

N° 5019¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI**sur la confiscation et portant modification de différentes dispositions du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et de différentes lois spéciales**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(13.2.2007)

Par dépêche du 19 juillet 2002, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Par dépêche du 8 novembre 2006, les observations du Procureur général d'Etat ont été transmises au Conseil d'Etat.

*

Le projet sous avis poursuit un double objectif. Tout d'abord, il entend modifier les dispositions du Code pénal relatives à la confiscation spéciale, à l'effet d'en étendre le champ d'application. Ensuite, il se propose de régler en droit luxembourgeois l'exequatur de décisions étrangères de confiscation et de restitution.

Article 1 – La confiscation spéciale

Dans sa teneur actuelle, issue de la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines, l'article 31, paragraphe 1er du Code pénal dispose que la confiscation spéciale s'applique: 1) aux choses formant l'objet de l'infraction; 2) aux choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné; 3) aux choses qui ont été produites par l'infraction ou qui ont été acquises à l'aide du produit de l'infraction.

La loi de 1994, outre qu'elle a abandonné la condition de propriété dans le chef du condamné, s'agissant des choses formant l'objet de l'infraction, a étendu la confiscation aux choses qui ont été acquises à l'aide du produit de l'infraction. „Il a paru indispensable d'ajouter cette hypothèse pour permettre la confiscation de choses que le coupable a pu acquérir avec le produit de l'infraction. Autrement, ces choses échapperaient à toute possibilité de sanction. Il en est spécialement ainsi des choses achetées au moyen de l'argent volé, alors que d'après les textes actuels, ces biens ne constituent ni l'objet, ni l'instrument, ni le produit de l'infraction et ne peuvent donc à ces titres être confisqués“ (projet de loi No 2974, commentaire des articles). Ce faisant, le droit commun a été adapté à l'image d'autres lois spéciales (article 9 de la loi du 3 mai 1991 sur les opérations d'initiés; article 8-2 de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, telle que modifiée et complétée par la loi 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, pour ne citer que ces exemples).

La loi du 14 juin 2001 portant, entre autres, 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, a ajouté au Code pénal un nouvel article 32-1 relatif à la confiscation spéciale en cas d'infraction de blanchiment visée aux articles 506-1 à 506-7 du même code (c'est-à-dire pour toutes les infractions de blanchiment dont l'infraction primaire ou de base n'est pas constituée par un trafic de stupéfiants). L'introduction de ce nouvel article 32-1 était motivée, entre autres, par l'obligation faite par la Convention de 1990 précitée aux Etats parties d'adapter leurs législations à

l'effet de permettre une confiscation par équivalent. Le projet de loi sous avis se propose d'intégrer ces dispositions dans le nouvel article 31 du Code pénal au titre du droit commun de la confiscation spéciale.

Il est un fait que l'exigence d'une confiscation par équivalent est imposée par un nombre toujours croissant de conventions internationales auxquelles le Luxembourg est partie: il y a lieu de citer, à titre d'exemples, l'article 19 de la Convention pénale sur la corruption, approuvée par la loi du 23 mai 2005, ou encore l'article 3 de la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, approuvée par la loi du 15 janvier 2001.

Les développements sur le plan communautaire vont également dans le sens d'une amélioration et, au besoin, d'un rapprochement des dispositions nationales en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, en tenant compte des droits des tierces parties de bonne foi (Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO, C 19, page 15, du 23 janvier 1999). Il convient de faire état plus particulièrement dans ce contexte de la décision cadre 2001/500/JAI du Conseil, du 26 juin 2001, concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, qui prévoit l'introduction, dans les législations des Etats membres, de la possibilité de confisquer des biens d'une valeur correspondant aux produits du crime (dans le cadre des procédures internes, des procédures engagées à la demande d'un autre Etat membre ainsi que des demandes d'exécution d'ordres de confiscations étrangères). La décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil, du 24 février 2005, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, prévoit également l'introduction d'une confiscation par équivalent.

D'une approche orientée sur l'auteur on évolue de plus en plus vers une approche orientée sur le butin (Exposé des motifs du projet de loi belge portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, Chambre des représentants de Belgique, 50e législature, document 1601/001).

L'article 31 du Code pénal, dans sa teneur actuelle, n'institue en son paragraphe 2 pas de véritable confiscation par équivalent: la confiscation de la valeur y prévue consiste simplement en une créance de l'Etat contre le défendeur. De plus, cette confiscation de la valeur a un caractère subsidiaire, alors qu'elle n'est appelée à jouer que dans les cas où la confiscation „en nature“ ordonnée ne pourra être exécutée.

Le mécanisme de la confiscation par équivalent n'est cependant pas sans soulever des interrogations.

1) La confiscation spéciale est essentiellement une confiscation de la chose, et non une confiscation de la valeur, ce qui signifie qu'il doit en principe y avoir un lien étroit entre le bien confisqué et l'infraction pour laquelle le prévenu est condamné.

