



AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS À LUXEMBOURG

relatif au projet de loi n° 8698 portant transposition de la directive (UE) 2024/1260 du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2024 relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs

(09/09/2026)

Observations relatives au régime de saisie, de confiscation et de gestion des avoirs saisis et confisqués

Le projet de loi sous revue (le « **Projet** ») vise à transposer la directive (UE) 2024/1260 du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2024 relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs (la « **Directive** »), laquelle est venue réviser la directive 2014/42/UE afin de lutter plus efficacement contre la criminalité organisée en renforçant la capacité opérationnelle des autorités compétentes et en privant davantage les criminels de profits illicites.

L'objectif consiste notamment à identifier rapidement les instruments et produits d'infractions, ainsi que les biens soupçonnés d'être d'origine criminelle, à les geler et à les confisquer rapidement, et à améliorer la gestion des biens saisis et confisqués afin de maintenir leur valeur.

Le Projet introduit ainsi de nouveaux mécanismes de confiscation et vient élargir les mécanismes existants :

- il étend la confiscation par équivalent aux instruments d'une infraction ;
- il prévoit la confiscation entre les mains d'un tiers ;
- il étend la confiscation sans condamnation pénale à tout type de crime et de délit (jusqu'à présent, elle était limitée au blanchiment) ;
- il introduit le mécanisme de la confiscation pour fortune inexpliquée.

Afin de répondre aux objectifs de la Directive et d'améliorer la gestion des biens saisis, le Projet envisage de réunir le Bureau de recouvrement des avoirs et le Bureau de gestion des avoirs sous une même enseigne, qui deviendrait le Bureau de gestion et de recouvrement des avoirs (le « **BGRA** »).

Après quelques observations liminaires concernant les choix du législateur, notamment quant au champ d'application du Projet (I), l'Ordre des Avocats à Luxembourg (ci-après l'« **Ordre des Avocats** ») abordera l'extension du périmètre de la confiscation, tant quant aux biens susceptibles de confiscation que quant aux mécanismes applicables (II), et présentera le changement de paradigme dans la gestion des biens saisis (III).

L'Ordre des Avocats suggérera ensuite de renforcer les droits des personnes concernées (IV) et conclura cet avis par quelques ultimes observations (V).



I. Observations liminaires quant aux choix du législateur

L'Ordre des Avocats reconnaît pleinement les objectifs poursuivis par la Directive et la nécessité de renforcer l'efficacité du recouvrement des avoirs issus de la criminalité.

La Directive constitue toutefois, pour une part importante de ses dispositions, un instrument d'harmonisation minimale. Son considérant 60 précise ainsi que les États membres peuvent prévoir des pouvoirs plus étendus et des règles plus larges en matière de gel et de confiscation, sous réserve de ne pas compromettre l'objectif de la Directive.

Cette faculté ne saurait cependant dispenser le législateur national d'une réflexion particulière sur les garanties attachées à l'exercice de ces pouvoirs.

Le Projet témoigne en effet de ce que le législateur a effectué certains choix qui dépassent sensiblement le périmètre minimal de la Directive.

À titre d'exemple, le Projet dépasse le champ d'application de la Directive.

L'article 2, paragraphe 1, de la Directive définit son champ d'application en renvoyant à un ensemble déterminé d'infractions européennes harmonisées. Son paragraphe 2 vise les infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle. Le paragraphe 4 prévoit, de manière distincte, que les dispositions relatives au dépistage et à l'identification des instruments, des produits ou des biens s'appliquent à toutes les infractions nationales punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'au moins un an.

Il importe donc d'opérer une distinction entre :

- le dépistage et l'identification des avoirs, pour lesquels la Directive prévoit un champ d'application très large ; et
- les mécanismes de confiscation renforcée, notamment la confiscation des avoirs de tiers, la confiscation sans condamnation et la confiscation de fortune inexpliquée, dont le champ est circonscrit à certaines catégories d'infractions.

Cette distinction n'est pas reprise dans le projet de loi.

L'exposé des motifs du Projet indique expressément que le Projet entend s'appliquer « à toutes les infractions pénales, au-delà des "Eurocrimes" et autres infractions harmonisées ainsi qu'aux infractions commises en dehors d'une organisation criminelle ».

Le législateur a donc fait le choix d'appliquer les mécanismes introduits par le Projet à toutes les infractions pénales.

Cette extension mérite d'être examinée avec une attention particulière, d'autant plus que les mécanismes de confiscation renforcée ont été conçus dans un cadre européen principalement orienté vers certaines catégories d'infractions graves et, pour la fortune inexpliquée, vers les activités criminelles commises dans le cadre d'une organisation criminelle.

L'Ordre des Avocats ne conteste pas la faculté du législateur d'adopter des règles plus protectrices de l'ordre public ou plus efficaces en matière de recouvrement des avoirs.

Il estime toutefois que les extensions prévues par le Projet devraient être expressément justifiées, notamment au regard :



- de la gravité des mesures introduites ;
- de leur caractère potentiellement applicable à des infractions de moindre gravité ;
- de l'absence, dans certains cas, de condamnation pénale ;
- et des garanties procédurales qui doivent nécessairement accompagner l'extension du champ matériel des mesures de confiscation.

Le fait que la Directive permette un « *gold-plating* » ne signifie pas que les garanties prévues par celle-ci doivent être considérées comme facultatives lorsqu'un État membre étend son régime national à des infractions supplémentaires.

Rappelons également, dans ce contexte, que la Directive permet aux États membres de prévoir des garanties supplémentaires dans leur droit national. Eu égard aux conséquences de la confiscation sur les droits fondamentaux des personnes concernées, telles que le droit à la propriété et la présomption d'innocence, il semble important à l'Ordre des Avocats d'examiner avec attention les garanties prévues par le Projet.

II. L'extension des biens susceptibles de confiscation et des mécanismes de confiscation

L'Ordre des Avocats relève tout d'abord les difficultés d'évaluation des biens susceptibles de confiscation (A), avant de présenter ses observations relatives à l'extension des biens susceptibles de confiscation et des mécanismes de confiscation : l'extension de la confiscation par équivalent aux instruments de l'infraction (B), la confiscation élargie (C), la confiscation des avoirs de tiers (D), la confiscation sans condamnation pénale (E) et la confiscation d'une fortune inexplicquée (F).

A. Les difficultés d'évaluation des biens susceptibles de confiscation

À titre liminaire, l'Ordre des Avocats souligne les difficultés d'évaluation des biens susceptibles de confiscation, qu'il s'agisse, par exemple, des produits de l'infraction (1), du gain économique engendré par l'infraction (2), et de tout ce qui sert à garantir la réparation du préjudice causé par l'infraction (3).

1. Les produits de l'infraction

La Directive dispose en son considérant 13 qu'il convient de prévoir une définition large des produits du crime afin d'englober les biens susceptibles d'être transformés et transférés dans le but d'en dissimuler l'origine. Les produits devraient donc « *comprendre tout bien, y compris le bien qui a été transformé ou converti, en totalité ou en partie, en d'autres biens, et le bien qui a été mêlé à des biens acquis légitimement, à concurrence de la valeur estimée des produits qui y ont été mêlés. Ils devraient aussi comprendre les revenus ou autres avantages tirés des produits du crime ou des biens en lesquels ces produits ont été transformés ou convertis ou des biens auxquels ils ont été mêlés* »¹.

Le Projet prévoit à cet égard que la confiscation s'applique aux biens formant l'objet ou le produit, direct ou indirect d'une infraction, ainsi qu'aux « *biens y substitués, y compris leurs revenus, comprenant tout avantage économique quelconque tiré, directement ou indirectement d'une infraction, qui peut consister en tout type de bien et qui comprend tout*

¹ Considérant 13 de la Directive.



réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur »².

L'Ordre des Avocats relève les difficultés pratiques liées à cette définition. Ainsi, à titre illustratif, lorsque des fonds d'origine illicite se mêlent à des fonds licites sur un compte bancaire, il peut être délicat d'identifier la proportion des fonds qui constituent le produit de l'infraction et devraient en tant que tels faire l'objet d'une confiscation. Différentes méthodes pourraient à cet égard être retenues³, de sorte qu'il est important que le législateur examine cette question avec attention.

2. Le gain économique

La confiscation élargie introduite par l'article 31, paragraphe 2, 4° du Code pénal, dans sa version modifiée par le Projet, repose sur la notion de « *gain économique* ».

Dans la même logique, le Projet prévoit que lorsqu'une infraction pénale est susceptible de donner lieu à un gain économique important, le juge d'instruction et le procureur d'État ordonnent le dépistage et l'identification de l'objet, des produits, des instruments ou des biens susceptibles de confiscation.

