

N° 7533⁶**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant modification :

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

* * *

**AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU
DE LUXEMBOURG**

(9.9.2020)

Le projet de loi n° 7533 (le « Projet ») commenté est le texte 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 (ci-après « la Directive 2018/1673 »).

Elle est parfois appelée 6ème directive, bien qu'il n'y ait en fait qu'une seule directive traitant du volet préventif du blanchiment (dont la « 5ème mouture » a été transposée en droit luxembourgeois par les lois du 25 mars 2020). Ayant trait au volet répressif de la lutte contre le blanchiment, elle ne devrait ainsi pas avoir un tel qualificatif car elle n'aura, *a priori*, pas d'incidence sur la loi de prévention du blanchiment (la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, ci-après « la Loi AML »).

L'avis de l'Ordre portera essentiellement sur la question de la redéfinition de l'infraction de blanchiment et ne commentera ci-après que des dispositions concernant plus directement la profession d'avocat.

Le présent avis exposera que (i) le Projet ne correspond pas à un quelconque impératif fixé par la directive (UE) 2018/1673, ni encore moins aux exigences du GAFI, (ii) qu'il aboutira à une incroyable extension du périmètre de l'infraction de blanchiment et (iii) qu'il aura des conséquences invraisemblables sur la loi préventive du blanchiment.

1. L'abandon du critère de gravité des infractions primaires ?

Sous couvert d'une simplification, voire d'une simple question de commodité, les auteurs du Projet proposent une suppression pure et simple de la liste des infractions désignées sous l'article 506-1 du Code pénal.

De prime abord, la solution paraît séduisante en ce qu'elle évite une lecture fastidieuse, au travers de renvois successifs dans le droit pénal spécial et le droit pénal particulier ainsi qu'une incessante mise à jour de l'article 506-1 du code pénal.

Pendant, l'Ordre des avocats constate que le critère de la gravité a tout simplement disparu de la nouvelle définition de l'infraction de blanchiment souhaitée par les auteurs du Projet !

Il convient de revenir aux recommandations du GAFI qui, rappelons-le, est né de la volonté internationale de confisquer le produit du crime organisé à l'échelle mondiale. La Recommandation 3 du GAFI indique ainsi, à propos de l'infraction de blanchiment de capitaux :

*« Les pays devraient conférer le caractère d'infraction pénale au blanchiment de capitaux sur la base de la Convention de Vienne et de la Convention de Palerme. Les pays devraient appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les **infractions graves** afin de couvrir la gamme la plus large d'infractions sous-jacentes. »*

Trente années après, cet objectif, selon le vœu des auteurs du Projet, semble perdu de vue.

Dans les notes interprétatives de sa Recommandation 3, le GAFI expose un critère pour définir ce qui devrait être reconnu comme infractions sous-jacentes à l'infraction de blanchiment :

« 2. Les pays devraient appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les infractions graves, afin de couvrir la gamme la plus large d'infractions sous-jacentes. Les infractions sous-jacentes peuvent être définies par rapport à l'ensemble des infractions, par rapport à un seuil lié soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine privative de liberté dont est passible l'infraction sous-jacente (méthode du seuil), par rapport à une liste d'infractions sous-jacentes ou par une combinaison de ces méthodes.

3. Dans les pays qui adoptent la méthode du seuil, les infractions sous-jacentes devraient au minimum comprendre toutes les infractions relevant de la catégorie des infractions graves en vertu de leur droit interne ou inclure les infractions passibles d'une peine maximale de plus d'un an d'emprisonnement ou, pour les pays qui ont établi dans leur système juridique un seuil minimum pour les infractions, les infractions sous-jacentes devraient comprendre toutes les infractions passibles d'une peine minimale de plus de six mois d'emprisonnement.