La question se pose si, dans le cadre des nouvelles règles de droit commun, il suffit à la juridiction de jugement de prononcer la confiscation des biens qui constituent l'objet ou le produit de l'infraction, la confiscation prononcée étant à exécuter, s'il y a lieu, sur le patrimoine du condamné à concurrence d'un montant équivalent.

Le texte dispose que „la confiscation spéciale s'applique ... aux biens dont la propriété appartient au condamné et dont la valeur monétaire correspond à celle des biens visés sous 1) (c'est-à-dire les biens formant l'objet ou le produit de l'infraction) du présent alinéa, si ceux-ci ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation“. Si la confiscation par équivalent est donc un succédané de la confiscation de l'objet ou du produit de l'infraction, s'y substitue-t-elle pour autant de plein droit?

La confiscation par équivalent a été introduite en droit belge (article 43*bis* du Code pénal belge) non pas en tant que confiscation de valeur, qui serait parallèle à la confiscation spéciale portant sur les biens, mais en tant que modalité d'exécution de la confiscation. La confiscation par équivalent constitue une extension de la jurisprudence de la Cour de cassation belge, qui admettait que lorsque des choses dont la loi prévoit la confiscation ont été mêlées à des choses de même espèce en manière telle qu'elles ne sont pas individualisées, la décision de confiscation peut s'exécuter sur une quantité de ces choses de genre égale au nombre de choses déclarées confisquées (Cass. belge 6 mars 1950, *Pasicrisie belge* 1950, I, 473; voir aussi la note de Valérie-Anne de Brauwere sous Cass. belge 14.1.2004, *Revue de la jurisprudence de Mons, Liège et Bruxelles*, 2004, pages 584 et ss.).

Au vu du texte proposé, il peut être retenu qu'il n'est pas dans les intentions des auteurs du projet de loi sous avis de prévoir la confiscation par équivalent en tant que modalité d'exécution de la confiscation spéciale portant sur les biens. La confiscation par équivalent reste une confiscation de choses et donc une confiscation spéciale, et elle garde un lien avec l'infraction à la base, même si c'est un lien en quelque sorte „par ricochet“.

A signaler que la confiscation de l'„avantage patrimonial quelconque tiré de l'infraction“, lequel avantage est donc assimilé aux biens formant le produit, direct ou indirect d'une infraction, constitue bien plus que la confiscation par équivalent une confiscation de la valeur. Il peut en effet être retenu, s'agissant des avantages patrimoniaux, que du moment que le juge décide en fait qu'un avantage patrimonial a été tiré d'une infraction, sans qu'il soit possible de déterminer ce qu'il est advenu de cet avantage, il peut procéder à son évaluation monétaire et il s'agira alors d'une confiscation de la valeur. La notion d'„avantage patrimonial“ peut d'ailleurs être plus large que celle de „bien“: le Conseil d'Etat de renvoyer à ce sujet à un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 22 octobre 2003 (No JC03AM2_1 du site jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique) qui a retenu qu'en évaluant les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, le juge peut considérer que l'évitement d'un impôt constitue un tel avantage.

2) Si la confiscation par équivalent semble donc, comme toute confiscation spéciale, devoir être prononcée par le juge, les mêmes questions que celles que le Conseil d'Etat avait déjà esquissées dans son avis du 29 octobre 1996 relatif au projet de loi No 4277, demeurent:

„Le texte proposé est ... quelque peu ambigu en ce qui concerne les hypothèses dans lesquelles une telle confiscation par équivalent peut être prononcée: est-ce que la confiscation de la valeur a un caractère subsidiaire, en ce sens qu'elle ne peut être prononcée que si on ne retrouve pas dans le patrimoine du défendeur les biens présentant un lien direct ou indirect avec l'objet ou le produit de l'infraction? Existe-t-il dès lors un „ordre de priorité“ suivant lequel il y a lieu ou non de prononcer une confiscation par équivalent? Ou au contraire le texte proposé entend-il offrir au juge un choix entre deux possibilités équivalentes, lui permettant dans tous les cas de substituer à la confiscation „en nature“ une confiscation par équivalent...? Tandis que la confiscation „en nature“ peut être ordonnée indépendamment de toute condition de propriété dans le chef du condamné (ce qui n'est pas sans soulever certains problèmes en relation avec les droits des tiers), le projet sous rubrique maintient pour la confiscation par équivalent cette condition de propriété. En laissant au juge la possibilité de substituer dans tous les cas à la confiscation „en nature“ une confiscation par équivalent il semble possible non seulement d'éviter les problèmes en relation avec les droits des tiers, mais encore d'alléger la charge de la preuve incombant au ministère public qui n'aura donc plus à établir le lien direct ou indirect entre chaque bien à confisquer et l'infraction“.