L'Ordre des Avocats comprend l'objectif, mais soulève les difficultés pratiques liées à l'identification du gain économique qui peut être engendré par une infraction. Le principe, la nature et l'étendue d'un tel gain sont en effet susceptibles de différentes interprétations.

Le considérant 14 de la Directive précise à cet égard que « *lorsqu'ils déterminent si le gain économique est susceptible d'être important, les États membres devraient pouvoir fixer des seuils minimaux pour la valeur du produit escompté ou permettre une évaluation au cas par cas par les autorités compétentes* ».

De telles précisions n'ont toutefois pas été apportées par le Projet.

3. Tout ce qui sert à garantir la réparation du préjudice causé par l'infraction

De manière similaire, et afin de préparer la confiscation, le Projet prévoit, de manière générale, que l'officier de police judiciaire saisit « *tout ce qui est susceptible de confiscation, de restitution ou sert à garantir la réparation du préjudice causé par l'infraction* »⁴.

² Article 31 (2) 1° du Code pénal, dans sa version modifiée par le Projet.

³ Par exemple l'approche « proportionnelle », selon laquelle les avoirs de provenance licite sont contaminés par les avoirs issus de l'infraction proportionnellement à leur part respective du solde total du compte. À l'inverse, la méthode de la « sédimentation » considère que les avoirs provenant d'une infraction forment un dépôt « au fond » du compte, de sorte que tant que les transactions opérées sur ce compte n'épuisent pas les avoirs de provenance licite, ceux issus de l'infraction demeurent sur le compte et donc confiscables. En Suisse, le Tribunal fédéral a retenu la méthode de la « sédimentation » dans une décision du 5 décembre 2025, avec la réserve que lorsque le titulaire du compte dispose intentionnellement de la part illicite des avoirs, la totalité du montant débité dans ces circonstances est réputée contaminée, et ce, même si le solde du compte reste supérieur au montant des avoirs de provenance illicite déposés.

⁴ Version modifiée, selon le Projet, de l'article 31 (3) du Code de procédure pénale.



Cet objectif est repris dans d'autres dispositions du Projet, et par exemple dans la version modifiée de l'article 46 (8)⁵ et de de l'article 47 (1)⁶.

Si l'Ordre des Avocats comprend certes cet objectif, qui est prévu par la Directive, il soulève toutefois les difficultés pratiques qui risquent d'être rencontrées pour déterminer ce qui peut effectivement permettre la réparation du préjudice causé par l'infraction. En effet, comment les autorités vont-elles déterminer, au moment de la saisie, qu'elle s'effectue durant une enquête préliminaire ou une instruction judiciaire, quel est le préjudice effectif causé par l'infraction ?

L'évaluation du préjudice causé par l'infraction peut être aisée dans certaines affaires évidentes (par exemple en cas de vol), mais peut présenter plus de difficultés dans d'autres affaires, par exemple en cas de fraude financière complexe. La saisie vise en effet précisément à permettre la manifestation de la vérité et ainsi, également, à déterminer l'étendue du dommage.

B. L'extension de la confiscation par équivalent aux instruments de l'infraction

Le Projet étend et clarifie le régime de la confiscation par équivalent en permettant notamment la confiscation de biens appartenant au condamné dont la valeur monétaire correspond à celle de l'objet, du produit ou des instruments d'une infraction lorsque ceux-ci ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation. Le Projet étend ainsi la confiscation par équivalent aux instruments de l'infraction.

Le Parquet général relève qu'il s'agit d'un changement majeur introduit par le Projet.

L'Ordre des Avocats ne conteste pas le principe de cette extension, qui trouve son fondement dans l'article 12, paragraphe 2, de la Directive.

L'Ordre des Avocats relève toutefois que le Projet ne reprend pas certaines garanties prévues par la Directive.

La Directive permet à cet égard, en ce qui concerne la confiscation de biens dont la valeur correspond à celle des instruments de l'infraction, de déterminer si une telle mesure est proportionnée « *au vu des circonstances particulières de l'espèce* », « *compte tenu en particulier de la valeur des instruments concernés* ». La Directive permet également aux États membres de prendre en considération le fait que la personne condamnée est responsable ou non de l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments ainsi que l'étendue de cette responsabilité⁷. De telles précisions et garanties ne sont pas prévues par la version actuelle du Projet.

Le Parquet général s'interroge de plus sur la nécessité de maintenir le dernier alinéa de l'article 32 du Code pénal, qui prévoit actuellement la possibilité de prononcer une amende subsidiaire lorsque la confiscation d'un instrument ne peut être exécutée.

⁵ Avec l'accord du procureur d'État, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des biens utiles à la manifestation de la vérité, susceptibles de confiscation, de restitution ou servant à garantir la réparation du préjudice causé par l'infraction.

⁶ Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction et de biens susceptibles de confiscation, de restitution ou servant à garantir la réparation du préjudice causé par l'infraction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.

⁷ Considérant 27 de la Directive.



L'Ordre des Avocats estime qu'une clarification serait souhaitable afin d'éviter toute possibilité de double charge patrimoniale résultant de l'application successive de mécanismes puisant leur origine dans le même objet.

Il convient de plus de rappeler que la confiscation par équivalent ne porte pas sur un bien ayant un lien matériel avec l'infraction, puisqu'elle permet de saisir dans le patrimoine du condamné un autre bien d'une valeur équivalente. Il convient dès lors que le texte assure davantage :

- le caractère subsidiaire ou clairement défini de la confiscation par équivalent ;
- une détermination suffisamment précise de la valeur de référence ;
- l'absence de double confiscation ;
- la prise en compte du caractère proportionné de la mesure.

C. La confiscation élargie

Le nouveau point 4° de l'article 31, paragraphe 2, du Code pénal, tel que modifié par le Projet, étend la confiscation à tout ou partie des biens dont la propriété appartient au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque :

- l'infraction commise est susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un gain économique ;
- ni le condamné ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine ; et
- il y a lieu de présumer que ces biens proviennent de crimes ou de délits punissables d'un emprisonnement d'un maximum d'au moins quatre ans, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris des éléments factuels concrets et des éléments de preuve disponibles, tel que le fait que la valeur des biens est disproportionnée par rapport aux revenus légaux du condamné.

L'Ordre des Avocats se réfère à ses observations reprises ci-dessus sur la notion de « *gain économique* » et donne à considérer que nombreuses sont les infractions qui sont susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un gain économique, ce qui renforce la possibilité d'appliquer une telle confiscation élargie.

Il rappelle aussi la nécessité de respecter les droits des personnes concernées, qui doivent pouvoir rapporter les éléments nécessaires pour renverser la présomption que les biens proviennent d'une infraction, et qui doivent pouvoir introduire un recours contre une décision de confiscation.

D. La confiscation des avoirs de tiers

Après avoir présenté le mécanisme envisagé (1), l'Ordre des Avocats relève qu'il serait opportun de renforcer les droits procéduraux des tiers concernés (2), de préciser le critère de la connaissance (3) et de clarifier l'articulation entre cette forme de confiscation et la confiscation du chef de blanchiment ou de recel (4).



1. Le mécanisme envisagé

Le nouveau point 5° de l'article 31, paragraphe 2, du Code pénal, tel que modifié par le Projet, permet de confisquer les biens transférés à un tiers ou acquis par un tiers lorsque celui-ci savait ou aurait dû savoir que le transfert ou l'acquisition avait pour finalité d'éviter la confiscation.

Ce mécanisme transpose l'article 13 de la Directive.

Le Projet précise, dans son exposé des motifs, que le tiers doit être entendu largement et peut être une personne physique ou morale autre que les parties à la procédure pénale, sous réserve des droits des tiers de bonne foi. Il prévoit également des présomptions réfragables en cas de transfert gratuit ou à vil prix ou de maintien du contrôle effectif du bien.

L'Ordre des Avocats souhaite formuler plusieurs observations sur cette forme de confiscation.

2. Les droits procéduraux du tiers doivent être renforcés

En premier lieu, L'Ordre des Avocats relève que les droits procéduraux du tiers devraient être renforcés en raison de la difficulté liée au statut procédural du tiers.

Le Parquet général relève que ce tiers peut ne faire l'objet d'aucune poursuite pénale et que le Projet ne précise dès lors pas suffisamment son droit d'accès au dossier, son droit de faire valoir ses droits et l'existence d'un recours effectif.

L'Ordre des Avocats partage cette préoccupation.

