

N° 7220²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI**portant réforme du régime de confiscation et modification**

- 1. du Code pénal ;**
- 2. du Code de procédure pénale ;**
- 3. de la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne ;**
- 4. de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie ;**
- 5. de la loi modifiée du 17 mars 1992 portant approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne, le 20 décembre 1988 ;**
- 6. de la loi modifiée du 14 juin 2001 portant approbation de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg, le 8 novembre 1990**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(29.5.2018)

Par dépêche du 18 décembre 2017, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis au Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, du texte coordonné des codes et des lois que le projet vise à modifier ainsi que d'un tableau de concordance entre le projet de loi et la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne que le projet de loi sous avis tend à transposer. Monsieur le ministre de la Justice ajoute l'information que le projet en question n'a pas d'impact sur le budget de l'État.

Par dépêche du 6 février 2018, l'avis de la Cour supérieure de justice a été transmis au Conseil d'État.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen vise à modifier les dispositions du Code pénal sur la confiscation et à assurer la transposition en droit luxembourgeois de certaines dispositions de la directive 2014/42/UE, précitée. Le Conseil d'État note que la directive aurait dû être transposée pour le 4 octobre 2015. Par la même occasion, les auteurs du projet de loi opèrent une nouvelle articulation des dispositions du Code pénal sur la confiscation.

La loi en projet prévoit encore la création d'une nouvelle infraction, assimilée au recel, consistant dans la non-justification des ressources.

Les auteurs mettent à profit le projet de loi sous avis pour modifier encore le Code de procédure pénale en vue de reconnaître à un tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel des droits dans le cadre de la procédure d'une expertise ordonnée par le juge d'instruction.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Ainsi que le Conseil d'État le développe dans les observations légistiques, la structure du projet de loi ne répond pas aux règles traditionnelles à suivre pour la rédaction d'un projet de loi. Dans les observations d'ordre légistique, le Conseil d'État fait des propositions concrètes pour une rédaction correcte de la loi en projet respectant la structure par articles. Pour l'examen des différentes dispositions proposées, il suivra, pour des considérations pratiques, la structure et les intitulés retenus par les auteurs du projet de loi.

I. Modification du Code pénal

Point 1°

Sous le point 1°, les auteurs du projet de loi procèdent à une refonte des dispositions relatives à la confiscation figurant aux articles 31 à 32 du Code pénal.

Nouvel article 31

Le paragraphe 1^{er} du nouvel article 31 du Code pénal reprend le dispositif de l'article 32 actuel.

Le paragraphe 2 reprend, avec d'importants compléments, le dispositif de l'article 31 et de l'article 32-1 du Code pénal actuel relatifs à l'objet de la confiscation.

Le point 1° reprend le libellé de l'article 31, alinéa 1^{er}, point 1), et l'article 32-1, alinéa 1^{er}, point 1), actuels.

Le point 2° vise, à l'instar de l'article 31, alinéa 1^{er}, point 2), actuel, la confiscation des biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre l'infraction. Les auteurs ajoutent à la condition que la propriété des biens doit appartenir au condamné, qui figure à l'article 31 actuel, l'hypothèse où le condamné aurait la libre disposition des biens à confisquer et cela sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi. Cette extension du champ d'application de la confiscation s'inspire de l'article 131-21, alinéa 2¹, du code pénal français. Comme la Cour supérieure de justice le relève dans son avis, la bonne foi du propriétaire se présume et il appartiendra à la partie poursuivante de démontrer la mauvaise foi.

Le point 3° reprend le dispositif du point 3) de l'alinéa 1^{er} de l'article 31 actuel et du point 3) de l'alinéa 1^{er} de l'article 32-1 actuel qui visent l'hypothèse de la confiscation des biens qui ont été substitués à l'objet ou au produit de l'infraction ou qui ont servi à commettre l'infraction.

Le point 4° reprend le dispositif du point 4) de l'alinéa 1^{er} de l'article 31 actuel et du point 4) de l'alinéa 1^{er} de l'article 32-1 actuel qui visent l'hypothèse de la confiscation de biens appartenant au condamné et dont la valeur monétaire correspond à celle des biens objet ou produit de l'infraction.