Le texte même sous examen semble s'opposer à une solution consistant à abandonner au juge le choix entre la confiscation „en nature“ et la confiscation par équivalent: ce n'est que si les biens formant l'objet ou le produit d'une infraction ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation, que la confiscation par équivalent est appelée à s'appliquer.

Il reste que le juge (et avant lui le ministère public, qui a la charge de la preuve) sera confronté au problème de déterminer quels objets feront l'objet de la confiscation spéciale. Or, déterminer quels biens constituent l'objet ou le produit, direct ou indirect, d'une infraction, peut se révéler malaisée, et nécessiter beaucoup de temps. Si la confiscation par équivalent peut apparaître comme un moyen de lutte efficace contre certaines formes de criminalité particulièrement graves, relevant très souvent de la criminalité organisée, il est non moins certain que les personnes impliquées dans des affaires de criminalité organisée prendront soin de dissimuler autant que faire se peut les avantages qu'elles ont tirés de leurs activités illégales. Cela peut poser problème au niveau des délais nécessaires pour l'évacuation d'affaires, dès lors qu'il n'est pas possible en l'état actuel du droit positif de dissocier le jugement sur la culpabilité et le jugement sur la peine de la confiscation spéciale.

3) Se posent encore d'autres questions, d'ailleurs intimement liées: d'après le texte, la confiscation par équivalent s'applique aux biens dont la propriété appartient au condamné et dont la valeur monétaire correspond à celle des biens formant l'objet ou le produit de l'infraction, si ceux-ci ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation. Est-ce que cela vise l'hypothèse où ces biens ne peuvent plus être trouvés dans le patrimoine du condamné? Ou au contraire, puisqu'il n'y a plus de condition de propriété dans le chef du condamné, s'agissant des biens formant l'objet ou le produit des infractions, cela vise-

t-il l'hypothèse où ces biens ne peuvent plus être trouvés ni dans le patrimoine du condamné ni dans le patrimoine d'un tiers? Le nouvel article 31 du Code pénal, s'il réserve les droits que des tiers pourraient faire valoir sur les biens, n'interdit pas au juge, sauf l'exercice de ces droits, de confisquer les biens formant l'objet ou le produit d'une infraction là où ils se trouvent. Or, considérée comme peine, la confiscation spéciale doit être prononcée contre l'auteur déclaré coupable d'une infraction.

Qu'en est-il en cas de pluralité d'auteurs? S'agissant de la confiscation de l'objet du blanchiment (les règles, appelées à constituer désormais le droit commun luxembourgeois de la confiscation spéciale, s'appliqueront également en cas d'infraction de blanchiment), la Cour de cassation de Belgique, dans un arrêt du 21 octobre 2003, a retenu que ni le principe général relatif au caractère personnel de la peine ni la nature propre de la confiscation de l'objet de l'infraction n'empêchent que plusieurs auteurs, qui ont commis ensemble une des infractions visées à l'article 505, alinéa 1, 1° à 4°, du Code pénal, qui ont pour objet un avantage patrimonial particulier, soient tous condamnés à la confiscation de cet objet, dès lors que l'exécution de ces peines ne peut en effet dépasser l'étendue de cet avantage. Par la suite, la même Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 14 janvier 2004 (Journal des Tribunaux, 2004, pages 499 et suivantes) que s'il impose au juge la confiscation de l'objet du délit de blanchiment, l'article 505, alinéa 3 du Code pénal ne lui prescrit pas de confisquer cet objet à charge de chacune des personnes qui l'auront successivement possédé, gardé ou géré. La Cour de cassation belge a encore précisé que la confiscation circonscrite aux fonds ayant fait l'objet du délit de blanchiment n'emporte aucune atteinte au patrimoine du condamné qui s'est borné à les gérer pour le compte d'un tiers avant de les lui remettre, de sorte que, à l'égard de ce condamné, ladite confiscation ne saurait avoir la nature d'une peine. De cette décision on a pu déduire que la confiscation de l'objet du blanchiment a un caractère réel (Observations de Damien Vandermeersch, sous Cass. belge 14 janvier 2004, Journal des Tribunaux, 2004, page 502). Cette conclusion semble dictée aussi par le fait que le Code pénal belge n'autorise la confiscation par équivalent que pour les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, pour les biens et valeurs qui leur ont été substitués et pour les revenus de ces avantages investis, lorsque ceux-ci ne peuvent plus être trouvés dans le patrimoine du condamné (article 43*bis*). Il serait hasardeux de vouloir extrapoler la solution retenue en Belgique à toute confiscation spéciale de biens formant l'objet d'une infraction prononcée selon le droit luxembourgeois.

