

N° 7411⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

PROJET DE LOI

portant 1° transposition de la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ; 2° modification du Code pénal ; 3° modification du Code de procédure pénale et 4° modification de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour Supérieure de Justice	1
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (29.3.2019).....	4
3) Avis des Parquets de Luxembourg et de Diekirch (29.4.2019)	4
4) Avis de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette (24.4.2019)	7
5) Avis du Parquet Général (21.5.2019).....	7

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE LA JUSTICE

En date du 19 février 2019, Monsieur le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice a sollicité de la Cour Supérieure de Justice (la Cour) un avis sur le projet de loi portant 1° transposition de la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (ci-après la directive); 2° modification du Code pénal ; 3° modification du Code de procédure pénale et 4° modification de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.

La directive, qui fait suite à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée le 26 juillet 1995, établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, et à ses protocoles des 27 septembre 1996 et 19 juin 1997, tend à renforcer la protection contre les infractions pénales violant lesdits intérêts et à harmoniser les droits pénaux nationaux en établissant des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales y étant visés et des sanctions à appliquer.

La directive s'inscrit dans un mouvement plus général d'harmonisation des droits nationaux, de consolidation des normes pénales de l'Union et dans le projet plus vaste d'instauration d'un Parquet européen qui, suivant l'article 4 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017, est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, telles que prévues à la directive soumise pour avis.

Elle élargit le champ d'application des dispositifs pénaux de lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union qui sont définis comme « l'ensemble des recettes perçues, des dépenses exposées et des avoirs » qui relèvent non seulement du budget de l'Union, mais aussi « des budgets des institu-

tions, organes et organismes de l'Union institués en vertu des traités ou des budgets gérés et contrôlés directement ou indirectement par eux ».

Les définitions des infractions prévues dans la directive reprennent largement celles de la convention du 26 juillet 1995, mais sont complétées et précisées.

La directive précise ainsi les règles concernant la corruption et la qualité d'agent public qui comprend tant les agents publics nationaux d'un Etat membre, que les agents d'un Etat tiers et les agents de l'Union.

Les dispositions relatives aux sanctions retiennent désormais des seuils minima, allongent la liste des infractions pouvant être encourues par les personnes morales et posent des règles minimales de prescription.

La directive oblige également les Etats à prévoir des règles d'imputation qui permettent d'attribuer les infractions de fraude, de corruption ou de détournement aux complices et aux personnes qui n'auraient commis qu'une tentative d'infraction.

Comme le droit pénal luxembourgeois est déjà en grande partie conforme aux exigences de la directive, seules des adaptations ponctuelles sont envisagées.

Dans l'article 1^{er} du projet de loi, les auteurs du projet de loi ont ainsi énuméré les articles du code pénal à réformer.

Concernant plus précisément la responsabilité des personnes morales, les auteurs du projet de loi proposent de remplacer le libellé de l'actuel article 34 du code pénal suivant lequel la responsabilité pénale des personnes morales est engagée lorsqu'un crime ou un délit est commis en son nom et dans son intérêt par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, par le texte de l'article 6 la directive qui prévoit que les personnes morales peuvent être tenues pour responsables des infractions pénales visées aux articles 3, 4, et 5 de la directive commises à leur profit par: « toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur la base d'un pouvoir de représentation de la personne morale ou d'un pouvoir de prendre des décisions au nom de la personne morale ou d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale ».

En effet, la notion de « dirigeant de droit et de fait » retenue par l'actuel article 34 du code pénal a fait l'objet de critiques du groupe de travail sur la corruption de l'OCDE qui avait notamment mis en avant un manque de précision de la notion, notamment en ce qui concerne les possibilités « d'engager la responsabilité de la personne morale en cas de corruption d'agents public étrangers dans un certain nombre de circonstances pourtant habituelles dans le cadre de transactions commerciales internationales ».

La Cour relève que l'article 34 du code pénal est cependant d'application générale et concerne dès lors toutes les infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale et non seulement les infractions mettant en jeu des intérêts financiers de l'Union. Se pose dès lors la question si par la nouvelle terminologie, la responsabilité pénale des personnes morales peut encore être engagée par les agissements frauduleux d'un dirigeant de fait en ce qui concerne les infractions qui ne mettent pas en jeu les intérêts financiers de l'Union tel que c'est le cas aujourd'hui.

