréhendée quant à la peine afin d'éviter un cumul de sanctions mais également et avant tout quant à la qualification et partant quant aux déclarations de culpabilité prononcées.

Ainsi, en « *réalité, il n'y a pas pluralité d'infractions en cette hypothèse, mais seulement une infraction unique dont il s'agit de trouver la qualification exacte. **C'est donc un conflit de qualifications*** »² (nous soulignons).

¹ Cour, 15 juill. 2014, n°346/14.

² B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 750, p. 567.

Il n'est d'ailleurs pas rare que les juridictions pénales affirment que le comportement relatif à l'infraction primaire et à celui de l'auto-blanchiment-détention coïncident exactement. Comment alors justifier le prononcé de plusieurs chefs de culpabilité ?

En conséquence, en présence d'une action délictuelle unique, violant possiblement plusieurs textes, le juge pénal se doit d'opérer un choix de qualification, et il ne peut, sauf à violer l'article 65 du Code pénal, prononcer plusieurs chefs de culpabilité à l'encontre du même prévenu.

Appliquée à l'infraction sous examen, cette solution signifie qu'en présence d'un prévenu poursuivi tant pour l'infraction primaire que pour auto-blanchiment-détention, le juge pénal devrait non pas se placer sur le terrain du concours réel mais sur celui du concours idéal, et ainsi opérer un travail de qualification lui imposant de retenir l'infraction la plus appropriée aux faits de l'espèce.

L'Ordre s'interroge donc sur la compatibilité de l'infraction avec le principe *non bis in idem*, notamment consacré à l'article 4 du Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel « un même fait, autrement qualifié, ne saurait entraîner une double déclaration de culpabilité »³.

Aussi, nous estimons, avec la doctrine, que le principe « *ne bis in idem ne s'oppose pas, par principe, à la répression de l'auto-blanchiment mais que la double déclaration de culpabilité implique que les juges du fond aient constaté que les faits ne procèdent pas de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable* »⁴ (nous soulignons).

La chambre criminelle de la Cour de cassation française a pu affirmer à plusieurs reprises, au visa du principe *non bis in idem*, que « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes »⁵.

La Haute juridiction, dans sa décision de décembre 2016, a cassé un arrêt qui avait condamné un prévenu pour abus de biens sociaux et blanchiment **sans retenir des faits constitutifs de blanchiment distincts des versements constitutifs d'abus de biens sociaux**, pour violation du principe *non bis in idem*.

Le Conseil de l'Ordre considère que le maintien de l'infraction d'auto-blanchiment-détention s'expose à une incompatibilité avec une norme juridique qui lui est supérieure, et qui a un effet direct, contrairement aux recommandations simplement politiques du GAFI, et encourt l'inconventionnalité.

Cette unité d'intention dolosive produit encore d'autres conséquences indésirables, notamment dans les rapports qu'entretient l'auto-blanchiment-détention avec le recel.

B) L'auto-blanchiment-détention et le recel, deux comportements identiques aux régimes répressif distincts : la question de la conformité à l'article 10bis de la Constitution

³ Cass. crim. fr., 25 févr. 1921, S., 1923.I.89, cité dans J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 338, p. 295.

⁴ M. DAURY-FAUVEAU, « Blanchiment – conditions et constitution », *JCl. pénal des affaires*, fasc. 20, 2020, n° 53.

⁵ Cass. crim. fr., 7 déc. 2016, n° 15-87.335 : JurisData n° 2016-026305 ; *Dr. pén.* 2017, comm. 36, obs. P. CONTE ; *Dr. Sociétés 2017, comm.* 33, obs. R. SALOMON ; Cass. crim. fr., 11 sept. 2019, n° 18-82.684 : JurisData n° 2019-015657. – V. aussi Cass. crim. fr., 30 janv. 2019, n° 18-82.589 : JurisData n° 2019-001051).

Matériellement et intellectuellement, rien ne permet de distinguer les infractions de recel et d'auto-blanchiment-détention. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire, tient le même discours.

Toutes deux sont des infractions de conséquence, qui se réalisent automatiquement, dans le même temps et au cours de la même action délictuelle que l'infraction primaire.

Pour rappel, le comportement de recel réprimé par l'article 505 du Code consiste en la possession ou la détention d'un objet obtenu à l'aide d'un crime ou d'un délit⁶.

En outre, pour la jurisprudence, « le recel implique **la réception, l'acquisition, l'entrée en possession ou la détention de l'objet** »⁷ (nous soulignons).

Où se situe donc la différence avec le comportement prévu à l'article 506-1 point 3) du Code pénal qui réprime « ceux qui ont acquis, détenu ou utilisé » des biens d'origine illicite ?

Ce constat ne fait l'objet d'aucune contestation ni en jurisprudence, ni en doctrine.

Malgré cette identité parfaite, ces deux infractions suivent des régimes différents que rien ne justifie.

Comme déjà expliqué, l'auteur de l'infraction primaire ne peut également être poursuivi pour recel, « *l'une des infractions étant la suite naturelle de l'autre et les deux infractions étant commises par la même personne* »⁸.

Pour le même auteur, « *il y a succession de comportements reliés logiquement les uns aux autres. S'applique ici le principe de l'exclusion. Celui qui a frauduleusement soustrait un objet ne peut être convaincu de le receler et l'auteur d'un abus de confiance ne peut en même temps être condamné comme receleur sauf si les deux délits portent sur des choses distinctes évidemment* »⁹ (nous soulignons).

Le recel est donc unanimement considéré comme incompatible ou inconciliable avec l'infraction primaire lorsqu'il s'agit du même auteur et du même objet¹⁰.

Cette solution est fermement établie de longue date dans notre droit¹¹.

Selon la doctrine, « *il y a incompatibilité entre l'infraction principale et le recel car, sinon, le recel serait automatiquement commis par le voleur, par exemple, dès qu'il a appréhendé l'objet* »¹² (nous soulignons).

⁶ T. Arr. Lux., 7 oct. 2010, n°3270/2010.

⁷ Cour, 14 mai 2019, n° 173/19 V.

⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Editions Cujas, 21 éd., 2016, n° 334, p. 292.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ J. PRADEL, *Droit pénal général, op.cit.*, n° 334, p. 292.

¹¹ Cass. 7 févr. 1919, Pas. 10, p. 414.

¹² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, n°194, p. 231.



Barreau

de Luxembourg

Pourtant, un prévenu pourra toujours être poursuivi pour l'infraction primaire et l'auto-blanchiment-détention automatique qui s'en suit, alors que cette situation n'est en rien différente de celle du receleur.

Il est donc manifeste que deux justiciables, ayant matériellement et intellectuellement réalisé le même comportement, feront l'objet d'un traitement différent selon qu'ils soient poursuivi pour auto-blanchiment-détention ou pour recel.

L'Ordre y voit donc une possible violation de l'article 10bis de notre Constitution alors que des catégories de personnes se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée et font face à une discrimination qu'aucune raison ne peut justifier¹³.

*

* *

Pour les raisons ci-avant développées, l'Ordre réaffirme son opposition au maintien de l'infraction d'auto-blanchiment-détention au sein de notre législation nationale et confirme les dispositions contenues dans son premier avis.

Luxembourg, le **31 MARS 2021**

La Bâtonnière,
Valérie Dupong

¹³ Cour constit., 13 nov. 2020, n° 00159.