En admettant que la jurisprudence luxembourgeoise se rallie à la première approche de la Cour de cassation de Belgique, en prononçant contre chacun des condamnés des confiscations par équivalent, lorsque les biens formant l'objet ou le produit de l'infraction ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation, le problème de l'exécution se pose. En retenant que l'exécution de ces peines de confiscation par équivalent ne peut pas dépasser la valeur des biens formant l'objet ou le produit de l'infraction, lesquels n'ont donc pas été trouvés aux fins de confiscation, il reste que l'exécution peut être poursuivie pour la totalité contre chacun des condamnés. Celui contre lequel l'exécution est poursuivie, pourra-t-il se retourner contre les autres condamnés? Rien n'est moins sûr, si on retient que la confiscation par équivalent est une peine, auquel cas la situation du condamné contre lequel l'exécution est poursuivie ne peut guère être assimilée à celle d'un débiteur tenu avec d'autres au paiement d'une dette.

Ces questions et interrogations ne sont pas nouvelles, puisqu'elles se posent également à l'heure actuelle sous l'empire de l'article 32-1 du Code pénal, et pour partie également sous l'empire de l'article 31, point 1). Dans la mesure toutefois où il est proposé d'intégrer l'article 32-1 dans le droit commun de la confiscation spéciale, elles risquent de revêtir une toute autre acuité, également en combinaison avec les nouvelles dispositions sur la coopération internationale en matière de confiscation, puisque le nouvel article 664 à introduire au Code d'instruction criminelle dispose que l'exequatur de la décision ne peut être ordonné que si les biens confisqués sont de la nature de ceux visés à l'article 31 ou 32-1 du Code pénal ou à l'article 8-2 de loi modifiée du 19 février 1973 et s'ils ont été confisqués dans des conditions et limites correspondant à celles de la loi luxembourgeoise. Il est donc essentiel, aussi dans l'optique de la coopération internationale, de savoir comment s'opère en droit luxembourgeois la confiscation spéciale, y compris la confiscation par équivalent.

Le Conseil d'Etat retient encore que les alinéas 2 à 6 du nouvel article 31 sont la reproduction des alinéas correspondants de l'article 32-1 actuel. Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler que, selon le rapport explicatif de l'article 5 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (puisque c'est à la suite de l'approbation de cette convention que l'article 32-1 a été introduit au Code pénal), „les mesures législatives requises par cet article devraient garantir aux tiers intéressés des recours en justice „effectifs“. Cela suppose un système dans

lequel ces personnes, si elles sont connues, sont informées à temps par les autorités des possibilités de contestation des décisions ou mesures prises. Cela suppose aussi que de telles contestations soient possibles, même si une décision de confiscation est déjà devenue exécutoire, si la personne n'a pas eu la possibilité de le faire plus tôt; que les recours en question permettent d'être entendus par un juge; que la personne concernée ait le droit d'être assistée ou représentée par un avocat, de faire citer des témoins et de produire des éléments de preuve; et que la personne ait le droit d'obtenir la révision de la décision de justice" (voir les documents parlementaires No 4657).

Si le Conseil d'Etat n'est pas opposé à la généralisation de ces dispositions, il signale toutefois qu'un contentieux risque de naître du fait de l'absence, en droit pénal positif luxembourgeois, d'une responsabilité pénale des personnes morales. En l'absence d'une telle responsabilité pénale, seule la personne physique peut être poursuivie pour l'infraction dont a directement profité la personne morale. Il est vrai que le texte subordonne les prétentions du tiers à une condition de légitimité, de sorte qu'il ne devrait pas être possible à une personne morale, qui a directement profité des agissements illégaux de ses représentants, personnes physiques, de demander la restitution de biens sujets à confiscation ou déjà confisqués.

Le Conseil d'Etat tient à relever qu'il a, dans les développements qui précèdent, considéré la confiscation dissociée de la saisie (cette dernière s'appliquant aux termes de l'article 31, point 3 du Code d'instruction criminelle, aussi à tout ce qui est susceptible de confiscation ou de restitution). Dans la mesure où les juridictions de jugement seront amenées à prononcer très souvent la confiscation de biens déjà sous main de justice, les problèmes évoqués par le Conseil d'Etat au niveau de la confiscation sont à relativiser. Si on fait le lien avec la saisie, on constate que déjà à ce stade les droits des tiers sont garantis par le biais des dispositions de l'article 68 du Code d'instruction criminelle, relayé par les articles 194-1 à 194-5 du même code. Il convient d'ajouter que le Conseil d'Etat est encore saisi d'un projet de loi ayant pour objet de réglementer la procédure de saisie immobilière conservatoire en matière pénale, destiné à combler une lacune du droit positif actuel (cf. *doc. parl. No 5527*). Par ailleurs, le Luxembourg devra encore transposer en droit national la décision-cadre du 22 juillet 2003 (2003/577/JAI) relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, qui a donc pour objet de fixer les règles selon lesquelles un Etat membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de gel, cette décision de gel pouvant aussi être émise en vue de la confiscation ultérieure du bien. La transposition de cette décision-cadre permettra d'appréhender le problème des saisies de biens situés à l'étranger dans une perspective de confiscation ultérieure, tout en facilitant également la restitution aux victimes.