Pour faire droit à l'exigence de l'article 6 paragraphe 2 de la directive d'inclure le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée à l'alinéa premier de l'article 34 du code pénal, les auteurs du projet de loi ont ajouté un deuxième paragraphe à cet article suivant lequel la « personne morale peut également être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38 lorsqu'un défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée à l'alinéa 1^{er} du présent article a rendu possible la commission d'un crime ou d'un délit, dans l'intérêt de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité. »

Il ne s'agit donc actuellement plus seulement de la caractérisation d'une infraction à l'égard de la personne physique, organe ou représentant de la personne morale, mais celle d'un manquement à une obligation de surveillance de la part d'un représentant de la personne morale qui a rendu possible la commission d'une infraction retenue par la directive qui alourdit la responsabilité des dirigeants d'entreprise, d'autant plus que par suite du champ d'application de l'article 34 du code pénal, ce paragraphe n'est pas limité aux seules infractions visées par la directive.

Les auteurs du projet de loi ont ensuite complété la notion de détournement retenu à l'article 240 du code pénal par les ajouts « direct et indirect » pour satisfaire à la définition de cette infraction donnée

par l'article 4 paragraphe 3 de la directive. Ils ont également ajouté que l'infraction de détournement est à retenir dans le cas où un agent public a utilisé les avoirs se trouvant entre ses mains les a utilisés d'une manière contraire aux fins prévues sans autre précision.

Selon la terminologie employée par la directive, on entend cependant par détournement le fait, pour un agent public auquel est confié, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou avoirs, d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

L'utilisation différente de la finalité prévue devrait dès lors seulement être punissable du moment qu'elle porte effectivement atteinte aux intérêts publics.

La notion « sans droit » est supprimée dans les articles 246 à 250 du code pénal pour satisfaire également à une recommandation du groupe de travail sur la corruption de l'OCDE, notion qui, au vu du libellé de ces articles, n'est pas nécessaire.

Outre une adaptation de la terminologie utilisée dans l'article 252 du code pénal, les auteurs du projet de loi étendent l'application de cet article aux dispositions de l'article 240 du même code, ce qui n'appelle pas de commentaire spécifique.

La directive considérant comme circonstance aggravante le fait que les infractions pénales ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle, les auteurs du projet de loi se proposent d'introduire encore un nouveau paragraphe à l'article 252 du code pénal suivant lequel le minimum de la peine sera dans ces cas doublé, s'il s'agit de l'emprisonnement, et élevé de deux ans, s'il s'agit de la réclusion à temps.

Les auteurs du projet de loi retiennent de ce fait une aggravation des peines telle que retenue par la disposition particulière de l'article 266 du code pénal.

Pour répondre à l'exigence de l'article 5 de la directive invitant les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour que la tentative de commettre une des infractions pénales visées à l'article 3 ou à l'article 4, paragraphe 3 de la directive soit passible de sanctions en tant qu'infraction pénale, les auteurs du projet de loi ajoutent un article 496-6 au code pénal suivant lequel la tentative des délits prévus aux articles 496-1 à 496-4 du même code est punie des mêmes peines.

Ils reprennent ainsi un niveau de peines identique à celui prévu par exemple pour la tentative de concussion (article 243 du code pénal), de blanchiment (article 506-1 (4) du code pénal) ou de certaines infractions en matière informatique (article 509-6 du code pénal) sans proposer des peines d'un niveau inférieur telles que stipulées par le législateur, non seulement d'une manière générale en matière de crime, mais également pour une grande partie des délits.

Pour plus de clarté, il serait éventuellement préférable d'utiliser la formulation employée à l'article 509-6 du code pénal et de préciser que « la tentative des délits prévus aux articles 496-1 à 496-4 est punie des mêmes peines que le délit lui-même ».

Les délais de prescription retenus au code pénal sont conformes aux exigences du délai de prescription de la directive.

L'incitation et la complicité retenues à l'article 5 paragraphe 1 de la directive peuvent être considérées comme couvertes par les dispositions des articles 66 et suivants du Code pénal.