Il conviendrait notamment d'inscrire expressément dans la loi que la confiscation ne peut être prononcée à l'égard d'un bien appartenant à un tiers dont le titre est connu ou revendiqué sans que celui-ci ait été mis en mesure de présenter utilement ses observations, notamment quant à son droit de propriété, à sa bonne foi, à son absence de connaissance du caractère frauduleux du transfert et à la valeur du bien.

3. « Savait ou aurait dû savoir » : une formule qui appelle des précisions

Le critère selon lequel le tiers « savait ou aurait dû savoir » que le transfert ou l'acquisition avait pour finalité d'éviter la confiscation appelle également une attention particulière.

La première branche « savait » repose sur un élément subjectif relativement classique, encore que la question se pose, en pratique, de rapporter la preuve de cette connaissance.

La seconde « aurait dû savoir » est davantage problématique. Elle introduit en effet une forme de faute ou de connaissance présumée susceptible d'être appréciée *a posteriori* par la juridiction.

Le risque est particulièrement important dans le cadre des transactions commerciales usuelles, dans lesquelles un tiers peut acquérir un bien à un prix qui paraît ultérieurement avantageux sans avoir aucune connaissance de l'origine criminelle alléguée du patrimoine du cédant.

L'Ordre des Avocats estime dès lors que le texte devrait préciser que les circonstances mentionnées aux lettres a) et b) constituent des indices réfragables et non des présomptions conduisant automatiquement à la confiscation.



L'exposé des motifs confirme cette approche, puisqu'il y est indiqué que ces deux circonstances constituent des « *présomptions réfragables* »⁸.

Il serait souhaitable que cette précision figure dans la loi elle-même, et non uniquement dans les travaux préparatoires.

4. L'articulation entre cette forme de confiscation et la confiscation résultant d'une condamnation du chef des infractions de blanchiment et de recel

La condamnation du chef des infractions de blanchiment ou de recel permet déjà de procéder à la confiscation de biens acquis lorsque la personne concernée connaissait leur origine illicite, ou aurait dû avoir des doutes quant à leur origine au vu des circonstances.

Il conviendra dès lors en pratique d'être attentif à l'articulation entre la confiscation d'avoirs de tiers qui savaient ou auraient dû savoir que le transfert ou l'acquisition de ces avoirs avait pour finalité d'éviter la confiscation, et la confiscation résultant d'une condamnation du chef des infractions de blanchiment ou de recel.

E. La confiscation sans condamnation pénale

En ce qui concerne la confiscation sans condamnation pénale, L'Ordre des Avocats souligne que le mécanisme envisagé constitue une rupture avec la nature juridique de la confiscation (1), va au-delà de la Directive (2), et doit être encadré par un contrôle juridictionnel substantiel (3).

1. Une rupture avec la nature juridique de la confiscation

Le nouveau point 6° de l'article 31, paragraphe 2, du Code pénal, tel que modifié par le Projet, introduit une confiscation pouvant être prononcée en l'absence de condamnation :

- lorsque les poursuites ne peuvent aboutir notamment en raison de la maladie, de la fuite, du décès, de la radiation ou liquidation, ou de la prescription,
- et lorsqu'en l'absence des circonstances énoncées ci-avant, il aurait été possible que la procédure pénale aboutisse à une condamnation pénale, au moins pour les infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un gain économique important, et lorsqu'il y a lieu de présumer que les instruments, produits ou biens à confisquer proviennent de l'infraction pénale en question ou sont directement ou indirectement liés à celle-ci.

Cette nouvelle forme de confiscation sans condamnation constitue une rupture avec la nature juridique de la confiscation, puisque la confiscation est en soi une peine, qui suppose nécessairement une condamnation.

2. Une extension par rapport au texte de la Directive

La Directive impose effectivement un mécanisme de confiscation sans condamnation dans certaines circonstances. L'article 15 vise notamment la maladie, la fuite, le décès et, sous certaines conditions, la prescription.

L'Ordre des Avocats relève néanmoins que le texte du Projet concernant la prescription de l'action publique (point 6° d)) ne correspond pas au texte de la Directive. Il vise en effet la

⁸ Page 36.



prescription de l'action publique, de manière large et sans condition, alors que la Directive prévoit que la confiscation peut être permise lorsqu'une procédure pénale a été engagée mais n'a pu être poursuivie lorsque « *le délai de prescription pour l'infraction pénale concernée fixé par le droit national est inférieur à quinze ans et a expiré après l'ouverture de la procédure pénale* ».

Le Projet ajoute de plus aux hypothèses prévues par la Directive la radiation ou la liquidation de la personne susceptible d'avoir commis une infraction, de l'inculpé ou du prévenu.

L'Ordre des Avocats suppose que cette extension vise, en toute logique, à transposer l'hypothèse du décès d'une personne physique à la situation d'une personne morale. Il serait toutefois pertinent que le législateur explicite davantage la justification de cette extension par rapport au texte européen, en prenant en considération les particularités d'une personne morale et en anticipant d'éventuelles difficultés d'application en pratique.

3. Le contrôle juridictionnel doit demeurer substantiel

L'Ordre des Avocats relève de plus que les termes du Projet sont plus souples que ceux de la Directive. En effet, alors que la Directive limite ce mécanisme aux cas dans lesquels la juridiction nationale est « *convaincue* » que les instruments, produits ou biens à confisquer proviennent de l'infraction pénale en question ou y sont liés, le Projet utilise le terme de présomption : « *il y a lieu de présumer que les instruments, produits ou biens à confisquer proviennent de l'infraction pénale en question ou sont directement ou indirectement liés à celle-ci* ».

L'Ordre des Avocats estime que la confiscation sans condamnation ne devrait pas être conçue comme une simple présomption d'origine criminelle des biens concernés.

Le juge doit conserver la possibilité de vérifier :

- la réalité des conditions permettant l'absence de condamnation ;
- la possibilité qu'une condamnation aurait effectivement pu intervenir en l'absence de la circonstance « *empêchante* » tenant compte des mécanismes et principes du droit pénal (non-rétroactivité notamment) ;
- le lien entre les biens et l'infraction ;
- et la proportionnalité de la confiscation.

Le Projet organise certes une saisine spécifique des juridictions correctionnelles et criminelles lorsqu'aucune personne n'a été inculpée⁹.

L'Ordre des Avocats considère cependant qu'il serait utile de préciser expressément dans la loi la nature et le degré de contrôle exercé par la juridiction sur les éléments constitutifs de la confiscation, notamment à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les garanties qui doivent entourer la confiscation.

F. La confiscation d'une fortune inexpliquée

⁹ Articles 130 et 131 du Code de procédure pénale, dans leur version modifiée par le Projet, et le commentaire des articles (page 43).



En ce qui concerne la confiscation d'une fortune inexplicée, l'Ordre des Avocats relève que le mécanisme envisagé dépasse sensiblement le droit luxembourgeois actuel (1), va au-delà de la Directive (2), n'est pas encadré par les garanties prévues par la Directive (3) et soulève des difficultés pratiques (4).

1. Un mécanisme qui dépasse sensiblement le droit luxembourgeois actuel

Le nouveau point 7° de l'article 31, paragraphe 2, du Code pénal, tel que modifié par le Projet, permet, lorsque les autres mécanismes de confiscation ne peuvent être appliqués, de confisquer certains biens identifiés dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction lorsqu'ils sont considérés comme provenant d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins quatre ans et susceptible de générer un gain économique important.

Ce mécanisme est dès lors subordonné à trois conditions cumulatives : (i) les autres formes de confiscation prévues aux six premiers points de l'article 31 ne peuvent être appliquées, (ii) les biens identifiés proviennent d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins quatre ans, et (iii) le crime ou le délit peut donner lieu, directement ou indirectement, à un gain économique important.

Le texte permet de tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire pour prouver l'origine criminelle ou délictuelle des biens, et notamment :

- de la disproportion substantielle entre les biens et les revenus légaux ;
- de l'absence de source licite plausible des biens ;
- d'un lien entre la personne concernée et des personnes liées à une organisation criminelle.

Le législateur opère dans ce contexte une distinction entre la confiscation d'une fortune inexplicée et le délit de non-justification de ressources (article 324quater du Code pénal), qui constitue une infraction autonome : la confiscation dépend de la condamnation du chef de cette infraction.

La confiscation d'une fortune inexplicée est en revanche non fondée sur une condamnation pénale. Ce type de confiscation « *n'exige ni une condamnation pénale, ni que la juridiction soit convaincue que les biens confisqués proviennent d'une infraction pénale spécifique* »¹⁰.

2. Un mécanisme qui va au-delà de la Directive

L'article 16 de la Directive vise les biens provenant d'une activité criminelle commise dans le cadre d'une organisation criminelle.