Le présent projet de loi est dès lors à considérer comme un élément dans un processus global d'adaptation de notre législation, qui en fin de compte combinera investigation, gel ou saisie, et confiscation ou restitution. Cette démarche tripartite est amorcée depuis l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (voir *Revue de science criminelle*, 2006, No 2, L'évolution en matière de gel et de confiscation, par Michel Massé, page 466).

Article II – La coopération internationale en matière d'exequatur des décisions étrangères de confiscation et de restitution

C'est le deuxième objectif que poursuit le projet de loi sous avis. Il peut cependant être affirmé que le premier objectif, c'est-à-dire la refonte des textes du Code pénal relatifs à la confiscation spéciale, est étroitement lié aux nouvelles règles en matière de coopération internationale, dans la mesure où les règles nationales relatives à la confiscation doivent être assez larges pour que les confiscations prononcées à l'étranger répondent à la condition posée par le nouvel article 664, alinéa 1, troisième tiret.

Il est à noter que le nouveau titre à insérer au Livre II du Code d'instruction criminelle n'est pas destiné à régir toutes les demandes d'exequatur émanant d'autorités judiciaires étrangères. N'entreront pas dans le champ d'application des nouvelles dispositions les demandes d'exécution d'une décision de confiscation qui relèvent de la loi modifiée du 17 mars 1992 portant, entre autres, approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. Il en est de même des demandes présentées au titre de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, la loi d'approbation du 14 juin 2001 contenant des dispositions propres à ces demandes.

Les auteurs du projet de loi réservent encore les dispositions prises dans le cadre de l'Union européenne. Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur le sens de la phrase (au deuxième alinéa de l'article 659)

„Les dispositions du présent titre ne s’appliquent pas soit pour autant [que] ... des dispositions prises dans le cadre de l’Union européenne régissent des demandes d’exequatur visées en ce titre, soit pour autant qu’elles sont contraires ... à des dispositions prises dans le cadre de l’Union européenne“. Il y a lieu de remarquer qu’au niveau de l’Union européenne, et s’agissant de la confiscation, la coopération sera fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle. Une décision-cadre relative à l’application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation semble en voie de préparation. Si cette décision-cadre est adoptée, elle constituera une „disposition prise dans le cadre de l’Union européenne“. Mais l’adoption de la décision-cadre suffit-elle pour rendre inapplicables, dans les relations entre le Luxembourg et les autres Etats membres de l’Union européenne, les dispositions légales en projet? Une décision-cadre n’est pas directement applicable dans l’ordre juridique national; selon les dispositions de l’article 34 du Traité sur l’Union européenne, elle ne peut entraîner d’effet direct. Il n’est pas concevable qu’après l’adoption d’une décision-cadre relative à l’application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, les autres Etats membres de l’Union européenne se voient privés de base légale pour demander au Luxembourg l’exequatur de décisions de confiscation (ou de restitution) prononcées par leurs juridictions, et ce aussi longtemps que le Luxembourg n’aura pas transposé la décision-cadre. Le Conseil d’Etat ne voudrait pas autrement approfondir ici la question, dans quelle mesure les juridictions luxembourgeoises devraient néanmoins interpréter, dans toute la mesure du possible, les règles du droit national à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la décision-cadre, au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (voir notamment l’arrêt du 16 juin 2005 dans l’affaire C 105/03, *Pupino*).

Il semblerait donc qu’il faille interpréter le nouvel article 659 comme réservant les mesures de transposition nationales des dispositions prises dans le cadre de l’Union européenne. Si telle est l’intention des auteurs du projet de loi, il se recommanderait de faire abstraction de toute référence aux dispositions prises dans le cadre de l’Union européenne. Cette absence de renvoi n’exclut d’ailleurs nullement que des mesures de transposition nationales dérogoires aux règles de coopération internationale proposées par le présent projet de loi soient arrêtées ultérieurement, sur base du principe *lex posterior derogat legi priori*.