4. Quelle que soit l'approche adoptée, chaque pays devrait au minimum inclure une gamme d'infractions au sein de chacune des catégories désignées d'infractions. L'infraction de blanchiment de capitaux devrait s'appliquer à tous les types de biens qui, indépendamment de leur valeur, représentent directement ou indirectement le produit du crime. Il ne devrait pas être nécessaire qu'une personne soit condamnée pour une infraction sous-jacente pour pouvoir prouver qu'un bien constitue le produit du crime. »

La Directive 2018/1673 (article 3) impose quant à elle aux États de sanctionner, en tant qu'infraction pénale de blanchiment, toute une série de comportements intentionnels, dès lors que les biens à blanchir proviennent d'une « *activité criminelle* », celle-ci étant définie à l'article 2 de la Directive 2018/1673 et renvoyant à des infractions passibles d'une peine privative de liberté ou mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ou, dans les États dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, d'une peine privative de liberté ou mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à 6 mois (repenant ainsi l'option laissée par le GAFI). C'est cette deuxième solution qui prévaut au Grand-Duché.

On peut donc affirmer que la Directive 2018/1673 vise à sanctionner des comportements de blanchiment dès lors qu'ils ont trait à des biens provenant d'**infractions particulièrement graves**. La Directive 2018/1673 établit par ailleurs une telle liste d'infractions (qui sont réputées entrer dans la catégorie des activités criminelles telles que définies dans la directive).

Rappelons que le principe prévalant au Grand-Duché concernant la transposition des directives européennes a toujours été « la directive et rien que la directive ».

Sous l'angle de l'article 3 de la Directive, il est permis de douter de la nécessité de modifier l'actuel article 506-1 du Code pénal qui incrimine d'ores et déjà l'infraction de blanchiment d'une série d'infractions énumérées, mais également (dernier tiret du point 1) de l'article 506-1) de « *toute autre infraction punie d'une peine privative de liberté d'un minimum supérieur à 6 mois* ». Les auteurs du Projet admettent d'ailleurs explicitement dans l'exposé des motifs que « *la législation luxembourgeoise est, dans une très large mesure, déjà conforme aux dispositions de la directive (UE) 2018/1673* » (exposé des motifs, p.5). Dans ce cas, pourquoi ne pas se contenter de transposer uniquement les dispositions de la directive non encore reflétées dans les textes luxembourgeois ? Les auteurs du Projet indiquent qu'il est nécessaire que « *toutes les infractions primaires couvertes par la définition d'activité criminelle fournie dans la directive soient couvertes* ».

L'Ordre des avocats est bien entendu d'accord avec le souhait ainsi exprimé que les activités criminelles énumérées dans la Directive 2018/1673, qui ne sont pas susceptibles de donner lieu à du blanchiment en raison du seuil minima! d'emprisonnement de 6 mois, soient effectivement automatiquement considérées comme des infractions primaires. Mais la technique retenue pour les couvrir est contestable.

Faisant le constat (i) que l'actuelle liste d'infractions désignées comprend quatre renvois vers des lois abrogées et (ii) que pour un nombre limité d'infractions (recel, faux et usage de faux dans des passeports, contrefaçons de clés électroniques et déchets radioactifs énoncées dans l'article 2, paragraphe 1 de la Directive 2018/1673), le droit luxembourgeois ne remplit pas la condition de seuil minimum de peine privative de liberté de 6 mois, les auteurs du Projet, par souci de commodité, veulent remplacer la liste par un renvoi général à « *tous crimes et délits* ».

Il est sidérant de constater que des délits tels que ceux énumérés dans les sections V, VI, VIII ou IX du Chapitre III du Titre IX (articles 535 à 550 du Code pénal), à savoir l'empoisonnement de bestiaux à cornes, de moutons, chèvres et porcs, inondation volontaire, abattage, écorçage ou mutilations d'arbres, comblement de fossés, arrachage de haies, déplacement de bornes et autres infractions pittoresques, seraient dorénavant susceptibles de donner lieu à l'infraction de blanchiment.

Sans vouloir minimiser de telles infractions, il est indéniable que ce n'est certainement pas l'intention du législateur européen lorsqu'il utilise le terme d'activités criminelles et établit la liste de l'article 2 de la Directive 2018/1673.