La modification du code de procédure pénale, est reprise à l'article 2 du projet de loi et concerne l'article 5-1 du code pénal. En effet, suivant l'article 11, paragraphe 4 de la directive, chaque Etat membre doit, dans le cas visé au paragraphe 1, point b) du même article, c'est-à-dire dans le cas où l'auteur de l'infraction est l'un de ses ressortissants, prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que l'exercice de sa compétence n'est pas subordonnée à une plainte de la victime faite sur le lieu de l'infraction pénale ou une dénonciation émanant de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise.

Pour satisfaire à cette demande, les auteurs du projet de loi ont opté pour un ajout aux articles 496-1 à 496-4 et 506-1 du Code pénal à l'article 5-1 du code de procédure pénale, élargissant de ce fait la compétence universelle des autorités judiciaires luxembourgeoises pour toutes les infractions énumérées à l'article 506-1 du code pénal même si elles ne sont pas compétentes pour connaître des infractions primaires à la base du blanchiment et même si le fait n'est pas puni par la législation du pays où il a été commis. Cette disposition se heurte au libellé actuel de l'article 506-3 du code pénal, suivant lequel les infractions primaires retenues à l'article 506-1 du même code doivent être punissables dans l'Etat où elles ont été commises à l'exception des infractions où la loi permet spécialement une poursuite.

Cette compétence universelle des autorités luxembourgeoise s'applique, par ailleurs, à toute personne étrangère trouvée au Grand-Duché.

Dans l'article 3 du projet de loi, la compétence universelle des juridictions luxembourgeoises est également étendue aux infractions prévues à l'article 80, paragraphes 1 et 2 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la TVA.

Une augmentation de la peine de 2 ans pour ces infractions est établie lorsqu'il s'agit d'actes commis dans le cadre d'une organisation criminelle, fait qui, suivant l'article 8 de la directive, est à considérer comme circonstance aggravante.

Finalement, une augmentation du maximum de la peine d'emprisonnement pour les fraudes fiscales aggravées à quatre ans est introduite, la directive prévoyant dans les cas prévus par l'article 7 paragraphe 3 de la directive au moins ce niveau de peine lorsque ces infractions entraînent un préjudice ou un avantage considérable.

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(29.3.2019)

Le projet de loi qui a été soumis pour avis au Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg entend transposer la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union dans la législation pénale luxembourgeoise.

De ce fait le libellé de certaines infractions pénales déjà prévues dans le Code pénal luxembourgeois est adapté aux infractions en matière de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Les modifications suggérées sont conformes et ne comportent aucune remarque particulière.

Georges EVERLING

29 mars 2019

*

AVIS DES PARQUETS DE LUXEMBOURG ET DE DIEKIRCH

(29.4.2019)

Le projet de loi a pour objet d'adapter le droit national aux finalités visées par la directive en matière de protection des intérêts financiers de l'Union Européenne.

Quant à l'article 34 du Code pénal.

Pas d'observation.

Quant à l'article 240 du Code pénal.

Le commentaire de l'article n'explicite en aucune manière, notamment par référence aux faits qu'on vise à faire entrer dans le giron de la loi pénale, la nouvelle notion de détournement « indirect ».

Concernant la notion de « détournement », il est indispensable d'inclure dans les textes la définition retenue à l'article 4, dernier alinéa, de la directive qui dispose : « *Aux fins de la présente directive, on entend par « détournement », le fait, pour un agent public auquel est confié, directement ou indirectement la gestion de fonds ou d'avoirs, d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.* » Si cette définition du détournement ne se retrouve pas dans les textes luxembourgeois, il y a un risque évident de se voir reprocher une transposition inadéquate et incomplète de la directive.

L'insertion de cette définition est par ailleurs nécessaire et indiquée dans le contexte national, notamment en raison de l'interprétation étroite du texte de l'art. 240 CP quant aux faits qu'il incrimine.