Le point 5° consacre le cas de figure de la confiscation dite « élargie » prévue à l'article 5 de la directive 2014/42/CE² et est destiné à transposer cette disposition. Les auteurs indiquent s'être inspirés

1 Article 131-21, alinéa 2, du code pénal français : « La confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition. »

2 Article 5 Confiscation élargie :

1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens appartenant à une personne reconnue coupable d'une infraction pénale susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique, lorsqu'une juridiction, sur la base des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles, tels que le fait que la valeur des biens est disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée, est convaincue que les biens en question proviennent d'activités criminelles.

de l'article 131-21, alinéa 5, du code pénal français³. Le Conseil d'État constate que le dispositif sous examen n'est pas en concordance absolue avec le libellé de la directive et s'écarte également du texte de référence français. De surcroît, la formulation du texte proposé est sujette à critique au regard de la détermination des conditions qui donnent lieu à une confiscation élargie. Alors que la directive précitée prévoit que ce mécanisme de la confiscation élargie doit être instauré en droit national au moins pour une série d'infractions visées à l'article 5, paragraphe 2, les auteurs étendent le mécanisme de confiscation à tous les crimes et à tous les délits punis d'un maximum de quatre années d'emprisonnement. Peuvent faire l'objet d'une confiscation les biens sur lesquels le condamné exerce un droit de disposition. Or, la directive vise les biens « appartenant » à la personne reconnue coupable. L'article 131-21, alinéa 5, du code pénal français retient, de son côté, la notion de « libre disposition ». Le Conseil État relève encore que le dispositif français contient la réserve des droits du propriétaire de bonne foi qui est omise dans le texte proposé. Alors que la directive européenne vise les biens qui « proviennent d'activités criminelles », le dispositif sous examen, suivant en cela le texte de référence français, n'exige pas un lien entre l'infraction à l'origine de la condamnation et les biens à confisquer. Le critère retenu par les auteurs est que la personne visée n'a pas pu justifier l'origine des biens. La référence à la disproportion entre la valeur des biens et les revenus légaux de la personne condamnée soulève encore des interrogations. Dans le dispositif de la directive, ce critère constitue le cas type des circonstances factuelles sur la base desquelles le juge forge sa conviction que les biens en question proviennent des activités criminelles. Dans le dispositif proposé par le projet de loi sous examen, le critère de la disproportion apparaît comme un élément fondant l'absence d'explication valable sur les biens. Le libellé est sujet à critique en ce qui concerne la détermination du lien entre l'explication sur les biens qu'il incombe au condamné d'apporter et la disproportion entre les biens et les revenus légaux ; dans un texte de droit pénal, qui est d'interprétation stricte, la formule « et, notamment » est à éviter. La question se pose concrètement de savoir si la disproportion entre les biens et les revenus constitue l'élément déterminant, sinon exclusif, permettant une extension de la confiscation ou si elle n'est qu'un élément parmi d'autres sur lesquels doit porter l'explication requise de la part de la personne condamnée.

Le texte proposé dans le projet de loi sous examen diffère de celui de la directive et pose des problèmes au niveau de la détermination des conditions justifiant la confiscation. Dans ces conditions, le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Le paragraphe 3 reprend le dispositif de l'article 32-1, alinéa 2, actuel du Code pénal. Placée dans le nouvel article 31, cette disposition signifie que la confiscation, même en cas d'acquiescement, d'exemption de peines, d'extinction ou de prescription de l'action publique, s'applique en relation avec toutes les infractions et non pas uniquement en relation avec celles visées dans l'alinéa 1^{er} de l'article 32-1 actuel. Dans son avis, la Cour supérieure de justice se prononce contre la généralisation d'un système qui constitue, sous l'égide du Code pénal actuel, une règle exceptionnelle au motif que cette généralisation « fait perdre à la confiscation spéciale sa nature de peine ». Le Conseil d'État partage ces réserves dans la mesure où la confiscation est transformée en une sorte de mesure de sûreté dont le prononcé ne présente plus aucun lien avec l'infraction qui est à l'origine des biens qu'il y a lieu de confisquer. Le Conseil d'État renvoie les auteurs du projet de loi sous examen à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a déclaré contraire à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel un régime de confiscation, considéré comme une sanction pénale, en l'absence de constat

³ Article 131-21, alinéa 5, du code pénal français :

S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine.

de la responsabilité pénale de la personne concernée par la confiscation⁴. Même si le régime actuel de l'article 32-1 du Code pénal se justifie comme mesure spécifique de lutte contre le blanchiment, le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité d'une généralisation et réserve sa position quant à une dispense du second vote constitutionnel.