Le Conseil d’Etat ne peut s’empêcher de regretter que le champ d’application des règles sur l’entraide internationale en matière surtout de confiscations risque d’être réduit à la portion congrue. Il est aussi à s’interroger si la coexistence d’un texte général et de textes particuliers n’est pas de nature à rendre la coopération parfois très difficile: le Luxembourg a approuvé par une loi du 23 mai 2005 notamment la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999. Cette convention précise en son article 13 que „chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés dans la Convention du Conseil de l’Europe, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, à l’article 6, paragraphes 1er et 2, dans les conditions y prévues, lorsque l’infraction principale est constituée par l’une des infractions établies en vertu des articles 2 à 12 de la présente Convention ...“. La loi du 23 mai 2005 a érigé en infractions certains comportements visés par la Convention pénale sur la corruption. Mais déjà auparavant, une loi du 15 janvier 2001 portant approbation de la Convention de l’Organisation de coopération et de développement économiques du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et relatif aux détournements, aux destructions d’actes et de titres, à la concussion, à la prise illégale d’intérêts, à la corruption et portant modification d’autres dispositions légales avait profondément remanié les dispositions du Code pénal relatives à la corruption. Les infractions de corruption ont par ailleurs figuré comme infractions primaires du délit de blanchiment à l’article 506-1 dès son introduction dans le Code pénal par la loi du 11 juillet 1998. Une demande tendant à la confiscation du produit d’un délit de corruption devra-t-elle être présentée au titre des dispositions spécifiques figurant dans la loi d’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, ou le sera-t-elle au titre des nouvelles dispositions en projet?

N’aurait-il pas été préférable de regrouper dans un seul texte de loi toutes les dispositions relatives à la coopération internationale en matière de confiscation et de restitution, quitte à ce que des dispositions de traités internationaux auxquels le Luxembourg est partie aient toujours la primauté en cas de contradiction avec le texte national? Il est vrai qu’il est peut-être difficile d’anticiper les solutions qui seront en définitive retenues sur le plan communautaire (quitte à ce qu’il aurait été possible de tabler sur la décision-cadre du 22 juillet 2003 (2003/577/JAI) relative à l’exécution dans l’Union européenne des décisions de gel de biens ou d’éléments de preuve, voir: „L’évolution en matière de gel et de

confiscation“, par Michel Massé, dans *Revue de science criminelle*, 2006, No 2, pages 463 et ss: „une autre décision-cadre est attendue, relative à l’application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation. Elle est de même facture que celle du 22 juillet 2003“).

En tout cas, le Conseil d’Etat estime qu’il aurait été plus opportun d’intégrer les nouvelles dispositions dans la loi sur l’entraide judiciaire internationale en matière pénale. Puisqu’il appert des textes proposés que les auteurs considèrent les demandes d’exequatur de décisions de confiscation ou de restitution comme des demandes relevant de l’entraide internationale en matière pénale (le nouvel article 661 utilise ainsi expressément les termes „demande d’entraide“), ne se serait-il pas recommandé d’établir un *corpus* unique de règles régissant l’entraide judiciaire internationale en matière pénale et la coopération internationale en matière de confiscations et de restitutions?

Le Conseil d’Etat relève encore que les textes présentement proposés ne visent pas les demandes adressées aux autorités luxembourgeoises tendant à voir prononcer elles-mêmes la confiscation avant de la mettre à exécution, alors que tant la loi d’approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, que la loi d’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 couvrent ces demandes. Faut-il en conclure que les auteurs du projet de loi admettent que des biens situés au Luxembourg peuvent être confisqués par des autorités judiciaires étrangères dans le cadre d’affaires dont elles sont saisies, et que de même les autorités judiciaires luxembourgeoises peuvent, dans le cadre d’une affaire dont elles ont à connaître, confisquer des biens situés à l’étranger? La question de savoir si les biens visés au nouvel article 31 du Code pénal peuvent être confisqués alors même qu’ils ne se trouvent pas au Luxembourg n’est en effet pas abordée par l’article 31 nouveau.

Le nouveau texte proposé donne lieu aux observations suivantes:

- *article 659*: au regard des observations qui précèdent, il y a lieu de supprimer toute référence aux „dispositions prises dans le cadre de l’Union européenne“ au deuxième alinéa de l’article sous examen. La conjonction „ou“ sera en conséquence à déplacer.
- *articles 660 et 661*: le procureur général d’Etat est désigné autorité réceptrice des demandes émanant de l’étranger, à l’instar de ce qui est prévu par la loi sur l’entraide judiciaire internationale en matière pénale, les demandes d’exequatur n’étant qu’une forme particulière de l’entraide. Le procureur général d’Etat se voit reconnaître le droit de refuser les demandes pour des motifs tirés de la souveraineté, de la sécurité, de l’ordre public ou d’autres intérêts essentiels du Grand-Duché. Il y a lieu de renvoyer dans ce contexte à l’arrêt du 17 novembre 2006 de la Cour constitutionnelle, qui a décidé que la disposition correspondante de la loi sur l’entraide judiciaire internationale en matière pénale (article 3 de la loi du 8 août 2000) n’est pas contraire aux articles 1er, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution.