À l'occasion des débats qui précéderont l'adoption de ce qui allait devenir la loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au Code pénal, le Conseil d'Etat rappelait notamment que

« Finalement, une généralisation par trop poussée de l'infraction de blanchiment, couvrant un vaste domaine aux confins incertains (Avis du Conseil d'Etat belge sur les projets de loi belges modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux, 1335/1-97/98 et 1336/1-97/98) et l'extension du mécanisme de détection et de prévention à ce vaste domaine ne tiennent pas compte du caractère exceptionnel que revêt en particulier le devoir d'informer imposé actuellement aux professionnels du secteur financier et devant être imposé encore à d'autres professions.

Les obligations assumées par ces professionnels, et en particulier l'obligation de dénoncer tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment, doivent rester confinées aux infractions de base revêtant une gravité et une complexité telles que le recours à cette méthode de détection exceptionnelle s'en trouve justifié¹. »

A l'occasion de la transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 décembre 2001, qui a donné lieu à la Loi AML, le texte a lui aussi été âprement débattu et ces débats, vieux de 17 ans, illustrent aujourd'hui encore les problèmes soulevés par le texte. Ainsi, le Conseil d'Etat recommandait² :

« Il faut éviter les dérives s'apparentant à la chasse aux sorcières et conduisant d'ailleurs en pratique à une inefficacité totale de tout contrôle, car si le soupçon devient le principe et que la bonne foi doit être prouvée, les mécanismes de contrôle, qui sont par définition faits pour détecter des dysfonctionnements exceptionnels, en arrivent à l'implosion systémique. »

1 Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 4294, p.4

2 Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 5165, p.2

Plus loin, le Conseil d'Etat mettait en garde :

« D'une manière très générale, le Conseil d'Etat doit cependant sérieusement mettre en garde contre une attitude consistant à « dépasser, à dessein, le cadre tracé par les directives » (cf. commentaire des articles, au sujet des points 2 et 3 de l'article 2). En effet, le Luxembourg s'est traditionnellement distingué par une transposition des directives laissant aux acteurs économiques assez de souffle et d'espaces de liberté pour épanouir leurs activités, tout en prenant conscience des responsabilités y liées.

Si le Luxembourg se doit d'être un pays modèle pour la promotion d'un cadre légal propre pour les activités qui d'y déroulent, cela ne doit pas pour autant mener à un niveau d'étranglement et de suspicion qui n'est ni indiqué, ni exigé par les textes. Il ne faut pas oublier que dans le domaine qui fait l'objet du projet de loi sous examen, les directives européennes établissent déjà un niveau de réglementation très élevé dont le respect est la condition nécessaire et suffisante dans le contexte d'une compétitivité internationale.

Faut-il rappeler qu'il existe deux types de directives : celles traçant un cadre pour le développement des activités et où les Etats membres capables et désireux d'aller plus loin sont invités à le faire et celles qui s'apparentent à du droit communautaire pénal, et où il n'est ni souhaitable, ni bénéfique de les a surtransposer » ? La directive 2001/97/CE relevant de la seconde catégorie, le Conseil d'Etat met en garde contre toute dérive en la matière.³»

Mme Catherine BOURIN-DION⁴, faisait remarquer avec pertinence que la généralisation des infractions primaires à toute infraction punie d'une peine privative de liberté d'un minimum d'au moins six mois a pour effet de déconnecter l'infraction primaire de l'existence d'un avantage patrimonial quelconque pouvant donner lieu à un acte de blanchiment. En effet, les infractions visées par la loi sont extrêmement diverses et variées ; pour certaines d'entre elles, il est *de facto* difficile de faire un lien avec une possible opération de blanchiment. En effet, les articles 491 à 495 englobent de nombreuses infractions qui peuvent difficilement être qualifiées de graves : y sont inclus notamment les faits de grivèlerie, c'est-à-dire le fait de se faire servir, dans une intention frauduleuse, des boissons ou des aliments sans en payer le prix ; il en est de même pour ce qui concerne le fait de partir sans payer son hôtel ou son taxi ou encore de remplir le réservoir de son véhicule sans payer. Si la fraude est bien réelle dans de tels cas, le blanchiment l'est beaucoup moins. Rappelons néanmoins, d'une part, que tant la directive que les recommandations du GAFI ne visent que les infractions graves, et, d'autre part, que la logique qui sous-tend la législation est de limiter les moyens d'action des organisations criminelles. Il ne semble pas qu'il soit dans l'intention ni du législateur européen, ni du GAFI de faire figurer au titre des infractions primaires le défaut, même frauduleux, de payer une tasse de thé.