Le Projet choisit expressément de ne pas reprendre cette condition comme condition constitutive. L'exposé des motifs explique à cet égard que le lien avec une organisation criminelle ne serait qu'un élément de présomption, notamment parce que cette condition risquerait de priver le mécanisme de toute portée pratique dans les affaires de corruption ou de détournement de fonds publics.

¹⁰ Page 6.



Cette option mérite, selon l'Ordre des Avocats, une discussion approfondie.

Elle revient en effet à détacher la confiscation de fortune inexpliquée de l'un des éléments structurants du texte européen.

3. Un mécanisme qui n'est pas encadré par les garanties prévues par la Directive

L'Ordre des Avocats relève que le texte du Projet ne prévoit, en l'état, dans le point 7°, aucune réserve pour protéger les droits des tiers de bonne foi, de même qu'il n'impose aucune garantie concernant les droits procéduraux de la personne concernée.

De plus, alors que la Directive permet aux États membres de « *choisir de ne pas ordonner ou ne pas exécuter la confiscation d'une fortune inexpliquée lorsque, dans le cas d'espèce, l'application des règles énoncées dans la présente directive serait manifestement déraisonnable ou disproportionnée* », le Projet n'a pas fait usage de cette faculté. Il pourrait dès lors être complété à cet égard.

Le Projet n'a pas non plus repris la possibilité, prévue par la Directive, d'exiger que les biens puissent être considérés comme provenant d'activités criminelles pendant un certain temps¹¹.

Enfin, alors que la Directive exige que la juridiction soit « *convaincue* » que les biens en question proviennent d'infractions pénales¹², ce terme n'a pas été retenu par notre législateur

4. Un mécanisme qui soulève des difficultés pratiques

L'Ordre des Avocats relève de plus que le mécanisme envisagé risque de conduire à des difficultés en pratique, puisqu'il est prévu qu'il ne serait possible qu'en cas d'échec des autres mesures prévues aux points 1 à 6. Il conviendrait d'apporter des précisions sur la manière dont la preuve de cet échec des autres mesures doit être rapportée par le Parquet.

Le Parquet devra également rapporter la preuve que les autres conditions prévues par le texte sont réunies (et notamment la disproportion substantielle, l'absence de source licite plausible et le lien entre la personne concernée et les personnes liées à une organisation criminelle). Le Parquet général a à cet égard relevé, dans son avis sur le Projet, que « *la question du degré de preuve à rapporter quant au lien du bien en cause avec la commission d'une infraction subsiste* ».

Au vu de ce qui précède, l'Ordre des Avocats estime qu'à tout le moins, le législateur devrait envisager de préciser pourquoi une extension du mécanisme par rapport aux conditions prévues par la Directive est nécessaire et définir avec davantage de précision le degré de preuve requis quant aux conditions prévues par le texte.

Comme il sera exposé dans la partie IV.B ci-dessous, il serait également opportun de prévoir expressément une clause de proportionnalité.

III. Le changement de paradigme dans la gestion des biens saisis

La loi du 22 juin 2022 sur la gestion et le recouvrement des avoirs saisis et confisqués (la « **Loi de 2022** ») a instauré le Bureau de gestion des avoirs pour assurer la gestion des biens saisis.

¹¹ Considérant 33 de la Directive.

¹² Considérant 34 de la Directive.



Le Projet prévoit que les biens saisis sont transférés à une nouvelle entité, le BGRA, qui aurait pour mission la gestion des avoirs saisis ou confisqués et le recouvrement des avoirs.

Il comprendrait deux départements : le département du Bureau de gestion des avoirs et le département du Bureau de recouvrement des avoirs.

Le Projet confie ainsi d'office au BGRA la gestion de tous les biens saisis, sans distinction, y compris des pièces à conviction. Le Parquet général décrit cette réforme comme un véritable « *changement de paradigme* ».

L'Ordre des Avocats souligne dans un premier temps la nécessité de conduire une réflexion approfondie sur la gouvernance, la responsabilité et le fonctionnement du BGRA (A). Il relève ensuite que l'accès extensif à des informations, prévu par le Projet, doit être précisé (B).

L'Ordre des Avocats présente également des observations relatives aux difficultés induites par des attributions concrètes du BGRA (C) et par la gestion des instruments financiers (D), avant de souligner ses suggestions de clarifier certains principes (E).

L'Ordre des Avocats s'interroge ensuite sur l'attribution des frais de gestion des biens saisis (F).

A. Nécessité d'une réflexion approfondie sur la gouvernance, la responsabilité et le fonctionnement du BGRA

Le Projet appelle, de l'avis de l'Ordre des Avocats, une analyse particulièrement approfondie concernant la gouvernance, la responsabilité et le fonctionnement du BGRA.

Le choix d'instaurer cette entité est compréhensible : le système actuel est considéré comme insuffisamment efficace. Le Parquet général accueille d'ailleurs favorablement la centralisation de la gestion des avoirs saisis et confisqués.

L'Ordre des Avocats estime cependant que cette centralisation doit impérativement s'accompagner d'un régime juridique complet de responsabilité, de contrôle et de gouvernance du BGRA.

Une difficulté institutionnelle, soulevée par le Parquet général, mérite dans ce contexte d'être soulignée. Le Projet maintient en effet le BGRA sous la forme d'une administration dépourvue de personnalité juridique propre.

Cette absence de personnalité juridique pose une question particulière lorsque le BGRA prend des décisions susceptibles de causer un dommage patrimonial.

Il conviendrait de clarifier :

- qui est juridiquement responsable d'une mauvaise gestion ;
- si la responsabilité relève du droit commun de la responsabilité de l'État ;
- si des spécificités doivent être prévues ;
- quelle faute doit être démontrée ;
- comment est évaluée la perte de valeur des actifs saisis et confisqués ;
- si la perte de chance de valorisation d'un portefeuille est indemnisable ;



- et qui doit être assigné.

Cette question devient particulièrement importante lorsque la valeur des actifs gérés est élevée.

Il conviendra de plus de veiller à ce que les membres du BGRA disposent des compétences nécessaires à l'exercice de leur mission. La gestion de biens saisis et confisqués requiert en effet une expertise particulière.

La question de la délégation mérite également d'être clarifiée.

Le Projet prévoit que le BGRA a la possibilité de déléguer la gestion à des tiers, mais il ne précise pas quelles sont les compétences requises de ces tiers, quelle est leur rémunération et quel est le régime de responsabilité qui découle de la délégation. L'Ordre des Avocats y revient ci-dessous dans la partie D.

Dans la même logique, le Projet prévoit que lorsqu'un bien saisi ne peut pas être déplacé, le procureur d'État peut décider de le placer sous la garde d'un gardien de saisie qui agit pour le compte du Bureau de gestion et de recouvrement des avoirs.

Il va de soi que ce gardien doit avoir les qualifications nécessaires pour exercer les fonctions qui lui seront confiées. Il conviendra également de déterminer en pratique (i) comment désigner un tel gardien et (ii) quelle sera sa responsabilité.

En fonction des biens saisis, leur gestion peut impliquer des difficultés pratiques (par exemple des portefeuilles de titres). En cas de gestion malencontreuse, conduisant à une dépréciation de la valeur des biens saisis, la responsabilité de l'État pourrait être engagée.

La question est finalement celle-ci : le BGRA est-il un gestionnaire administratif exécutant les décisions des autorités judiciaires, ou devient-il un véritable gestionnaire patrimonial disposant d'un pouvoir autonome de décision ?

Le Projet semble actuellement se situer entre les deux modèles. D'un côté, le BGRA reçoit tous les biens saisis, il assure leur gestion, il peut décider de certaines ventes, il peut solliciter des prestataires spécialisés. D'un autre côté, les juridictions conservent le pouvoir de décider de la confiscation, certaines autorités peuvent s'opposer aux ventes, les personnes concernées disposent de recours.

Cette architecture hybride devrait être clarifiée.

L'Ordre des Avocats estime qu'il devrait être clairement établi que les décisions de gestion du BGRA ne peuvent avoir pour effet de préjuger la décision judiciaire définitive sur la confiscation ou la restitution.

B. Un accès étendu aux informations nécessaires

Le Projet permet au BGRA de formuler des demandes d'informations aux autorités publiques et à des acteurs du secteur privé (1), et lui offre un accès extensif à des bases de données (2).

1. Demandes d'informations aux autorités publiques et à des acteurs du secteur privé

Le Projet prévoit de donner au BGRA un accès étendu à des informations utiles à l'exercice de ses missions afin de lui permettre d'établir l'existence, la propriété ou le contrôle de biens susceptibles de faire l'objet de confiscation.