Ainsi, dans le cadre d'une décision récente en matière de règlement de la procédure d'instruction, la Chambre du conseil de la Cour d'appel, confirmant la juridiction de 1^{ère} instance, a retenu dans son arrêt du 23 octobre 2018-no. 1057/18 :

« ... Quant à l'infraction à l'article 240 du Code pénal, reprochée à XY, la chambre du conseil a correctement apprécié les éléments du dossier :

Le non-lieu à poursuivre du chef d'infraction à l'article 240 du Code pénal, ordonné par la chambre du conseil de première instance, est partant à confirmer par adoption des motifs de l'ordonnance déférée. ... »

Ordonnance de la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 21 mars 2018-no. n° 472/18

« ... L'infraction à l'article 240 du Code pénal comprend cinq éléments :

- la qualité de l'auteur du détournement ;
- la circonstance que les choses détournées sont venues entre ses mains en vertu ou en raison de sa charge ;
- le fait matériel de détournement ;
- l'intention frauduleuse ;
- la nature des choses détournées.

La qualification pénale de détournement de deniers publics exige que la chose détournée ait été remise à la personne qualifiée à cause de sa qualité, qu'elle soit venue entre ses mains « en vertu ou en raison de sa charge »¹.

La chambre du conseil constate qu'en l'occurrence, l'instruction n'a pas révélé le moindre indice quant à une remise de sommes d'argent à XY en raison de sa qualité de bourgmestre, lesquelles il aurait par la suite détournées. En effet, la perte de chance d'acquérir la parcelle en cause par échange de terrains, ne saurait, sous peine d'enfreindre le principe d'interprétation stricte en matière pénale, être considérée comme un acte de détournement de deniers publics, ce d'autant plus qu'un acte d'échange de terrains ne constitue pas un contrat à titre gratuit.

Les faits tels que libellés au point (1) (a) ne sont ni punissables au titre de l'article 240 du Code pénal ni au titre d'un autre texte répressif et ne présentent dès lors aucune qualification pénale. ... »

Les faits libellés au réquisitoire de renvoi était exposé comme suit :

« (1) (a) ... XY comme personne dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, ou chargée d'une mission de service public, avoir détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge (CP – Art. 240),

en l'espèce, en sa qualité de bourgmestre ... , partant comme personne dépositaire de l'autorité publique, avoir détourné des deniers publics qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge,

par le fait d'avoir renoncé ou d'avoir amené le collègue échevinal ou le conseil communal, faisant état de son appréciation de juriste et avocat, à renoncer à faire valoir la validité du compromis d'échange de terrains du 28 août 2008 entre la Commune de ... et AB, suite au refus de AB de signer l'acte notarié y afférent (sur conseil de son avocat XY), et de conclure en lieu et place de l'échange comportant une soulte de 6.125 EUR à régler parla Commune, une acquisition par acte de vente du terrain ... de 3,07 ares que la commune aurait dû recevoir en échange, en date du 8 novembre 2010, au prix de 215.000 EUR (70.000 EUR/are), causant ainsi une dépense à charge de la commune de ... qu'elle n'aurait pas eue si la formalisation de l'échange avait été mise en oeuvre, au besoin par voie de contrainte judiciaire, au bénéfice de la venderesse CD (partenaire déclarée de feu AB et cliente de l'avocat XY) qui a vendu quelques quatre mois plus tard, en retour, aux époux XY, le 23 mars 2011, un terrain adjacent de 9,08 ares, soit presque trois fois la superficie du terrain acquis parla Commune, au prix de 150.000 EUR (16.500 EUR/are), ce terrain, à l'instar de celui vendu à la Commune, étant susceptible d'être négocié à un prix largement supérieur en cas de besoin parla Commune ou un autre acquéreur ; ... »

¹ RIGAUX et TROUSSE, Les crimes et les délits du Code pénal, t. IV, p. 221.)

Par l'adjonction de la partie de phrase « ou qui les aura utilisés d'une manière contraire aux fins prévues », le texte crée une distinction entre le détournement, direct ou indirect, et cette hypothèse d'infraction de l'utilisation non conforme. Le texte de la directive – art. 3, 2., b., iii mentionne le détournement de fonds ou avoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été initialement accordés, à charge de celui qui les a reçus, infraction prévue par l'article 496-2 du Code pénal. Il n'y a donc pas lieu de prévoir cette hypothèse à l'article 240 qui vise des personnes à qualité spécifique, autrement que par l'intégration de la définition du détournement retenue à l'article 4, dernier alinéa, de la directive (cf. ci-avant).