Le paragraphe 4 reprend le mécanisme de la confiscation en cas d'infraction de blanchiment qui figure actuellement à l'article 32-1, alinéa 1^{er}, point 2), et qui prévoit la confiscation des biens qui ont servi ou ont été destinés à commettre l'infraction, même en l'absence de la condition de la propriété, pour l'infraction de blanchiment et les autres infractions visées à l'article 32-1 actuel.

Nouvel article 32

L'article 32 nouveau en projet vise la situation des tiers de bonne foi et reprend, à cet effet, les dispositions prévues au Code pénal actuel.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, reprend le dispositif de l'article 31, alinéa 2, actuel. L'alinéa 3 reprend le texte de l'article 31, alinéa 3.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} constitue une disposition nouvelle qui est destinée à régler le conflit entre une saisie pénale aboutissant à une confiscation pénale et une procédure civile d'exécution, le dispositif pose le principe de la primauté de la saisie pénale y compris sur une procédure civile d'exécution engagée antérieurement à la saisie pénale. Les auteurs indiquent s'être inspirés du régime prévu à l'article 706-145, alinéa 2⁵, du code de procédure pénale français. À cet égard, le Conseil d'État relève des différences substantielles entre les textes français et le dispositif prévu dans le projet de loi sous examen. Le nouvel article 32 du Code de procédure pénale, sous revue, pose le principe d'une rétroactivité de la confiscation et dès lors du transfert de propriété à la date de la saisie pénale, alors que les textes de référence français restent dans la logique traditionnelle d'une opposabilité de la saisie pénale qui interdit toute procédure civile d'exécution ou qui la suspend. Le Conseil d'État considère que ce raisonnement est plus conforme aux principes juridiques régissant le droit des biens que celui

4 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 octobre 2013, *Varvara c. Italie*

71. La logique de la « peine » et de la « punition », et la notion de « guilty » (dans la version anglaise) et la correspondante notion de « personne coupable » (dans la version française), militent pour une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, une déclaration de responsabilité par les juridictions nationales, qui puisse permettre d'imputer l'infraction et d'infliger la peine à son auteur. A défaut de quoi, la punition n'aurait pas de sens (*Sud Fondi et autres*, précité, § 116). Il serait en effet incohérent d'exiger, d'une part, une base légale accessible et prévisible et de permettre, d'autre part, une punition quand, comme en l'espèce, la personne concernée n'a pas été condamnée.

72. Dans la présente affaire, la sanction pénale infligée au requérant, alors que l'infraction pénale était éteinte et que sa responsabilité n'a pas été consignée dans un jugement de condamnation, ne se concilie pas avec les principes de légalité pénale que la Cour vient d'explicitier et qui font partie intégrante du principe de légalité que l'article 7 de la Convention commande d'observer. Dès lors, la sanction litigieuse n'est pas prévue par la loi au sens de l'article 7 de la Convention et est arbitraire. ...

84. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole no 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale : la seconde phrase du premier alinéa de cet article n'autorise une privation de propriété que « dans les conditions prévues par la loi » ; le second alinéa reconnaît aux Etats le droit de réglementer l'usage des biens en mettant en vigueur des « lois ». De plus, la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention (*Iatridis c. Grèce* [GC], no 31107/96, § 58, CEDH 1999 II ; *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 50, Recueil 1996 III). Il s'ensuit que la nécessité de rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, § 69, série A no 52 ; *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC], n° 25701/94, § 89, CEDH 2000 XII) ne peut se faire sentir que lorsqu'il s'est avéré que l'ingérence litigieuse a respecté le principe de la légalité et n'était pas arbitraire (...).