Le Projet permet ainsi au BGRA de demander la coopération des autorités concernées lorsque cela est nécessaire. Les autorités judiciaires, la Cellule de renseignement financier, l'Administration des douanes et accises et la Police grand-ducale lui communiquent les informations pertinentes qu'elles détiennent¹³.

Le Projet prévoit de plus que :

- le BGRA peut demander aux établissements financiers, aux prestataires de services de paiement, aux émetteurs de monnaie électronique et aux prestataires de services sur crypto-actifs de lui communiquer des informations sur les prêts, les opérations de change, les titres, les virements électroniques et les soldes de compte, ainsi que les informations sur les comptes de crypto-actifs et les transferts des crypto-actifs ;
- le BGRA peut demander aux réviseurs d'entreprises, cabinets de révision, experts-comptables et professionnels de la comptabilité de lui communiquer les informations sur les états financiers annuels des entreprises¹⁴.

Les professionnels, leurs dirigeants et employés sont tenus de fournir sans délai au BGRA toutes les informations demandées et ils ne sont pas autorisés à faire état de cette demande à leur client. Une amende de 1 250 euros à 1 250 000 euros est prévue.

L'Ordre des Avocats rejoint à cet égard pleinement les observations de la Chambre de Commerce :

- sur la nécessité de motiver les demandes d'information et de prévoir un mécanisme procédural afin de permettre aux professionnels de contester des demandes manifestement disproportionnées ;
- sur la nécessité de préciser la notion d' « états financiers annuels » ;
- sur les modalités pratiques de réponse aux demandes du BGRA ;
- sur la nature et la sévérité des sanctions prévues.

L'Ordre des Avocats s'interroge de plus sur des hypothèses dans lesquelles le fait, pour le professionnel concerné, de transmettre les informations requises par le BGRA pourrait contribuer à sa propre incrimination malgré son droit au silence. Comment concilier, dans une telle hypothèse, l'obligation de coopérer avec le BGRA et de transmettre les informations requises, avec le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ?

2. Accès à des bases de données

Le Projet prévoit également que le BGRA a accès aux informations stockées dans les bases de données ou les registres centralisés ou interconnectés tenus par les autorités publiques¹⁵.

L'Ordre des Avocats ne citera pas ici la liste extensive des registres recensés par le Projet, mais signale que des sauvegardes devraient être prévues.

¹³ Article 4-1 (1), dans sa version modifiée par le Projet, de la Loi de 2022.

¹⁴ Article 4-1 (2), dans sa version modifiée par le Projet, de la Loi de 2022.

¹⁵ Article 8-2, dans sa version modifiée par le Projet, de la Loi de 2022.



La Directive permet aux États membres de décider que « l'accès aux informations exige une demande motivée et que cette demande peut être refusée dans les cas où la communication des informations demandées :

- a) compromettrait le bon déroulement d'une enquête en cours ;
- b) serait clairement disproportionnée par rapport aux intérêts légitimes d'une personne physique ou morale au regard des finalités pour lesquelles l'accès a été demandé ; ou
- c) comporterait des informations fournies par un autre État membre ou un pays tiers et il n'est pas possible d'obtenir le consentement en vue de leur transmission ultérieure ».

La Directive précise également que l'accès aux informations est sans préjudice des garanties procédurales établies par le droit national, y compris, le cas échéant, l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire¹⁶.

Le Projet ne reprend pas ces différentes sauvegardes, et se limite à disposer, de manière générale, que « l'accès aux informations s'effectue au cas par cas uniquement lorsque cela est nécessaire et proportionné à l'exécution des tâches » du BGRA.

L'Ordre des Avocats relève par ailleurs qu'un accès aussi extensif à des données devrait être encadré de manière concrète.

Le Projet limite certes l'accès au système informatique aux « agents spécifiquement désignés et autorisés du BGRA », qui doivent indiquer leur identifiant numérique personnel. En pratique, il pourrait de plus être prévu qu'un numéro de dossier doive être encodé pour pouvoir accéder à des informations, avec une justification précisant l'objectif de l'accès recherché.

La Directive impose de plus aux États membres de veiller « à ce que le personnel des bureaux de recouvrement des avoirs respecte les règles en matière de confidentialité et de secret professionnel prévues par le droit national applicable, ainsi que l'acquis de l'Union en matière de protection des données »¹⁷. Le Projet ne reprend, en l'état, pas ces précisions, de sorte qu'il pourrait être complété sur ce point.

L'Ordre des Avocats relève de plus qu'en pratique, des mesures techniques et organisationnelles devraient être prises pour encadrer précisément l'accès aux bases de données et aux informations qu'elles contiennent.

C. Quelques observations sur certaines attributions du BGRA

L'Ordre des Avocats souligne dans cette section quelques observations sur certaines attributions du BGRA, telles que la planification de la saisie (1), les enquêtes et le dépistage (2) et l'évaluation préalable (3).

1. Planification de la saisie

L'Ordre des Avocats relève que le Projet prévoit d'ajouter à la gestion des avoirs saisis ou confisqués « la planification de la saisie (...) de toutes les sommes, qu'il s'agisse de numéraire

¹⁶ Considérant 15, article 5 (4) et article 6 (6) de la Directive.

¹⁷ Article 7 (2) de la Directive.



ou de soldes inscrits au crédit d'un compte, instruments financiers, créances ou crypto-actifs saisis au cours d'une procédure pénale nationale ou étrangère ».

Il conviendra d'examiner comment une telle planification de la saisie, qui relève en soi des attributions du juge d'instruction et de la police judiciaire, pourra se faire en pratique.

2. Enquêtes et dépistage

Le Projet prévoit que le BGRA devra, dans le cadre de ses missions de recouvrement des avoirs, conduire des enquêtes, telles que des « *enquêtes de dépistage des avoirs pour identifier les instruments, objets, produits ou biens susceptibles de confiscation* » et des enquêtes de patrimoine postsentencielles¹⁸.

Il devra également :

- dépister et identifier les biens des personnes et des entités faisant l'objet de mesures restrictives,
- dépister et identifier les instruments, objets, produits ou biens susceptibles de faire l'objet d'une décision de gel ou de confiscation adoptée par une autorité compétente d'un autre État membre de l'Union européenne,
- dépister et identifier les instruments, objets, produits ou biens susceptibles de faire l'objet d'une saisie ou d'une confiscation en exécution d'une demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale émanant d'un pays tiers.

Ces mesures étendues soulèvent également des questions pratiques sur l'articulation entre les pouvoirs du BGRA et ceux des autorités judiciaires.

3. L'évaluation préalable

Le Projet prévoit que lorsque cela est justifié par la nature des biens, le procureur d'État peut requérir préalablement le BGRA de procéder à une évaluation des spécificités des biens afin de réduire au minimum les coûts estimés de leur gestion et de préserver leur valeur jusqu'à leur aliénation. Les agents du BGRA peuvent se transporter sur place pour procéder à l'évaluation et se faire assister par des prestataires spécialisés.

L'Ordre des Avocats comprend tout à fait l'enjeu de cette disposition, qui vise à déterminer si la saisie semble disproportionnée par rapport aux coûts nécessaires pour la gestion du bien.

Une telle disposition pourrait être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure nationale ou procédure initiée par un procureur européen, mais comment le BGRA pourra-t-il procéder dans le cadre d'une commission rogatoire internationale ?

Le Projet pourrait ainsi prévoir un mécanisme visant à attirer l'attention des autorités étrangères sur la disproportion et sur le coût de la gestion du bien saisi.

Par ailleurs, la Directive prévoit la possibilité, pour les États membres, d'adopter des orientations sur la manière de procéder à cette évaluation¹⁹. L'Ordre des Avocats relève qu'il

¹⁸ Article 3 (1), dans sa version modifiée par le Projet, de la Loi de 2022.

¹⁹ Considérant 42 de la Directive.



serait pertinent d'adopter de telles orientations pour faciliter et harmoniser l'évaluation préalable.

D. La gestion des instruments financiers

L'Ordre des Avocats abordera ci-dessous les difficultés liées aux instruments financiers (1), l'aliénation en cas d'urgence (2), la délégation de la gestion à des prestataires externes (3) et le prélèvement de frais (4).

1. Les difficultés liées aux instruments financiers

Le Projet reconnaît expressément les instruments financiers comme une catégorie autonome de biens.

Il vise notamment les valeurs mobilières, actions, obligations et autres valeurs donnant le droit d'acquérir ou de vendre des valeurs mobilières.