L'article 1^{er} 2^o du Projet propose de supprimer la liste des infractions primaires du blanchiment prévue à l'article 506-1 du Code pénal et donc d'ouvrir cette infraction à tous les crimes et délits. Si cette suppression peut être saluée en ce qu'elle tend à une simplification de la loi pénale, la rendant plus lisible et intelligible pour le justiciable, il convient toutefois de formuler des réserves quant à l'utilisation du texte projeté.

De prime abord, la référence à « *tout crime ou délit* » n'est pas particulièrement choquante pas en ce que cette formule est notamment présente en France de longue date. Dans la mesure où les contraventions ne sont pas concernées, le blanchiment continue de s'appliquer en théorie à des infractions d'une certaine gravité (au minimum un délit).

Pour autant, la différence avec l'état actuel de notre législation résidera en ce que le blanchiment sera désormais applicable pour des délits punis au minimum d'une peine inférieure à 6 mois d'emprisonnement, ce qui représente, comme déjà souligné ci-dessus, de nombreuses infractions au sein du Code pénal, sans oublier celles figurant dans les lois spéciales.

Il y a lieu de s'inquiéter de l'utilisation qui pourrait être faite de cette possibilité dans la mesure où l'auto-blanchiment (notamment le blanchiment détention) est systématiquement inscrit dans les préventions listées par le Ministère Public. Aussi, cela risque d'aboutir à ce qu'une personne pourrait être lourdement condamnée (5 ans maximum) pour blanchiment détention d'une infraction primaire qui,

3 Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 5165, p.3

4 La course à la législation antiblanchiment ou « Qui peut montrer patte blanche ? », dans Journal des Tribunaux Luxembourg, No 3 du 12 juin 2009, p. 75.

elle, n'est punie que d'un emprisonnement de quelques jours ou quelques mois et dont le trouble à l'ordre public est minime.

Cela reviendrait à contourner la *ratio legis* de ces infractions primaires que le législateur n'a pas souhaité punir lourdement⁵.

Il aurait d'ailleurs pu être question dans le cadre du présent Projet de se pencher sur l'existence de l'auto-blanchiment détention et de l'utilisation qui en est faite en pratique. Rappelons que l'auto-blanchiment détention n'est pas souhaité par la Directive 2018/1673, laquelle se montre critique dans son 11e considérant « *lorsque l'activité de blanchiment de capitaux ne se limite pas à la simple possession ou utilisation du bien* ».

Dès lors, le législateur luxembourgeois devrait opérer la transposition en utilisant la technique juridique suivante :

- Supprimer la liste des infractions désignées au point 1) de l'article 506-1 du Code pénal ;
- Se référer uniquement à « toute infraction punie d'une peine privative de liberté d'un minimum supérieur à 6 mois » ;
- Modifier les peines prévues aux articles 198, 488 et 505 code pénal pour prévoir un minimum de 6 mois d'emprisonnement.

Ainsi, il est proposé de rédiger l'article 506-1 comme suit :

« Art. 506-1.) Sont punis d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1.250 euros à 1.250.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement:

1. ceux qui ont sciemment facilité, par tout moyen, la justification mensongère de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété des biens visés à l'article 31, paragraphe 2, point 1°, formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de toute infraction punie d'une peine privative de liberté d'un minimum supérieur à 6 mois ;
2. ceux qui ont sciemment apporté leur concours à une opération de placement, de dissimulation, de déguisement, de transfert ou de conversion des biens visés à l'article 31, paragraphe 2, point 1°, formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de toute infraction visée au point 1);
3. ceux qui ont acquis, détenu ou utilisé des biens visés à l'article 31, paragraphe 2, point 1°, formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré, de toute infraction visée au point 1), sachant, au moment où ils les recevaient, qu'ils provenaient de l'une ou de plusieurs des infractions visées au point 1) ou de la participation à l'une ou plusieurs de ces infractions ;
4. La tentative des infractions prévues aux points 1) à 3) ci-avant est punie des mêmes peines. »

Ce faisant, la définition de l'infraction de blanchiment serait conforme à l'objectif de la Recommandation 3, relayé par l'article 2 de la Directive 2018/1673.