Le Conseil d’Etat donne à considérer s’il n’y a pas lieu de reprendre, sous l’article 661, la disposition figurant sous l’article 3, point 4, alinéa 1 de la loi du 14 juin 2001 portant approbation de la Convention du Conseil de l’Europe du 8 novembre 1990. Un alinéa 2 pourrait alors être ajouté à l’article 661 de la teneur suivante:

„Contre la décision par laquelle le procureur général d’Etat déclare que rien ne s’oppose à l’exécution d’une demande en application de l’article 659 au regard des conditions fixées à l’alinéa 1 du présent article, aucun recours, fût-il de droit commun, ne saurait être exercé, ni à titre principal, ni à titre incident, devant quelque juridiction que ce soit.“

Si la Chambre des députés s’engageait dans cette voie, il conviendrait également d’apporter cette précision à l’article 2 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.

- *article 662*: au paragraphe 1er, le bout de phrase „sous peine d’être refusées“ est à supprimer au regard de l’article 665 qui prévoit la possibilité de demander un complément d’information.

Sous le paragraphe 2, lettre a), il est prévu d’exiger, sous peine de refus, que la décision de confiscation soit fondée ou bien sur un jugement de condamnation ou bien sur une décision judiciaire de caractère pénal constatant qu’une ou plusieurs infractions ont été commises qui sont à l’origine de la décision de confiscation. La disposition est reprise de l’article 6 de la loi 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. D’après les travaux parlementaires de cette loi, cette disposition est à interpréter en ce sens que si la décision à la base de la décision de confiscation

n'est pas une décision de condamnation, il faut qu'elle se prononce pour le moins sur l'existence des infractions pénales à la base de la décision de confiscation et il faut un lien entre ces infractions et la décision de confiscation (cf. *doc. parl. No 4657*).

Si le nouvel article 659, en disposant que rentrent dans le champ d'application de la loi en projet les décisions étrangères de confiscation et de restitution qui émanent d'autorités judiciaires, n'écarte pas *a priori* les demandes d'exequatur de confiscations qui auraient été décidées par un juge civil ou administratif, l'article sous examen exclut les confiscations prononcées à l'issue d'une procédure civile (ce que certains pays de droit anglo-saxon connaissent sous le nom de „in rem proceedings“), de même que les confiscations de caractère pénal qui ne résultent pas d'une condamnation antérieure de la personne qui en fait l'objet (cf. *doc. parl. No 4657*).

L'approche peut paraître très restrictive. Elle ne devrait pas pouvoir être maintenue à l'égard des autres Etats membres de l'Union européenne au regard des dispositions de la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil, du 24 février 2005, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime (voir en particulier l'article 3, paragraphe 2, qui prévoit un renversement de la charge de la preuve quant à l'origine des avoirs détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction liée à la criminalité organisée, et l'article 3, paragraphe 4, autorisant les Etats membres à recourir à des procédures autres que des procédures pénales).

- *article 663*: au paragraphe 1er, le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas nécessaire de réserver au premier tiret les dérogations prévues par un accord international, s'agissant du caractère politique d'une infraction. En raison du principe de la primauté du droit international, une loi nationale ne peut pas aller à l'encontre de dispositions de droit international interdisant aux Etats parties de considérer comme infractions politiques certains agissements. La référence aux dispositions prises dans le cadre de l'Union européenne est également à supprimer.

La même observation vaut pour le troisième tiret du paragraphe 1er.

- *article 664*: le motif de refus du deuxième tiret (prescription de la peine) de l'alinéa 1 ne saurait être opposé aux demandes d'exécution de décisions de restitution, dans la mesure où la restitution ne constitue pas une peine. Le Conseil d'Etat est encore à s'interroger sur l'opportunité du maintien de ce tiret, compte tenu des dispositions de l'alinéa 2 du nouvel article 32-1: la question se pose si la confiscation des biens prononcée même en cas d'acquiescement, d'extinction ou de prescription de l'action publique constitue encore une peine.

Est-ce qu'une confiscation qui a été prononcée à l'étranger selon les dispositions de la loi étrangère, qui opère une dissociation entre la condamnation relative à l'infraction de base et le prononcé relatif à la confiscation satisfait aux prescrits du troisième tiret de l'alinéa 1? La lettre a) du paragraphe 2 de l'article 662 devrait à cet égard écarter tout doute, alors que les dispositions en question n'exigent pas que la décision de confiscation se trouve intégrée dans le jugement de condamnation.

Le Conseil d'Etat donne de toute façon à considérer s'il n'y a pas lieu de supprimer au troisième tiret de l'alinéa 1 la phrase „et s'ils ont été confisqués dans des conditions et limites correspondant à celles de la loi luxembourgeoise“. Au regard des questions évoquées ci-dessus (voir Article I – *Confiscation spéciale*), et qui témoignent de la complexité du sujet, ne suffit-il pas de réserver, comme le fait d'ores et déjà l'article 664, alinéa 1, premier tiret, les règles constitutionnelles luxembourgeoises (parmi lesquelles l'article 17 prohibant la peine de la confiscation générale des biens) ainsi que les principes fondamentaux de l'ordre juridique luxembourgeois? Une multiplication des motifs de refus, susceptibles par ailleurs de se recouper, ne facilitera certainement pas la coopération internationale entre systèmes juridiques forcément très différents. Il ne faudrait en tout cas pas que, en matière de coopération internationale, les biens paraissent mieux protégés que les personnes (voir *Revue de science criminelle*, 2006, No 2, chronique précitée de Michel Massé, page 464 et note de bas de page (5)). Si la Chambre des députés devait suivre le Conseil d'Etat dans cette suggestion, il y aurait également lieu de modifier l'article 6, point 6 de la loi du 14 juin 2001 portant approbation de la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