85. La Cour vient de constater que l'infraction par rapport à laquelle la confiscation a été infligée au requérant n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 7 de la Convention et était arbitraire (paragraphe 72-73 ci-dessus). Cette conclusion l'amène à dire que l'ingérence dans le droit au respect des biens du requérant était contraire au principe de la légalité et était arbitraire et qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole no 1. Cette conclusion dispense la Cour de rechercher s'il y a eu rupture du juste équilibre.

5 Article 706-145 du code de procédure pénale français :

Nul ne peut valablement disposer des biens saisis dans le cadre d'une procédure pénale hors les cas prévus aux articles 41-5 et 99-2 et au présent chapitre.

À compter de la date à laquelle elle devient opposable et jusqu'à sa mainlevée ou la confiscation du bien saisi, la saisie pénale suspend ou interdit toute procédure civile d'exécution sur le bien objet de la saisie pénale.

Pour l'application du présent titre, le créancier ayant diligemment une procédure d'exécution antérieurement à la saisie pénale est de plein droit considéré comme titulaire d'une sûreté sur le bien, prenant rang à la date à laquelle cette procédure d'exécution est devenue opposable.

retenu par les auteurs du projet de loi. Le régime de l'opposabilité suspend une procédure civile d'exécution en attendant la décision définitive sur la confiscation alors que, dans le système retenu par le projet de loi cette procédure se poursuit et risque de se trouver annihilée rétroactivement par une décision de confiscation qui rétroagit à la date de la saisie pénale. Le Conseil État s'interroge encore sur les deux limites prévues dans le texte proposé par les auteurs du projet de loi. Que faut-il entendre par « droits constitués antérieurement à la saisie découlant de garanties conventionnelles » ? Est-ce que cette formule exclut les garanties légales telles que le privilège du bailleur ? Comment justifier une telle inégalité de traitement entre garanties conventionnelles et garanties légales ? Comment se résoudra le conflit des droits en présence au regard de la date de la constitution et de l'opposabilité de ces droits conventionnels par rapport à une saisie pénale ?

Le Conseil d'État considère que le système prévu dans le projet de loi sous examen pose des problèmes au niveau de la cohérence du régime des sûretés réelles, source d'insécurité juridique et au niveau de la différence de traitement entre garanties conventionnelles et garanties légales. Son application risque encore de conduire à des difficultés dans la pratique pour la période qui précède la décision de confiscation. Dans ces conditions, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen. Si les auteurs entendent s'inspirer du régime prévu dans le code de procédure pénale français, le Conseil État se demande pourquoi ils ne retiennent pas un dispositif plus proche des textes de référence français.

Les paragraphes 2 et 3 portent sur la juridiction qui est compétente pour statuer sur les requêtes en restitution et sur la procédure à suivre. Le dispositif est inspiré de l'article 18, alinéas 3 à 6, de la loi modifiée du 19 février 1973 sur la lutte contre la toxicomanie.

Le paragraphe 4 reproduit le libellé du dernier alinéa de l'article 31 actuel relatif à l'amende subsidiaire.

Point 2°

Le point 2° introduit dans le Code pénal un nouvel article 324^{quater} créant l'infraction de la « non-justification de ressources ». Les auteurs reprennent pour l'essentiel l'article 326-1 du code pénal français⁶ figurant dans la section des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci.

Le Conseil d'État constate que le législateur luxembourgeois entend consacrer un type d'infraction inconnu à ce jour, fondé sur le recours à une présomption légale de recel. La personne qui ne peut pas justifier de ressources correspondant à son train de vie ou qui ne peut pas justifier l'origine d'un bien détenu par elle, tout en étant en relations habituelles avec un délinquant, est présumée connaître l'origine frauduleuse de ces biens ou de ces ressources⁷. Il s'agit certes d'une présomption simple, mais il appartient au prévenu de rapporter la preuve contraire en établissant l'origine licite des ressources et des biens. L'infraction de non-justification des ressources suppose nécessairement une infraction originaire qui lui est antérieure et dont le juge doit relever les éléments constitutifs de même que dans le régime du recel. Il n'en reste pas moins que la partie poursuivante n'a pas à rapporter la preuve de l'origine frauduleuse du bien ou des ressources ni la connaissance de cette origine dans le chef du prévenu. La preuve des relations habituelles du prévenu avec l'auteur de l'infraction originaire suffit. Le Conseil d'État note que cette preuve, de même que celle d'un train de vie injustifiée risque d'être un exercice particulièrement délicat. Ce constat relèvera de l'appréciation souveraine du juge du fond. S'agissant d'une infraction volontaire, l'élément moral consiste dans la conscience de l'auteur de faciliter la justification de ressources fictives. Cet élément moral sera normalement déduit de l'existence de l'élément matériel. Reste la question de savoir dans quelle mesure l'auteur doit avoir connaissance plus ou moins précise de l'infraction ou de l'activité criminelle qui a procuré le bien ou le profit. La même question se pose en ce qui concerne la preuve de la connaissance, dans le chef de l'auteur de la