2. Une extension incroyable du périmètre de l'infraction de blanchiment.

La suppression pure et simple de la liste des infractions désignées sous l'article 506-1 du Code pénal va entraîner une extension exorbitante et inacceptable du périmètre de l'infraction de blanchiment.

Le blanchiment est un processus par lequel le produit d'une activité criminelle est masqué afin de dissimuler son origine illicite. Le GAFI définit brièvement le blanchiment de capitaux comme le fait de retraiter ces produits d'origine criminelle pour en masquer l'origine illégale afin de légitimer ces gains mal acquis du crime. Si l'activité criminelle n'a pas eu lieu, ou si elle n'a pas engendré des capitaux, on ne peut pas être en présence de la moindre hypothèse de blanchiment, sous une quelconque forme.

⁵ M. Marty, « La répression de l'infraction générale de blanchiment au Luxembourg, Revue de droit pénal et de procédure pénale, n° 4, *Legitech*, févr. 2020, p. 20.

L'infraction de blanchiment ne peut dès lors concerner que des crimes ou délits portant sur un bien ou donnant lieu à un produit. Le terme infraction de blanchiment est souvent accompagné du complément « de capitaux » ou « de fonds »

Ainsi le professeur Lebailly⁶ écrivait à propos de cette infraction que :

« Intrinsèquement, les actes constitutifs du blanchiment ne présentent aucun caractère répréhensible : ils ne deviennent punissables que lorsqu'ils portent sur des fonds provenant d'une infraction préalable »

La suppression de la liste n'étant accompagnée d'aucune distinction ni restriction quant aux biens visés par l'infraction de blanchiment, le Projet sous examen ouvre la porte à des situations invraisemblables.

Ainsi, peut-on concevoir que les tentatives de crimes et délits, n'ayant pas occasionné le moindre produit ni n'ayant eu la moindre conséquence matérialisée, puissent mener à du blanchiment? A l'instar de l'aberration se trouvant dans l'article 506-1 point 1) tiret n° 25 depuis la modification apportée par la loi du 23 décembre 2016 (« d'une fraude fiscale aggravée ou d'une escroquerie fiscale au sens (...) du paragraphe 397 de la loi générale des impôts; » – ledit paragraphe concernant les tentatives de fraudes fiscales pénales⁷), englober les tentatives d'infractions primaires dans la catégorie des infractions menant au blanchiment serait une hérésie. L'Ordre des avocats concède ici que la suppression de la liste des infractions désignées aura l'avantage de faire disparaître l'incongruité du tiret n° 25.

Qu'en sera-t-il des crimes et délits ne donnant pas lieu à un produit tangible ? Le grand excès de vitesse sur route et les délits d'atteinte portée à l'honneur ou à la considération des personnes seront-ils considérés comme infractions sous-jacentes ? Comment peut-on imaginer une dissimulation de l'immatériel ?

Par ailleurs, puisque l'infraction de blanchiment ne concerne pas seulement les infractions primaires commises sur le sol luxembourgeois, comment le principe jurisprudentiel de double incrimination va pouvoir s'appliquer ?

L'Ordre des avocats rejoint le commentaire de la Cour Supérieure de Justice fait à propos de l'imprécision de la définition proposée par le Projet : « La Cour estime que cette définition de l'infraction de blanchiment est imprécise et qu'il sera difficile de justifier une condamnation sur la base de ce texte et émet partant des réserves quant à l'applicabilité pratique de cet élargissement de la définition de l'infraction de blanchiment. »⁸

Parmi les crimes et délits sous-jacents, devra-t-on seulement considérer ceux qui ont été commis ou également ceux par omission (tels que le délit de manquement professionnel à la Loi AML) ?