Le Projet prévoit que ces instruments sont, de préférence, conservés auprès du tiers-saisi, le BGRA pouvant néanmoins les gérer sur un compte-titres. Le tiers-saisi doit communiquer au BGRA les informations nécessaires à leur gestion et les frais approuvés par le BGRA peuvent être imputés sur les valeurs, intérêts, dividendes et autres produits.

Cette approche ne suffit toutefois pas à résoudre les difficultés pratiques.

La gestion d'un portefeuille de titres peut nécessiter des décisions quotidiennes concernant notamment :

- le paiement des dividendes et coupons ;
- les opérations sur titres ;
- les augmentations de capital ;
- les droits préférentiels de souscription ;
- les offres publiques ;
- les conversions ;
- les échéances obligataires ;
- les rachats ou remboursements anticipés ;
- les options arrivant à échéance ;
- l'exercice ou non de droits attachés à des instruments ;
- les appels de marge ;
- les sûretés ou collatéraux ;
- les instruments dérivés ;
- les opérations de change ;
- et, plus généralement, les mesures nécessaires pour éviter qu'un actif financier ne perde sa valeur du seul fait de l'inaction.



La situation est encore plus complexe pour un portefeuille comprenant des options, calls, ou autres instruments dérivés, dont la valeur peut disparaître à l'échéance ou être affectée par une décision de gestion prise dans un délai très bref.

Le Projet ne définit pas suffisamment ce qu'il faut entendre par « gestion » de ces instruments.

L'Ordre des Avocats estime ainsi qu'une question centrale n'est pas réellement abordée : qui décide réellement de la vente d'un instrument financier ?

L'article 580(1) permet au BGRA, avant une décision définitive de confiscation, d'aliéner un bien saisi lorsque :

- le bien est périssable ou se déprécie rapidement ;
- ses coûts de stockage ou d'entretien sont disproportionnés ;
- sa gestion nécessite des conditions particulières ou une expertise difficile à trouver.

Mais le paragraphe 3 prévoit une exclusion particulièrement importante : le BGRA n'est pas tenu de communiquer son intention d'aliéner lorsqu'il s'agit notamment **d'instruments financiers, de créances ou de crypto-actifs**.

Cette exclusion soulève une difficulté majeure.

Pour les autres biens, le mécanisme prévoit :

- une communication aux autorités judiciaires compétentes ;
- un délai d'opposition de dix jours ouvrables ;
- une possibilité d'opposition en cas de nécessité de conserver le bien pour la manifestation de la vérité.

Pour les instruments financiers, cette garantie spécifique ne s'applique pas.

Il en résulte que, selon la rédaction actuelle, le BGRA pourrait décider lui-même de l'aliénation d'un instrument financier dans les conditions de l'article 580(1), sans que le mécanisme d'opposition préalable des autorités judiciaires prévu au paragraphe 3 ne trouve application.

Cette situation paraît particulièrement délicate.

Le projet semble organiser une répartition assez claire des rôles pour les biens ordinaires :

BGRA → proposition/intention de vente → autorités judiciaires → éventuelle opposition → vente.

Mais cette architecture est beaucoup moins claire pour les instruments financiers.

Or la question n'est pas seulement « *Le titre doit-il être vendu ?* »

Elle peut être « *Faut-il vendre aujourd'hui, conserver jusqu'à l'échéance, exercer l'option, la clôturer, couvrir le risque, accepter une offre, participer à une opération sur titres, ou prendre une autre mesure de conservation de valeur ?* ». Il s'agit potentiellement de véritables décisions de gestion de portefeuille. Or en l'état actuel des choses, le BGRA a-t-il la possibilité et la compétence pour prendre de telles décisions ?



L'Ordre des Avocats estime en tout cas nécessaire de distinguer :

1. Les actes purement conservatoires

Par exemple :

- encaisser un dividende ;
- encaisser un coupon ;
- conserver un titre ;
- recevoir un remboursement à échéance.

2. Les actes de gestion active

Par exemple :

- vendre une action ;
- exercer une option ;
- clôturer une position dérivée ;
- arbitrer entre deux titres ;
- accepter une offre ;
- vendre avant échéance un portefeuille.

3. Les actes nécessaires pour éviter une perte immédiate

Par exemple :

- vendre une option proche de l'expiration ;
- liquider une position nécessitant un appel de marge ;
- agir avant une *corporate action*.

Le Projet ne fournit pas suffisamment de critères permettant de déterminer qui est compétent pour arbitrer entre ces différentes options.

Le cas des crypto-actifs doit également être étudié avec attention. En France, par exemple, il a été envisagé de vendre les crypto-actifs saisis, en raison de leurs fluctuations particulièrement importantes, à l'exception d'actifs particulièrement adaptés à l'économie souterraine (notamment parce qu'ils comportent une fonction d'anonymisation), afin qu'ils ne soient pas remis sur le marché.

2. L'aliénation en cas d'urgence

Le Projet prévoit qu'en cas d'urgence dûment motivée, le BGRA peut procéder immédiatement à l'aliénation, nonobstant le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif.

Cette faculté est compréhensible pour un bien qui se dégrade rapidement. Elle appelle cependant une attention particulière pour les instruments financiers.

L'urgence peut en effet être inhérente à la nature même du produit financier.



Une option peut expirer en quelques heures. Une obligation peut faire l'objet d'un remboursement anticipé. Une position dérivée peut générer un appel de marge immédiat.

Le risque est alors que la notion d'urgence devienne, pour certains instruments financiers, quasiment structurelle.

L'Ordre des Avocats recommande donc que le législateur précise davantage la notion d'urgence et introduise une exigence de motivation concrète, individualisée et proportionnée à l'atteinte aux droits de la personne concernée.

De plus, le recours prévu par l'article 580(7) ne paraît pas constituer une réponse entièrement satisfaisante.

Le Projet permet aux personnes concernées de contester la décision de vente anticipée devant le président du tribunal d'arrondissement, statuant en référé. Le mécanisme constitue une garantie importante. Il intervient toutefois après la décision du BGRA.

Surtout, le recours est susceptible d'intervenir dans un contexte où le bien financier peut évoluer en quelques heures ou quelques jours.

Un recours *a posteriori* peut être particulièrement peu efficace lorsqu'il porte, par exemple, sur une option expirée, une position dérivée liquidée, un titre vendu puis racheté par un tiers, une opération sur titres qui n'a pas été exercée ou une perte de valeur liée à l'inaction.

L'Ordre des Avocats considère donc qu'une réflexion spécifique est nécessaire pour les instruments financiers.

L'Ordre des Avocats pourrait proposer que la loi prévoie expressément que la décision d'aliéner un instrument financier soit motivée. La décision devrait notamment identifier l'instrument concerné, sa valeur, la raison de la vente, le risque de dépréciation, les alternatives envisagées et, lorsque cela est pertinent, l'urgence, comme indiqué ci-dessus.

La personne concernée devra être informée et entendue sous réserve de l'urgence, conformément à l'article 21 de la Directive.

La Directive exige en effet que les intérêts de la personne affectée soient pris en compte et qu'elle soit informée et, sauf urgence, entendue avant la vente.

Il est nécessaire qu'un contrôle juridictionnel puisse intervenir avant la vente notamment lorsque la valeur du portefeuille est importante, la vente porte sur un instrument complexe, la décision est contestée ou la vente implique une opération de gestion active.

3. La délégation à des prestataires externes

La délégation par le BGRA de la gestion à des prestataires externes gagnerait à être précisée.

Le Projet permet au BGRA de se faire assister par des prestataires spécialisés pour l'évaluation des biens.

L'article 582 prévoit également que le BGRA peut faire intervenir l'AED ou un prestataire spécialisé pour l'aliénation des biens. Il n'existe toutefois pas, dans les dispositions examinées, de véritable régime de délégation de gestion d'un portefeuille financier.



Or, dans certaines situations, le BGRA pourrait ne pas disposer en interne des compétences nécessaires pour gérer un portefeuille complexe, des instruments dérivés, des positions optionnelles, des instruments structurés ou des actifs soumis à des mécanismes de marché particulièrement techniques.

Il serait alors naturel qu'un gestionnaire professionnel intervienne.

Si une telle option devait être privilégiée, plusieurs questions devraient être réglées par la loi.

Le projet ne paraît pas déterminer clairement le régime de responsabilité applicable lorsqu'un prestataire intervient dans la gestion.

Il faudrait notamment savoir :

- si le prestataire agit comme mandataire du BGRA ;
- si le BGRA répond de ses fautes ;
- si la responsabilité du prestataire est directement engagée envers le propriétaire ;
- si le prestataire doit disposer d'une assurance professionnelle ;
- quelles normes de diligence lui sont applicables ;
- qui contrôle ses actes ;
- qui peut demander réparation et selon quelles modalités.