6 Article 321-6 du code pénal français :

Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect.

7 Juris Classeur pénal, article 321-6, Fasc. 20, infractions assimilées au recel, non justification de ressources et facilitation de la justification de ressources fictives, n° 4.

nouvelle infraction, de la qualité de délinquant de la personne avec laquelle il entretient des relations habituelles.

Le Conseil d'État rappelle que le dispositif du code pénal français a fait l'objet de contestations quant à la constitutionnalité. Les critiques soulevées portant sur l'absence de précision suffisante de l'infraction, sur la substitution d'une présomption de responsabilité au principe de la présomption d'innocence et sur la méconnaissance du principe de la personnalité des délits ne sont pas dénuées de pertinence⁸. Le fait que le juge pénal français se réfère à la Déclaration des droits de l'homme et citoyen de 1789, alors que le juge luxembourgeois est appelé à prendre en considération les textes constitutionnels luxembourgeois ainsi que les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne change rien à la pertinence des questions soulevées en France, vu l'identité des principes y consacrés. Le Conseil d'État rappelle que la cour de cassation française a refusé de renvoyer la question au conseil constitutionnel français au motif que la question ne présente pas, à l'évidence, de « caractère sérieux » au sens de l'article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution française⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme admet également l'existence de présomptions légales en matière pénale si les États les enserment dans des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense¹⁰. La question fondamentale de la charge de la preuve et du renversement du principe en vertu duquel il appartient à la partie poursuivante d'établir la responsabilité pénale du prévenu se double toutefois d'une mise en cause d'un autre principe essentiel du procès pénal, qui n'a pas été soulevé en France, et qui consiste dans le fait que le prévenu, qui ne peut pas être obligé de s'auto-incriminer, dispose du droit au silence. Or, l'obligation de justifier l'origine des ressources en vue de renverser la présomption légale met à néant le droit au silence.

Tout en reconnaissant que l'introduction, dans le Code pénal, de nouvelles infractions relève, en principe, du pouvoir d'appréciation politique du législateur, le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de cette nouvelle disposition. Le Conseil d'État a encore des difficultés à saisir l'application de cette nouvelle infraction en relation avec des infractions primaires punies d'un maximum d'au moins quatre ans. Le Conseil d'État note encore que cette nouvelle disposition sera limitée à la confiscation des biens en possession de personnes physiques proches de l'auteur de l'infraction originaire et qui assument un rôle de « receleur ». Les nouveaux textes n'auront aucun effet par rapport à des personnes morales sous couvert desquelles l'auteur de l'infraction a fait disparaître les produits de son activité criminelle. Le Conseil d'État se demande encore si les dispositions actuelles relatives au blanchiment ne sont pas de nature à couvrir le type de comportement que la nouvelle disposition est destinée à sanctionner, d'autant plus que l'infraction de blanchiment n'est pas limitée à des personnes physiques. Dans la pratique, l'articulation de la nouvelle infraction avec celle du blanchiment ne sera pas évidente et pourra conduire à des situations de concours idéal d'infractions.