Le blanchiment peut résulter d'une attitude passive (sans aucune volonté particulière de dissimuler, transformer, etc.). Il faut en effet rappeler que le blanchiment actif regroupe d'une part les infractions prévues aux points 1) et 2) de l'actuel article 506-1 et d'autre part les comportements d'utilisation et d'acquisition prévus au point 3) de l'article 506-1. Les trois comportements décrits dans l'article 506-1 impliquent un acte ou une série d'actes positifs réalisés en vue de donner une apparence licite à des biens acquis de manière illicite ou étant le produit de biens dont l'origine est illicite. Le blanchiment passif se résume quant à lui à l'infraction de blanchiment-détention prévue au point 3) de l'article 506-1.

Blanchiment passif et blanchiment actif doivent être considérés, non pas comme deux infractions distinctes, mais comme deux modalités de commission d'une même infraction plus générale qu'est le blanchiment. Cette infraction est constituée de différents comportements alternatifs qui comportent chacun des éléments constitutifs différents. Un blanchisseur actif ne pourra pas être également condamné en tant que blanchisseur passif. Une infraction de blanchiment d'un acte de blanchiment n'est dès lors pas concevable. Le Projet sous examen ouvre pourtant cette possibilité.

Par ailleurs, le Projet ne faisant pas la distinction entre l'acte d'auto-blanchiment et le blanchiment autonome (c'est-à-dire, celui commis par une autre personne que l'auteur de l'infraction sous-jacente) qui serait commis, il en découle qu'un avocat qui aurait omis de faire une déclaration de soupçon de blanchiment serait non seulement coupable d'un délit de manquement à la loi préventive du blanchi-

6 B. LEBAILLY, « La répression du blanchiment en droit français », Le blanchiment des profits illicites, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 132.

7 Le paragraphe 397 se lit comme suit : « (1) La tentative de fraude fiscale aggravée au sens du paragraphe 396, alinéa 5 et la tentative d'escroquerie fiscale au sens du paragraphe 396, alinéa 6 sont punissables des mêmes peines. »

8 Doc. Parl n° 7533/04, page de 2 de l'avis de la Cour Supérieure de Justice

ment (et à ce titre punissable tant sur le plan correctionnel qu'administratif) puis comme auteur – avec la circonstance aggravante d'avoir agi dans l'exercice de ses activités professionnelles – serait bien plus durement sanctionné qu'un blanchisseur ayant la volonté criminelle de transformer l'argent sale. Est-ce bien le voeu de la loi que d'arriver à cette totale aberration, déconnectée des finalités du GAFI ?

Par ailleurs, une confusion malheureuse semble être faite en pages 9 et suivantes à propos de la qualification de l'infraction primaire par le juge. S'il est vrai que le juge pénal n'a pas besoin de connaître toutes les circonstances factuelles entourant l'infraction primaire ni même d'avoir identifié l'auteur de celle-ci, il n'en reste pas qu'il ne peut se satisfaire d'une hypothétique infraction primaire. Pour entrer en voie de condamnation, il est nécessaire d'identifier une infraction sous-jacente.

Ainsi, il est fait une mauvaise référence à l'arrêt de la Cour d'appel du 14 mai 2019, lequel concerne l'élément intentionnel du blanchisseur et non pas l'exigence de qualification de l'infraction primaire par le juge pénal. D'ailleurs, le Commentaire des articles continue à propos du recel en mentionnant qu'il « *n'est pas nécessaire que le receleur ait eu la connaissance précise de la nature, des circonstances de temps [...] de l'infraction primaire* ».

Dès lors, lorsque le commentaire des articles affirme qu'il « *suffit de savoir ou de se douter, sur la base des données de fait, que toute provenance légale des fonds puisse être exclue* », cela concerne l'élément moral du blanchiment et donc le blanchisseur seul. Le juge pénal reste tenu d'identifier l'infraction primaire.

L'affirmation qu'il « *ne faudrait plus que les juges du fond constatent l'existence des éléments constitutifs de l'infraction primaire, mais il suffirait que le prévenu n'ait pu ignorer l'origine frauduleuse du bien sujet à blanchiment* » relève d'une confusion entre qualification par le juge et élément moral du blanchiment qu'il convient de rectifier.