Proposition de texte remanié :

« Le détournement puni à l'alinéa précédent sera également constitué par le fait, / ou / Est puni des mêmes peines, le fait,

pour toute personne dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, ou chargée d'une mission de service public, auquel est confié, directement ou indirectement la gestion de fonds ou d'avoirs, d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers publics. »

Quant à la suppression des termes « sans droit » dans les articles 246 à 250 du Code pénal.

Concernant les motifs ayant conduit le législateur de l'époque à prévoir dans les nouveaux textes sur la corruption, la formule « sans droit », les soussignés se permettent de renvoyer aux travaux préparatoires afférents et à l'argumentation y développée qui n'a pas perdu de sa pertinence.

A noter d'ailleurs que le Code pénal Français – dans les articles 432-11 et 433-1, retient également les termes « sans droit ». On peut certainement affirmer que cette formulation cadre de façon évidente et sans équivoque avec la notion d'« avantage indû ». Ce qui est dû correspond à un droit.

Quant à l'article 252 du Code pénal.

Le détournement par une personne à qualité spécifique au préjudice des deniers publics nationaux, visé par l'article 240 CP est rendu applicable pour le détournement au préjudice des intérêts financiers de l'Union Européenne, par le renvoi opéré à l'article 240 par le libellé de l'article 252 CP, de sorte que l'exigence de la directive à cet égard est satisfaite.

A cet endroit, il conviendrait de profiter de l'occasion pour compléter ce renvoi libellé à l'article 252 CP en y incluant l'article 245 CP incriminant la prise illégale d'intérêts. En effet, eu égard au fait que plusieurs institutions européennes ont leur siège à Luxembourg, où sont dès lors prises ou préparées des décisions dans le cadre des quelles des situations de conflit d'intérêt peuvent se poser, il est indiqué de prévoir cette infraction également pour les agents de ces institutions. Le texte se lirait alors : « Les dispositions des articles 240 et 245 à 251 du présent code s'appliquent aussi aux infractions impliquant ... ».

Quant à l'incrimination de la tentative des délits visés aux art. 496-1 à 496-4.

Eu égard au libellé et aux éléments constitutifs de ces délits, l'incrimination de la tentative n'est concevable que pour deux articles, 496-1 et 496-4 ; il faut cependant noter que le fait de procéder au moyen d'une déclaration fautive ou incomplète en vue d'obtenir ou de conserver une subvention, indemnité ou autre allocation (art. 496-1), respectivement en vue d'éviter ou de réduire sa contribution (art.496-4), correspond au commencement d'exécution du comportement frauduleux que la tentative entend incriminer. Celle-ci se trouve donc déjà sanctionnée en l'état actuel des textes, la tentative du délit se confondant avec le délit consommé.

Pour les délits visés par les articles 496-2 et 496-3, l'incrimination de la tentative n'est pas concevable.

D'une part, la tentative de recevoir une subvention, indemnité ou autre allocation suite à une déclaration frauduleuse est déjà couverte par l'article 496-1 ; d'autre part, par quels actes extérieurs, différents de l'emploi réalisé, pourrait être commise une tentative d'emploi d'une subvention, indemnité ou autre allocation non-conforme aux fins de son attribution.

De même, la tentative d'accepter ou de conserver une subvention, indemnité ou autre allocation (art. 496-3) ne se conçoit pas.

Il n'apparaît donc pas nécessaire de prévoir un article 496-6 rendant punissable la tentative.

Les autres dispositions retenues par le projet ne comportent pas d'observations de la part des soussignés.

Jean-Paul FRISING
Procureur d'Etat à Luxembourg

Aloyse WEIRICH
Procureur d'Etat à Diekirch

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-SUR-ALZETTE

(24.4.2019)

La justice de Paix d'Esch-sur-Alzette n'a pas d'observations à formuler au sujet du projet de loi portant transposition en droit interne de la directive (UE) 2017/1371.

Esch-sur-Alzette, le 24 avril 2019

Georges MUHLEN
Juge de Paix directeur

*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(21.5.2019)

Le présent projet de loi vise à transposer en droit national la directive 2017/1371/UE relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, publiée le 28 juillet 2017, au Journal officiel de l'Union européenne (ci-après la directive). La directive est entrée en vigueur le 6 août 2017 et les États membres sont tenus de la transposer dans leur ordre juridique au plus tard le 6 juillet 2019. Elle est étroitement liée au Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en oeuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, étant donné que la compétence matérielle du Parquet européen est définie par référence à la directive 2017/1371/UE.