Cette question est loin d'être théorique.

Supposons que le gestionnaire externe ne procède pas à une opération nécessaire avant l'expiration d'une option et que celle-ci devienne sans valeur - qui supporte la perte ? Le propriétaire lésé pourrait-il engager directement la responsabilité du gestionnaire ? Ou doit-il agir contre l'État ? Ou contre le BGRA ?

Le Projet ne paraît pas répondre suffisamment clairement à cette question.

4. Le prélèvement de frais

Le Projet prévoit que certains frais puissent être imputés sur les valeurs, intérêts, dividendes et autres produits des instruments financiers. L'article 194 permet en outre au tribunal de mettre tout ou partie des frais de gestion à charge du prévenu et des personnes civilement responsables.

Le Parquet général relève toutefois lui-même que le texte ne précise ni la qualification juridique de ces frais, ni les critères guidant le juge, ni les limites de cette faculté.

L'Ordre des Avocats estime que la question est encore plus sensible en présence d'un gestionnaire financier externe.

Il conviendrait de déterminer :

- qui fixe sa rémunération ;
- selon quels critères ;
- qui l'approuve ;



- si elle peut être prélevée directement sur les actifs ;
- si des commissions de performance sont admissibles ;
- si les frais de courtage sont récupérables ;
- si les frais de conservation et de garde sont récupérables ;
- et si la personne finalement acquittée ou bénéficiaire d'une restitution peut obtenir la restitution de ces frais.

Il a déjà pu être observé que le Bureau de gestion des avoirs instauré par la Loi de 2022 pouvait rencontrer des difficultés, en pratique, à comprendre le prélèvement de frais opérés par des établissements de crédit, lequel n'avait pourtant pas été remis en question par la pratique luxembourgeoise.

Une certaine flexibilité devrait à cet égard être conservée.

E. Clarification de principes

Certains principes devraient être clarifiés : le principe de conservation de la valeur devrait être expressément consacré (1), la gestion efficace des entités devrait être renforcée (2) et l'articulation avec des sûretés antérieures à des saisies pénales devrait être précisée (3).

1. Le principe de conservation de la valeur devrait être expressément consacré

Le Projet prévoit que la gestion doit notamment viser à préserver la valeur des biens. La Directive impose également une gestion efficace permettant de préserver la valeur des biens jusqu'à leur aliénation. L'Ordre des Avocats recommande toutefois d'aller plus loin en définissant la mission du BGRA comme une mission de conservation et, dans la mesure raisonnablement possible, de préservation de la valeur économique du bien, et non comme une mission de recherche de rendement.

Cette distinction est fondamentale pour les actifs financiers.

Le BGRA ne devrait pas être conduit à prendre des décisions d'investissement spéculatives sous prétexte de « valoriser » un portefeuille. Inversement, il doit pouvoir prendre les mesures strictement nécessaires pour éviter une perte de valeur résultant de son inaction.

2. La gestion efficace des entités devrait être renforcée

La Directive prévoit, en son considérant 41 et en son article 20 (1), la nécessité d'assurer la gestion efficace des entités, telles que les entreprises, qui devraient être préservées en tant qu'entités en activité, parallèlement à l'adoption des mesures nécessaires pour faire en sorte que le suspect ou la personne poursuivie ne bénéficie pas directement ou indirectement des activités en cours de ces entités ou, le cas échéant, des mesures de surveillance concernant le contrôle desdites entités.

Au vu de difficultés rencontrées en pratique par certaines sociétés visées par des mesures de saisie de leurs avoirs, L'Ordre des Avocats relève qu'il serait opportun de transposer en droit luxembourgeois l'objectif recherché par la Directive, et d'inclure des dispositions concrètes permettant de l'atteindre.

3. L'articulation avec des sûretés antérieures à des saisies pénales



L'Ordre des Avocats soulève plusieurs questions concernant les dispositions visant à clarifier l'articulation entre sûreté et saisie pénale :

~~(7) Nul ne peut valablement disposer~~ Sans préjudice des prérogatives de gestion du Bureau de gestion et de recouvrement des avoirs, nul ne peut valablement transférer, détruire, convertir, aliéner, déplacer ou assumer la garde ou le contrôle des biens saisis dans le cadre d'une procédure pénale.

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

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

Le créancier bénéficiant d'une sûreté antérieure à la saisie pénale sur le bien saisi peut demander au juge d'instruction l'autorisation de poursuivre une procédure civile d'exécution suspendue ou de diligenter une nouvelle procédure d'exécution contre le débiteur défaillant. Le juge d'instruction peut aussi ordonner d'office au créancier de poursuivre ou de diligenter une procédure civile d'exécution contre le débiteur défaillant sous peine de perdre son privilège pour les créances postérieures échues du fait de son inaction.

En premier lieu, quel est le juge compétent dans cette matière ? La procédure civile d'exécution fait intervenir le président du Tribunal d'arrondissement, dans une procédure de référé, mais est-ce que cela fait du sens qu'il intervienne en matière pénale ?

Par ailleurs, le dispositif suppose que le créancier demande au juge d'instruction l'autorisation de poursuivre une procédure civile d'exécution ou de diligenter une nouvelle procédure d'exécution. Le juge d'instruction peut aussi ordonner d'office au créancier de poursuivre ou de diligenter une procédure civile d'exécution contre le débiteur défaillant sous peine de perdre son privilège pour les créances postérieures échues du fait de son inaction.

Mais qu'en est-il si le créancier n'a aucun intérêt à intervenir, par exemple en cas de sûreté sur un portefeuille de titres, à une période où la valorisation est particulièrement basse ?

Si le juge d'instruction ordonne de poursuivre ou de diligenter une telle action, est-ce qu'il faut prévoir un recours contre cette décision, qui devrait en principe être considérée comme un acte juridictionnel pouvant faire l'objet d'un recours ?

Il ne semble pas nécessairement approprié de prévoir une sanction (c'est-à-dire la perte du privilège), par exemple s'il n'est pas judicieux, pour le créancier, d'initier une action à un moment donné.

F. L'attribution des frais de gestion des biens saisis devrait être clarifiée

La version envisagée, aux termes du Projet, de l'article 194 du Code de procédure pénale dispose que *« le prévenu et les personnes civilement responsables peuvent être tenus, en tout ou en partie, des frais de gestion des biens saisis. En cas de restitution ou d'attribution d'un bien à la partie lésée, les frais de gestion peuvent lui être imputés uniquement si la gestion lui a bénéficié »*.

Le fait de tenir le prévenu responsable des frais de gestion des biens saisis soulève plusieurs questions.



Une telle disposition soulève d'une part une question de principe, puisqu'elle paraît, de l'avis de l'Ordre des Avocats, difficilement compatible, avec la présomption d'innocence²⁰.

Il convient d'autre part d'anticiper des recours éventuels, si le prévenu est finalement acquitté ou si la saisie conduit à une perte de valeur du bien.

L'État pourrait ainsi être tenu responsable et devrait restituer les frais de gestion au prévenu.

Au vu de la deuxième phrase de cet article, il peut être compliqué, en pratique, de déterminer quels frais doivent être imputés à quelle partie (au prévenu ou à la partie lésée).

Un recours devrait être possible.

De plus, après la condamnation, la personne est condamnée, elle n'est plus un prévenu.

IV. La nécessité de renforcer les droits des personnes concernées

L'Ordre des Avocats souligne qu'il est nécessaire que le Projet veille davantage à préserver les droits des personnes concernées, notamment en clarifiant certains points relatifs à la charge de la preuve (A), en veillant davantage à la proportionnalité des mesures ordonnées (B), ainsi qu'en harmonisant et en renforçant les garanties procédurales (C).

A. La charge de la preuve et les présomptions

Le projet utilise des notions qui peuvent laisser une large marge d'appréciation, telles que :

- « *présumer* » ;
- « *disproportion substantielle* » ;
- « *absence de source licite plausible* » ;
- « *aurait dû savoir* ».

Ces notions sont particulièrement sensibles lorsqu'elles peuvent conduire à la confiscation définitive d'un patrimoine. L'Ordre des Avocats estime indispensable que la loi précise la répartition de la charge de la preuve.

Il devrait notamment être clair que la charge d'établir les conditions légales de la confiscation incombe au ministère public et que les présomptions prévues par la loi sont réfragables.

La personne concernée doit pouvoir produire des éléments permettant d'établir une origine licite du bien, sans que le mécanisme ne conduise à une inversion générale de la charge de la preuve.

Le Parquet général souligne d'ailleurs lui aussi que les textes européens restent vagues sur ce point.