8 Question prioritaire de constitutionnalité transmise à la Cour de cassation par un jugement du tribunal correctionnel de Rennes en date du 18 juin 2012 :

« les dispositions des articles 321-6 et 321-6-1 du code pénal sont-elles contraires à la Constitution au regard des articles 6,8,9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 34 de la Constitution – en ce que d'une part ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et de clarté de la loi garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, faute de définir les infractions en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ; – en ce que, de seconde part, les dispositions critiquées méconnaissent le principe de clarté de la loi garanti par l'article 34 de la Constitution, dès lors que ces textes permettent de sanctionner un délit sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; – en ce que, de troisième part, les dispositions critiquées méconnaissent les principes de présomption d'innocence garanti par l'article 9 de la de la Déclaration des droits de l'homme et du droit au procès équitable garanti par les articles 6 et 16 de la de la Déclaration des droits de l'homme, en mettant le prévenu dans l'obligation de prouver son innocence par la justification de ses ressources ou de la provenance d'un bien déterminé – en ce qu'enfin les dispositions critiquées méconnaissent de principe à valeur constitutionnelle garantie par les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme selon lequel nul ne peut être punissable que de son propre fait, impliquant par là-même le caractère intentionnel des délits, dès lors que les articles 321-6 et 321-6-1 du code pénal ne prévoient aucunement la définition dans l'incrimination du délit, de l'élément moral de l'infraction ».

9 Chambre criminelle, 26 septembre 2012, n° 12-90.051

« La question ne présente pas, à l'évidence de caractère sérieux dès lors que, d'une part, les termes utilisés dans les articles susvisés définissent de façon claire et précise l'incrimination contestée de non-justification de ressources et que d'autre part, ces textes n'édicent aucune présomption de responsabilité pénale mais créent un délit spécifique dont il appartient à l'accusation de rapporter la preuve ».

10 arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 juillet 1972, X c/ Royaume-Uni, du 7 octobre 1988, Salabakui, et du 25 septembre 1992, Pham Hoang.

Plus important, ainsi qu'il a été développé ci-dessus, il le Conseil d'État continue à avoir des doutes sérieux sur la conformité du nouveau dispositif avec certains principes traditionnels du droit pénal.

Il rappelle encore que le droit pénal luxembourgeois est inspiré du droit belge et réitère ses réserves en rapport à des reprises de plus en plus fréquentes par le législateur luxembourgeois de dispositifs répressifs spécifiques du droit français qui sont inconnus en droit belge et qui s'articulent mal avec le cadre général du droit pénal luxembourgeois.

Point 3°

Sans observation.

II. Modification du Code de procédure pénale

Point 1°

Le point 1° modifie l'article 87 du Code de procédure pénale relatif à l'expertise en ajoutant des points nouveaux, 8° et 9°, qui visent à étendre au tiers concerné, justifiant d'un intérêt légitime personnel, les droits conférés à l'inculpé aux paragraphes 2 à 6 de l'article 87.

Le Conseil d'État peut comprendre le souci des auteurs du projet de loi de considérer, dans le cadre de l'expertise prévue à l'article 87 du Code de procédure pénale, la situation du tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel qui peut, au titre de l'article 126, paragraphe 1^{er}, demander la nullité de l'expertise en tant qu'acte de la procédure de l'instruction préparatoire. Ce concept de tiers concerné vise en particulier la situation de la personne communément qualifiée d'inculpé virtuel. Il note toutefois qu'une telle extension des droits n'est prévue ni dans le code d'instruction criminelle belge, qui ne contient d'ailleurs pas de règles spécifiques sur l'expertise¹¹, ni dans le code de procédure pénale français¹².

Les auteurs du texte sous examen semblent distinguer deux cas de figure. Dans le premier, le juge d'instruction confère d'office, par voie d'ordonnance, à un tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel les droits conférés à l'inculpé par les paragraphes 2 à 6. Dans la seconde hypothèse, le tiers concerné qui estime avoir un intérêt personnel légitime demande de se voir conférer les droits en question.