Sa finalité est d'établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales, des sanctions et des délais de prescription en matière de lutte contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Les infractions en cause sont celles portant préjudice au budget de l'Union européenne: corruption active et passive, blanchiment de capitaux, utilisation abusive intentionnelle de fonds structurels européens, détournement de fonds. S'y ajoute la fraude à la TVA transfrontalière, lorsqu'au moins deux États membres sont impliqués et que les dommages s'élèvent à 10 millions d'euros.

Si le droit luxembourgeois est en majeure partie conforme aux exigences posées par la directive, divers ajustements s'imposent tout de même au niveau du Code pénal (article 1), du Code de procédure pénale (article 2) et de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (article 3).

Article 1

Les modifications suivantes sont proposées au niveau du Code pénal :

Au point 1° du premier article du projet de loi, les auteurs de projet de loi proposent de modifier l'article 34 du Code pénal, en adoptant le libellé de l'incrimination, tel qu'il figure à l'article 6, paragraphe 1er de la directive. Le législateur justifie cette modification certes par l'exigence de la transposition de la directive sur ce point mais également par le besoin de prendre en compte des critiques dont a fait l'objet le Luxembourg sur le plan international.

Le groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a ainsi dans son rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par le Luxembourg de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption (no 37 page 17) relevé que « *Le manque de certitude quant aux contours précis de la notion de dirigeants de droit ou de fait* », du moins lorsqu'elle s'applique à certains cas particuliers suscite l'incertitude

quant à la possibilité offerte par la loi d'engager la responsabilité de la personne morale en cas de corruption d'agents publics étrangers dans un certain nombre de circonstances pourtant habituelles dans le cadre de transactions commerciales internationales ». Il ressort clairement du rapport précité que les évaluateurs étaient guidés par la crainte que certains comportements répréhensibles ne seraient pas incriminés aux termes de l'article 34 du Code pénal, eu égard au libellé trop vague de la disposition en question.

A l'heure actuelle l'article 34 du Code pénal se lit comme suit : « *Lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38.* ».

Le texte proposé se réfère cependant à toute personne agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur la base d'un pouvoir de représentation de la personne morale ou d'un pouvoir de prendre des décisions au sein de la personne morale ou d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale, comme auteur susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale. On constate donc la disparition d'une référence expresse au dirigeant de fait dans le nouveau texte.

Cette notion est clairement définie par la jurisprudence, et en particulier la jurisprudence française à laquelle la justice luxembourgeoise se réfère de manière habituelle dans ses décisions. Elle vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieux et place de ses représentants légaux.²

Or la personne agissant individuellement sur la base d'un pouvoir de représentation de la personne morale ou d'un pouvoir de prendre des décisions au sein de la personne morale ou d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale, telle que prévue par le nouveau libellé, ne peut inclure le dirigeant de fait, qui exerce une activité d'administration d'une personne morale, précisément sans être investi d'un quelconque mandat. Le nouveau texte aboutirait donc à une réduction du champ d'application *ratione personae* de la responsabilité pénale de la personne morale et ne couvrirait plus l'hypothèse où des infractions sont commises par les dirigeants de fait. C'est pourtant dans pareille hypothèse que la sanction de la dissolution de la personne morale apparaît comme la réponse pénale la plus efficace.

Il semble dès lors qu'en essayant de rencontrer le souci de l'OCDE, à savoir une délimitation plus précise des personnes susceptibles de pouvoir engager la responsabilité pénale d'une personne morale afin d'englober le maximum de comportements répréhensibles, le texte proposé aboutirait au résultat inverse.

La soussignée estime dès lors qu'il y a lieu de compléter la modification proposée par une référence expresse au dirigeant de fait.

Le point 2 de l'article 1 complète l'article 240 du Code pénal et entend transposer les différentes hypothèses de détournements de fonds visés par l'article 3 paragraphe 2 de la directive. L'article 3 paragraphe 2 a) iii) étend l'incrimination de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union en matière de dépenses non liées à la passation de marchés publics, même à tout acte ou omission relatif au détournement de tels fonds ou avoirs à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été initialement accordées, sans qu'il soit directement porté atteinte aux intérêts de l'Union européenne tel que prévu sous le point 2 b) iii). La modification législative proposée tient dès lors compte du champ d'application très large de l'infraction de détournement au sens de la directive.