Concernant l'article 1^{er}, point 4^o du Projet :

L'Ordre n'a pas de critiques à cet endroit, sous réserve que le Ministère Public ait toujours la charge de rapporter la preuve (i) d'une infraction primaire, (ii) d'un acte matériel de blanchiment visé à l'article 506-1 du Code pénal (justification mensongère – concours à une opération de placement, de dissimulation, de déguisement, de transfert ou conversion – acquisition, détention ou utilisation) et (iii) d'un dol général, soit la connaissance de l'origine délictuelle du bien ayant fait l'objet d'un acte matériel de blanchiment). Les commentaires du Conseil d'Etat faits à l'occasion des travaux préparatoires menant à la loi du 11 août 1998⁹ gardent toute leur pertinence :

« Le Conseil d'Etat ne saurait admettre les conséquences extrêmes qui pourraient résulter d'une incrimination générale du blanchiment (voir article de Th. Afschrift et A. Rombouts, in Journal des Tribunaux, 1992, pages 609 à 617, No12), et qui vont à l'encontre de la finalité première de l'incrimination du blanchiment. – Une généralisation de l'incrimination des opérations de blanchiment risque d'avoir des répercussions considérables, sinon en droit, du moins en fait, au niveau de l'administration de la preuve: selon le droit commun de la preuve en matière pénale, c'est au ministère public qu'il incombe de prouver la culpabilité du prévenu. S'agissant du délit de blanchiment, délit de conséquence, il appartient en premier lieu au ministère public de rapporter la preuve de l'origine délictueuse des biens à blanchir. La généralisation de l'incrimination du blanchiment peut conduire à cette conséquence que la poursuite du délit de blanchiment ne dépend plus de la preuve du délit sous-jacent. Il suffit que soit démontrée l'origine illicite des biens à blanchir. En d'autres termes, il suffirait aux juridictions de retenir, d'une manière générale, que les biens à blanchir ont une origine illicite, et elles n'auraient pas l'obligation de constater de quel(s) crime(s) ou délits) spécifiques proviennent les biens à blanchir (Cass. Belge 31.10.1995, inédite). Une telle approche, appliquée au délit de blanchiment, risque de conduire à une sorte de renversement de la charge de la preuve: du moment que le ministère public rapporte la preuve de l'origine globalement illicite des biens à blanchir, le prévenu, pour échapper à une condamnation et à la confiscation des biens, doit prouver au cas par cas que l'origine de tel ou de tel bien n'est pas illicite, mais au contraire licite. Même s'il n'y a pas de dérogation proprement dite au principe de la charge de la preuve, le Conseil d'Etat estime opportun de ne s'engager dans une telle voie que dans le contexte d'une lutte efficace de la menace que constitue la criminalité organisée. La généralisation de l'incrimination des opérations de blanchiment pourrait par ailleurs faire naître la tentation de "privilégier" cette

⁹ Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 4294⁶, p.4., précité

incrimination au détriment de la poursuite des infractions de base, en considération notamment du fait que le ministère public n'a plus à rapporter la preuve spécifique du crime ou du délit dont le délit de blanchiment est la conséquence ».

La modification de l'article 506-8 du Code pénal est conforme à la jurisprudence actuelle en la matière et à la Directive 2018/1673 mais elle ne doit pas apporter de changement au régime probatoire du blanchiment.

En considération de toutes les questions soulevées ci-dessus, il importe de rappeler que le droit pénal ne doit pas laisser place à des incertitudes ou approximations. La Cour Constitutionnelle avait déjà jugé à ce propos que

« Le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables. Le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution¹⁰. »

Finalement, et de façon paradoxale, le Projet maintient l'incrimination spéciale de blanchiment. Or, à suivre la logique des auteurs du Projet, il y aurait donc lieu de supprimer l'article 8-1 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie. L'Ordre des avocats rejoint en cela les commentaires du Tribunal d'arrondissement de Diekirch fait à ce propos¹¹.

2. Les conséquences au regard de la Loi AML

La nouvelle définition proposée par le Projet sous examen aura une conséquence directe sur la Loi AML. Il s'ensuivrait en effet que le paragraphe (1bis) de l'article 1^{er} de cette loi, qui contient la définition des infractions sous-jacentes associées, n'aurait plus de raison d'être.