Si le Conseil d'État peut comprendre le second cas de figure, il a des difficultés à concevoir la première hypothèse, dès lors qu'il appartient au tiers concerné de justifier d'un intérêt personnel légitime et non pas au juge d'instruction de décider d'office que dans l'instruction apparaît un tiers qui pourrait faire valoir un tel intérêt. Comment le juge pourrait-il se substituer à l'appréciation des intéressés et à la position qu'ils entendent adopter ? Si le législateur entend investir le juge de la mission d'identifier « d'office » de tels tiers, il devrait les informer afin qu'ils puissent décider s'ils veulent « entrer » dans la procédure. Si le tiers concerné saisit le juge, ce dernier devrait lui reconnaître les droits prévus dès lors que la preuve de l'intérêt légitime et personnel est rapportée. Le Conseil État partage, sur ce point, les interrogations formulées dans l'avis de la Cour supérieure de justice quant aux critères d'après lesquels le juge d'instruction va décider s'il y a lieu ou non de faire bénéficier le tiers de ces droits. Si les critères se résument à celui de l'intérêt légitime personnel au sens de l'article 126, paragraphe 1^{er}, concept au demeurant repris au nouveau point 8°, le Conseil d'État ne comprend pas non plus la logique d'une ordonnance séparée portant sur l'application des droits prévus aux paragraphes 2 à 6. Il suffirait, en toute logique, d'ajouter une disposition aux termes de laquelle les paragraphes 2 à 6 s'appliquent au tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel qui doit, à cet effet, saisir le juge d'instruction. Il appartiendra à ce dernier d'apprécier si cet intérêt existe, au même titre que la chambre du conseil apprécie, dans le cadre de l'article 126, l'existence d'un tel intérêt. Le Conseil d'État propose le texte suivant :

« Le tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel peut saisir le juge d'instruction aux fins de bénéficier des droits prévus aux paragraphes 2 à 6 ».

¹¹ En Belgique, le juge d'instruction peut procéder à la désignation d'un expert d'autorité. Sinon le procureur du roi, en vertu de son pouvoir général de réquisition, l'inculpé et la partie civile peuvent demander au juge d'instruction de procéder à une expertise à titre de devoirs d'instruction complémentaire au titre de l'article 61 quinquies du code d'instruction criminelle.

¹² Voir les articles 156 et suivants du code de procédure pénale.

D'après l'article 156, l'expertise peut être ordonnée d'office par le juge, sinon à la demande du ministère public ou des parties.

Points 2° à 6°

Sans observation.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Observations générales

Le Conseil d'État signale que la division fondamentale du dispositif est l'article. Chaque élément du dispositif doit être repris sous un ou plusieurs articles, ce qui implique qu'aucune partie du corps même de l'acte ne peut être exclue de la division en articles. L'article est indiqué en introduction du texte sous la forme abrégée « **Art.** ». Les articles sont mis en caractères gras et suivis d'un point. La numérotation des articles est continue du début à la fin du dispositif, et se fait également en chiffres romains et en caractères gras.

Lorsque le dispositif a pour objet exclusif d'opérer des modifications à plusieurs actes et que le nombre de ces modifications est peu important, il y a lieu de prévoir pour chacun de ces actes un article numéroté en chiffres romains (**Art. I^{er}**, **Art. II**, **Art. III**,...) et de spécifier ensuite toutes les modifications se rapportant à un même acte en les numérotant de la manière suivante : 1°, 2°, 3°,... Par ailleurs, il y a lieu de faire abstraction des titres introduisant les actes à modifier.

Le déplacement de paragraphes est absolument à éviter. La numérotation de paragraphes nouveaux, qu'il s'agit d'insérer dans un texte autonome existant, se fait par l'adjonction du qualificatif *bis*, *ter*, etc., en caractères italiques derrière le numéro du paragraphe qu'ils sont appelés à suivre, sans laisser d'espace.

À l'occasion du remplacement d'articles dans leur intégralité ou de l'insertion d'articles, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné, au lieu d'être mis en gras, pour mieux le distinguer du numéro des articles de l'acte modificatif.

Intitulé

L'intitulé du projet de loi sous avis prête à croire que le texte de loi en projet comporte tant des dispositions autonomes que des dispositions modificatives. Comme la visée de la loi proposée est toutefois entièrement modificative, il y a lieu de reformuler l'intitulé de manière à ce qu'il reflète cette portée. Le Conseil d'État tient également à ajouter qu'il peut s'avérer utile d'indiquer dans l'intitulé d'un acte exclusivement modificatif la portée des modifications qu'il est envisagé d'apporter à un dispositif comportant un nombre important d'articles.

Pour caractériser l'énumération des actes à l'intitulé, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°, ...). Par ailleurs, l'intitulé n'est pas à faire suivre d'un point final, étant donné que les intitulés ne forment pas de phrase.