- *article 666*: Repris de la loi du 14 juin 2001 (article 7) précitée, le texte innove toutefois, en disposant que „le jugement du tribunal est réputé contradictoire lorsque la citation a été notifiée à la dernière adresse connue du condamné et des autres personnes mentionnées aux alinéas qui précèdent“. Le commentaire énonce à ce sujet: „... il est proposé ... d'instaurer le principe suivant lequel un jugement est réputé contradictoire lorsque la citation au tribunal a été notifiée à la dernière adresse

connue du condamné ... Il importe en effet de prévoir un système qui permet l'évacuation des demandes tendant à l'exequatur des décisions étrangères de confiscation ou de restitution, même lorsque l'adresse actuelle de la personne concernée est inconnue ...". Les textes actuels permettent de citer à l'audience une personne qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas de dernière adresse connue. Toutefois si, sur cette citation, la personne citée ne comparait pas (article 186 du Code d'instruction criminelle) ni personne pour la représenter (article 185 nouveau du Code d'instruction criminelle, dans la version du projet de loi *No 5597*), le jugement sera rendu par défaut.

Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur l'opportunité de la voie préconisée par les auteurs du projet de loi. Il faut pour le moins qu'une preuve figure au dossier que la citation a été délivrée à la dernière adresse connue. Qu'en est-il si l'accusé de réception n'est pas retourné au Parquet? Le système proposé ne résout pas non plus un autre problème, à savoir celui du point de départ du délai d'appel, à moins de devoir admettre que pour les jugements réputés contradictoires, il y a lieu d'appliquer les règles régissant les jugements contradictoires, auquel cas la publication du jugement dans un journal ne fait pas vraiment de sens. Ne serait-il pas préférable de sonder d'autres voies: par exemple en prévoyant un délai uniforme de citation d'un mois pour les citations à l'étranger, en prévoyant que pour la notification de ces citations par la voie postale, la citation est réputée délivrée un certain nombre de jours (par exemple 8 jours) après la date d'expédition, et en excluant expressément l'opposition en tant que voie de recours. Pour ce qui est du point de départ du délai d'appel, il y aurait lieu d'appliquer le droit commun, c'est-à-dire que le délai court soit du jour de la notification du jugement à personne ou à domicile, soit à compter du cinquième jour qui suit celui de la publication du jugement dans un journal.

Dans pareille hypothèse, les dispositions relatives à la publication du jugement seraient à supprimer.

Article III – Modifications de la loi modifiée du 17 mars 1992

Il y aurait lieu d'écrire: „... de la loi *modifiée* du 17 mars 1992 ...“.

Le point 1) ne donne pas lieu à observation.

Il y aurait encore lieu de redresser l'alinéa 3 de l'article 2 en remplaçant les termes „Le ministre“ par ceux de „Le procureur général d'Etat“. Un nouveau point 2) serait en conséquence à ajouter, qui pourrait être de la teneur suivante:

„2) Art. 2, alinéa 3: Les termes „le ministre“ sont remplacés par ceux de „le procureur général d'Etat“.“

Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses observations à l'endroit de l'article 661. Il y aurait donc lieu de compléter le projet de loi par un nouveau point 3), de la teneur suivante:

„3) Art. 2, nouvel alinéa 4: Contre la décision par laquelle le procureur général d'Etat déclare que rien ne s'oppose à l'exécution d'une demande en application de l'article 7, § 8 de la Convention au regard des conditions fixées à l'alinéa 3 du présent article, aucun recours, fût-il de droit commun, ne saurait être exercé, ni à titre principal, ni à titre incident, devant quelque juridiction que ce soit.“

S'agissant du point 2), qui devient le point 4), le Conseil d'Etat renvoie à ses observations ci-dessus en relation avec le nouvel article 666 à insérer au Code d'instruction criminelle. Par souci de parallélisme, il y a lieu de faire à l'endroit de la loi modifiée du 17 mars 1992 les mêmes adaptations que celles qui seront en définitive retenues pour ledit article 666.

Article IV – Modifications de la loi du 14 juin 2001

Il y a lieu de faire les mêmes observations que pour le point 2) (point 4) selon le Conseil d'Etat) de l'article III.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 février 2007.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Pour le Président,
Le Vice-Président,
Alain MEYER