Les points 3 à 7 n'ont pas trait à la transposition de la directive à proprement dire, mais ont selon le législateur, pour but d'adapter la législation luxembourgeoise en matière de lutte contre la corruption aux exigences internationales et de mettre fin aux réserves émises dans le cadre des évaluations GRECO³ et OCDE⁴ quant aux termes de « *sans droit* » utilisés dans le libellé des infractions prévues aux articles 246, 247 et 248 du Code pénal en les supprimant purement et simplement.

² Traité de droit commercial, Georges RIPERT, René ROBLOT, Tome 2, p. 1220

³ Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport de Conformité sur le Luxembourg ; « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) », « Transparence du financement des partis politiques » adopté par le GRECO lors de sa 47e réunion plénière (Strasbourg, 7-11 juin 2010) ;

⁴ Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par le Luxembourg de la Convention de l'OCDE de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, adopté par le Groupe de travail le 23 juin 2011 ;

Le point 8 vise à actualiser la terminologie en relation avec les organes et les fonctionnaires européens qui y sont cités, à transposer l'article 4 point 3, quant à la qualité de l'auteur de l'infraction de détournement et à introduire la circonstance aggravante de la commission des infractions prévues aux articles 240 et 246 à 251 du Code pénal dans le cadre de l'organisation criminelle, telle qu'exigée par l'article 8 de la directive.

Le point 9 a pour objectif de transposer l'article 5 paragraphe 2 de la directive et introduit l'incrimination de la tentative des délits prévus aux articles 496-1 à 496-4 du Code pénal.

L'ensemble des modifications prévues aux points 2 à 9 de l'article 1 du projet de loi sous examen n'appellent pas d'observations particulières.

Article 2

Par l'article 2 le législateur entend se conformer aux exigences de l'article 11 de la directive quant à l'étendue de la compétence extraterritoriale des juridictions des États membres pour connaître des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Ainsi le régime juridique prévu à l'article 5-1 du Code de procédure pénale est étendu aux infractions visées aux articles 496-1 à 496-4 du Code pénal, ainsi qu'à l'article 506-1 du Code pénal.

Si cette modification ne suscite guère d'observations en relation avec les articles 496-1 à 496-4 du Code pénal, l'intégration de l'article 506-1 du Code pénal à la liste d'infractions prévues à l'article 5-1 du Code de procédure pénale suscite quelques interrogations quant à l'étendue des conséquences de cette modification.

Le texte proposé permettrait d'engager des poursuites pénales au Grand-Duché de Luxembourg contre un auteur, soit de nationalité luxembourgeoise, soit résident au Grand-Duché de Luxembourg ou étranger trouvé au Luxembourg, d'une infraction à l'article 506-1 du Code pénal commis à l'étranger, bien que le fait de blanchiment ne soit pas puni par la législation du pays où il a été commis. La question se pose si, toujours dans l'hypothèse des faits commis à l'étranger, le juge luxembourgeois avait dorénavant une compétence universelle, abstraction faite de toute condition de double incrimination, aussi bien pour l'infraction de blanchiment que pour les infractions primaires sous-jacentes. Cette lecture du texte mènerait à une contradiction avec l'article 506-3, alinéa 2, du Code pénal qui dispose, qu'à l'exception des infractions pour lesquelles la loi permet la poursuite même si elles ne sont pas punissables dans l'État où elles ont été commises, l'infraction primaire du blanchiment doit être punissable dans l'État où elle a été commise. Toujours dans l'hypothèse des faits commis à l'étranger, une lecture conjointe des articles 5-1 du Code de procédure pénale et 506-3 du Code pénal pourrait également se concevoir à savoir que les poursuites pénales au Luxembourg d'un fait de blanchiment seraient soumises à la condition de l'incrimination de l'infraction primaire au lieu de commission de cette infraction à l'étranger. Afin d'éviter toute insécurité juridique quant à l'étendue de la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises en matière de blanchiment, une clarification de l'intention du législateur sur ce point s'impose.