Si le texte de l'article 506-1 est modifié et porte dorénavant sur tous les crimes et délits, il est à craindre que la définition du blanchiment devienne ainsi beaucoup plus large et corrélativement, l'obligation de déclarer un soupçon s'en trouve également élargie.

Tel que l'Ordre l'avait exposé dans son avis sur le projet de loi n° 7287, il s'agit d'une extension incroyable du périmètre de l'obligation de dénoncer. Sans même que le professionnel ne puisse percevoir qu'une des hypothèses de blanchiment sera opérée ou tentée, il devra anticiper le comportement délinquant au point de devoir détecter les tentatives d'infractions primaires. Le Conseil de l'Ordre voudrait mettre en garde contre de possibles dérives.

Certes, la Recommandation 20 du GAFI, qui énonce le principe de déclaration des opérations suspectes à l'égard des « fonds (qui) sont le produit d'une activité criminelle ou ont un rapport avec le financement du terrorisme », ne contient aucune référence aux infractions sous-jacentes associées.

Dans le même ordre d'idées, l'article 33 1. a) de la 4^{ème} Directive AML institue une obligation de déclaration à l'égard de fonds provenant d'une activité criminelle ou liés au financement du terrorisme.

Avec la suppression de la liste des infractions désignées, et l'abandon du critère de gravité des infractions sous-jacentes associées, la porte semble désormais ouverte à la délation généralisée de toutes les infractions constituant un crime ou un délit. Les craintes exprimées par le Conseil de l'Ordre dans son avis sur le projet de loi n° 7287 seraient plus que jamais fondées.

Le commentaire de l'article 506-5 (circonstances aggravantes – page 10 point 3°) mentionne que l'article 18 du Code pénal permet déjà au juge de considérer que l'hypothèse où l'auteur a agi dans le cadre de son activité professionnelle en prononçant l'interdiction d'exercer. Toutefois les auteurs du Projet mentionnent qu'il « paraît opportun » de prévoir une peine d'emprisonnement minimum plus élevée. Or, notre droit contient déjà ce fait comme circonstance aggravante, et la proposition du Projet est dès lors inutile.

Si cette circonstance aggravante devait être ajoutée, un avocat se rendant coupable d'un acte de blanchiment encourrait nécessairement, si l'activité qu'il conduit correspond aux activités listées à

¹⁰ Cour Constitutionnelle, Arrêt 12/02 du 22 mars 2002, Mém. A – 40 du 12 avril 2002, p. 672.

¹¹ Doc. Parl. n° 7533/04, avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, p. 3

l'article 2 (1) point 12 de la Loi AML, les amendes prévues par ladite loi (une amende correctionnelle de 5 millions EUR et une amende administrative de 1 million EUR). Il serait ensuite punissable d'une peine d'emprisonnement plus élevée que celle du blanchisseur (non assujetti).

Sur le projet de nouvel article 506-5, l'article 6 de la Directive 2018/1673 prévoit cette circonstance aggravante sans marge pour les États membres. Il existe une certaine contradiction entre le considérant 15 et l'article 6 de ladite directive. En effet, le considérant indique bien qu'il n'y a pas d'obligation d'augmenter la peine et que ce sera au juge ou au tribunal de pouvoir tenir compte de cette circonstance au moment où il prononce la condamnation. L'Ordre propose un libellé comme suit :

« Art.506-5 : La peine ne sera pas inférieure à une amende de 25.000 euros si les infractions visées à l'article 506-1 ont été commises, dans l'exercice de son activité professionnelle, par un professionnel visé à l'article 2 de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme ».

Une disposition visant à empêcher les atteintes au principe non bis in idem est souhaitée par l'Ordre. En effet, il est souvent constaté en pratique que des doubles poursuites/condamnations sur base tant de la Loi de 2004 que sur base du Code pénal sont opérées pour les mêmes faits, et ce, en violation des critères notamment par la CEDH.

À la manière de ce qui est prévu en matière d'audiovisuel ou de délits boursiers, il serait opportun de prévoir à l'article 506-5 une disposition spéciale permettant d'éviter les situations d'atteinte au principe non bis in idem pour les professionnels déjà condamnés sur le plan administratif.

Luxembourg, le 9 septembre 2020

François KREMER
Bâtonnier