Aux points 5 et 6, lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il faut lire :

« 5° 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 ;

6° de la loi modifiée du 14 juin 2001 portant 1. approbation de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg, le 8 novembre 1990 ; 2. modification de certaines dispositions du code pénal ; 3. modification de la loi du 17 mars 1992 1. portant 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 ».

De ce qui précède, l'intitulé du texte sous avis pourrait se présenter comme suit :

« Projet de loi portant modification

1° du Code pénal ;

2° du Code de procédure pénale ;

3° de la loi modifiée du 31 janvier 1948 [...] ;

4° de la loi modifiée du 19 février 1973 [...] ;

5° de la loi modifiée du 17 mars 1992 [...] ;

6° de la loi modifiée du 14 juin 2001 [...],

en vue d'adapter le régime de confiscation ».

Article I^{er} (selon le Conseil d'État)

Il y a lieu de faire abstraction des termes « supprimés et » pour lire :

« Les articles 31 à 32-1 sont remplacés par les dispositions suivantes. »

Les références aux dispositions figurant dans le dispositif se font en principe sans rappeler qu'il s'agit « du présent paragraphe ».

Partant, le Conseil d'État propose de reformuler le point I sous examen comme suit :

« **Art. I^{er}.** Le Code pénal est modifié comme suit :

1° Les articles 31 à 32-1 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« Art. 31. (1) La confiscation spéciale [...].

(2) [...].

Art. 32. (1) Lorsque les biens [...].

(2) [...].

[...] » ;

2° Il est inséré un nouvel article 324^{quater} libellé comme suit :

« Art. 324^{quater}. [...] » ;

3° À l'article 506-1, aux points 1), 2) et 3), les termes [...] »

Article II (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler le point II sous examen comme suit :

« **Art. II.** Le Code de procédure pénale est modifié comme suit :

1° Après l'article 87, paragraphe 7, sont ajoutés les paragraphes 7bis et 7ter comme suit :

« (7bis) Le juge d'instruction [...].

(7ter) Tout tiers concerné [...] » ;

2° À l'article 133, paragraphe 3, [...] ;

3° L'article 646 prend la teneur suivante :

« Art. 646. (1) Elle est acquise de plein droit [...] » ;

4° À l'article 664, alinéa 1^{er}, le troisième tiret est modifié comme suit :

« – si en cas de décision de confiscation [...] » ;

5° À l'article 664, l'alinéa 2 est modifié comme suit :

« Si la décision de confiscation étrangère [...] » ;

6° À l'article 666, le dernier alinéa est modifié comme suit :

« Les dispositions de l'article 32 du Code pénal sont d'application. » »

Article III (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler le point III sous examen comme suit :

« **Art. III.** L'article 35 de la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne, est modifié comme suit :

« Art. 35. Toutefois en cas de délit, [...] » »

Article IV (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler le point IV sous examen comme suit :

« **Art. IV.** La loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie est modifiée comme suit :

- « 1° À l'article 8-2 [...] ;
- 2° À l'article 14, alinéa 1^{er}, [...] ;
- 3° À l'article 18, [...] » »

Article V (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler le point V sous examen comme suit :

« **Art. V.** À l'article 5, paragraphe 3, deuxième tiret, 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, les termes « à l'article 32-1 du Code pénal » sont remplacés par les termes « aux articles 31 et 32 du Code pénal ». »

Article VI (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler le point VI sous examen comme suit :

« **Art. VI.** La loi modifiée du 14 juin 2001 portant 1. approbation de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg, le 8 novembre 1990 ; 2. modification de certaines dispositions du code pénal ; 3. modification de la loi du 17 mars 1992 1. portant 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, est modifiée comme suit :

- « 1° À l'article 6, point 6, les termes [...] ;
- 2° À l'article 6, dernier alinéa, les termes [...] ;
- 3° À l'article 7, avant-dernier alinéa, les termes [...] ;
- 4° À l'article 7, dernier alinéa, les termes [...] » »

Article VII (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler le point VII sous examen comme suit :

« **Art. VII.** Dans toutes les dispositions légales [...] »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 29 mai 2018.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges WIVENES