Article 3

L'article 3 modifie l'article 80 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée sur les points suivants : la peine maximale d'emprisonnement de la fraude fiscale aggravée est fixée à quatre ans ; la circonstance aggravante de la commission d'infractions aux alinéas 1 et 2 de l'article 80 précité dans le cadre d'une organisation criminelle est introduite par un nouvel alinéa 4 ; la compétence extraterritoriale des tribunaux luxembourgeois est étendue aux infractions à l'article 80 dans des conditions identiques à celles prévues à l'article 5-1 du Code de procédure pénale.

Analysées sous l'angle de la conformité de la transposition de la directive, les modifications envisagées n'appellent pas d'observations particulières. Il est cependant surprenant que le législateur n'ait pas envisagé de compléter le présent projet de loi par une adaptation similaire à l'article 80 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée de l'article 29 de la loi modifiée du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession ainsi que de l'article 396 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931, afin de continuer à maintenir un parallélisme des textes en matière d'infractions fiscales, assuré par les modifications législatives antérieures.

Ainsi l'analyse des travaux parlementaires ayant abouti à la loi du 22 décembre 1993, intitulée « *loi sur l'escroquerie en matière d'impôts* », qui a introduit l'infraction d'escroquerie fiscale en droit

pénal luxembourgeois montre qu'aucune différenciation n'était faite en fonction de la nature de l'impôt, l'objet de la loi étant d'adapter à l'environnement de l'époque les dispositions législatives relatives à la répression pénale de la fraude fiscale. Le Grand-Duché disposait à cette date d'une législation de droit pénal fiscal même si elle semblait relativement peu pratiquée, voire peu opérante. En matière de droit pénal des impôts sur la circulation juridique des biens il existait, outre les pénalités prévues en matière de douanes et d'accises, les dispositions de l'article 29 de la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession applicable en matière d'infractions aux différents impôts de la compétence de l'Administration de l'enregistrement et des domaines, sans préjudice des lois fiscales qui prévoyaient des peines répressives particulières. Le droit pénal relatif aux impôts directs était réglé par les paragraphes 391 à 477 de la loi générale des impôts et prévoyait la fraude fiscale intentionnelle et la fraude fiscale involontaire. Malgré les spécificités inhérentes aux différents types d'impôts, le législateur avait fait le choix d'un parallélisme au niveau du libellé des infractions d'escroquerie fiscale et de leur sanction.

Le même état d'esprit se retrouve dans la loi du 23 décembre 2016 portant mise en oeuvre de la réforme fiscale. La lutte contre la fraude fiscale était à nouveau envisagée dans son ensemble : un des objectifs principaux de cette loi était de distinguer trois formes de fraude fiscale, à savoir la fraude fiscale simple, la fraude fiscale aggravée et l'escroquerie fiscale, indifféremment du type d'impôt éludé.

Au motif que la transposition de la directive impose la seule modification des dispositions en matière de TVA, le législateur a rompu le parallélisme scrupuleusement gardé en la matière. Si certaines modifications dans le cadre du présent projet sont proposées dans un souci de se conformer à des exigences internationales, le même souci devrait guider le législateur en matière d'infractions fiscales. Le Grand-Duché de Luxembourg risque en effet de se voir épingler, une fois de plus, au niveau international dans le domaine sensible de la fiscalité directe en réservant, de manière non justifiée par des critères objectifs si ce n'est l'exigence de la transposition d'une directive, un traitement plus favorable à l'auteur d'une infraction fiscale en matière d'impôts directs qu'en matière d'impôts indirects.

La soussignée suggère dès lors de modifier l'article 396 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 en conséquence, à savoir augmenter la peine maximale d'emprisonnement de la fraude fiscale aggravée à quatre ans, introduire la circonstance aggravante de la commission d'infractions aux alinéas 5 et 6 de l'article 396 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 dans le cadre d'une organisation criminelle et introduire la compétence extraterritoriale des tribunaux luxembourgeois aux infractions à l'article 396 précité dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article 5-1 du Code de procédure pénale. Afin d'être complet, et toujours dans le même ordre d'idées, des adaptations similaires de l'article 29 de la loi modifiée du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession seraient souhaitables.

Luxembourg le 21 mai 2019

Sandra KERSCH
Avocat général