B. La proportionnalité

²⁰ D'après le considérant 46 de la Directive, la Directive devrait prévoir des garanties et des recours juridictionnels spécifiques afin de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes concernées, conformément au droit à un procès équitable, au droit à un recours effectif et à la présomption d'innocence.



La Directive permet aux États membres de prévoir que, dans des circonstances exceptionnelles, la confiscation ne devrait pas être ordonnée ou exécutée si elle constitue une contrainte excessive pour la personne concernée, sur la base des circonstances de chaque cas particulier.

L'Ordre des Avocats estime à cet égard souhaitable de faire usage de cette possibilité en prévoyant une clause générale de proportionnalité applicable aux nouvelles formes de confiscation.

Cette clause pourrait par exemple prévoir que :

« La confiscation ne peut être prononcée lorsque, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, elle présente un caractère manifestement disproportionné au regard de la nature et de la gravité des faits, du lien entre le bien et l'infraction, de la valeur du bien et de la situation de la personne concernée. En particulier, la confiscation ne devrait pas être ordonnée si elle constitue une contrainte excessive pour la personne concernée, sur la base des circonstances de chaque cas particulier. »

C. Les garanties procédurales devraient être harmonisées et renforcées

La Directive souligne qu'elle devrait être mise en œuvre dans le respect des droits fondamentaux et principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), selon l'interprétation qui en est faite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²¹.

Dans cette logique, l'Ordre des Avocats relève que les garanties procédurales prévues par le Projet devraient être harmonisées et renforcées.

1. Harmonisation des garanties procédurales

L'Ordre des Avocats observe une certaine asymétrie dans le projet :

- pour certains biens, une opposition préalable des autorités judiciaires est prévue ;
- pour les instruments financiers, cette procédure est exclue ;
- un recours judiciaire existe ensuite ;
- mais les mécanismes ne sont pas parfaitement uniformes.

Or la Directive exige que les personnes concernées disposent d'un recours effectif et d'un procès équitable en matière de gel et de confiscation et prévoit des garanties spécifiques pour les ventes interlocutoires.

L'Ordre des Avocats estime dès lors que le texte devrait établir un socle commun de garanties, quel que soit le type d'actif.

2. Renforcement des garanties procédurales

²¹ Considérant 45 de la Directive.



L'Ordre des Avocats relève que les garanties procédurales devraient pour certaines être renforcées, notamment en ce qui concerne les motifs justifiant la saisie (a), le report de la communication du procès-verbal de perquisition et de saisie (b) et la requête en restitution (c).

(a) Les motifs justifiant la saisie

À titre d'exemple, le Projet prévoit de compléter l'article 33 (6) du Code de procédure pénale pour qu'il précise que le procès-verbal indique les motifs justifiant la saisie ainsi que les droits et voies de recours dont dispose la personne concernée.

L'Ordre des Avocats comprend que cette disposition vise à transposer l'article 23 de la Directive, qui prévoit que les décisions de gel, de confiscation et de vente indiquent « *les motifs justifiant la mesure ainsi que les droits et voies de recours dont dispose (la) personne concernée* ».

Il pourrait néanmoins être utile de préciser dans quelle mesure il faudrait spécifier le niveau de détail des motifs de la saisie. Par exemple, dans le cadre d'une commission rogatoire internationale, est-ce qu'il serait suffisant de se référer à cette commission rogatoire internationale, sans inclure davantage de précisions ?

On comprend aisément l'enjeu, puisque des recours pourraient être introduits pour remettre en question des saisies qui ne seraient pas suffisamment justifiées.

(b) Le report de la communication du procès-verbal de perquisition et de saisie

Par ailleurs, le Projet précise que la communication du procès-verbal à la personne entre les mains de laquelle la saisie a été pratiquée, au propriétaire du bien faisant l'objet de la saisie et au tiers dont les droits afférents au bien saisi sont directement lésés « *peut être reportée aussi longtemps que nécessaire pour éviter de compromettre l'enquête* ».

L'Ordre des Avocats relève qu'un tel report est susceptible de remettre en question les droits des personnes visées par cette disposition et ainsi de remettre en question l'objectif recherché.

(c) La requête en restitution

L'article 32 prévoit que la requête en restitution d'une personne lésée ou d'un tiers faisant valoir un droit sur un bien confisqué est forclosée lorsque le bien confisqué ou les sommes y substituées ont été transférés à l'État requérant en exécution d'un accord afférent entre les deux États ou d'un accord négocié par le BGRA au nom du Gouvernement luxembourgeois avec une *autorité compétente de l'État requérant*.

Dans un objectif de sécurité juridique, il serait pertinent de préciser quelles sont les autorités compétentes en cette matière de l'État requérant. Elles devraient inclure des autorités judiciaires (Parquet, juge d'instruction, tribunal), mais on peut s'interroger sur d'éventuelles autorités administratives.

Par ailleurs, afin de préserver les droits de la personne lésée ou d'un tiers faisant valoir un droit sur un bien confisqué, il serait pertinent de prévoir une procédure de notification afin de leur permettre de s'opposer à un transfert du bien ou des sommes y substituées.

(d) L'absence de principe de double juridiction pour la décision de non-restitution



Le Projet prévoit que la décision de non-restitution est notifiée à la personne entre les mains de laquelle la saisie a été pratiquée, au propriétaire du bien faisant l'objet de la saisie et au tiers dont les droits afférents au bien saisi sont directement lésés. Elle peut être contestée, dans le mois de sa notification, par requête de l'intéressé devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, qui statue en dernier ressort.

L'Ordre des Avocats s'interroge sur cette disposition. Pourquoi le Projet ne prévoit-il pas de principe de double juridiction et pourquoi est-ce qu'il ne serait pas possible de faire appel ?

V. Dernières observations

L'Ordre des Avocats souhaite enfin soumettre quelques ultimes observations et précisions.

1. L'Ordre des Avocats relève que le Projet prévoit de modifier l'article 31 (1) du Code pénal afin de prévoir que « *la confiscation spéciale entraîne le transfert, à l'État, de la propriété des biens confisqués* ».

Il se demande à cet égard comment concilier cette déclaration de principe avec les questions de restitution et d'attribution de biens confisqués à la victime d'une infraction²², ainsi que de réutilisation à des fins sociales²³ des biens confisqués.

À tout le moins, une réserve devrait être insérée à cet égard.

2. D'un point de vue strictement stylistique, la formulation envisagée de l'article 31 (2) devrait être clarifiée.

Dans sa version actuelle, cet article dispose :

(2) La confiscation spéciale s'applique aux biens comprenant les actifs de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, y compris les crypto-actifs, ainsi que les documents ou instruments juridiques, sous quelque forme que ce soit, y compris électronique ou numérique, attestant la propriété de ces actifs ou de droits y afférents, dans les cas suivants :

1° aux biens comprenant les actifs de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les documents ou instruments juridiques, sous quelque forme que ce soit, y compris électronique ou numérique, attestant la propriété de ces actifs ou de droits y afférents biens formant l'objet ou le produit, direct ou indirect d'une infraction ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'infraction, y compris les revenus de ces biens aux biens y substitués, y compris leurs revenus, comprenant tout avantage économique quelconque tiré, directement ou indirectement d'une infraction, qui peut consister en tout type de bien et qui comprend tout réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur ;

Dans l'article 31 (2) 1°, la répétition « *aux biens* » devrait être rectifiée.

3. Plusieurs articles du Projet prévoient qu'une mise en demeure doit être faite au BGRA.

Dans un objectif de sécurité juridique, il faudrait préciser comment la mise en demeure devrait être faite.

²² Considérant 37 et article 18 (4) de la Directive.

²³ Considérant 38 et article 19 de la Directive.

4. L'article 32 (3) prévoit que le procureur d'État ou, pour les infractions relevant de sa compétence, le procureur européen délégué sont compétents pour décider, d'office ou sur requête, de la restitution des biens lorsqu'aucune juridiction, nationale ou étrangère, n'est saisie.

L'Ordre des Avocats relève que la restitution est tributaire de l'efficacité des juridictions étrangères. Le défaut de célérité des juridictions étrangères pourrait faire obstacle à la restitution des biens.

Si les autorités étrangères sont saisies, mais ne répondent pas aux demandes des autorités luxembourgeoises, celles-ci pourraient se trouver face à un blocage.

5. Le Projet prévoit que lorsque l'auteur de l'infraction n'est pas identifié, le procureur d'État ou, pour les infractions relevant de sa compétence, le procureur européen délégué déterminent les biens dont la conservation est nécessaire à la manifestation de la vérité et en informent le Bureau de gestion et de recouvrement des avoirs qui les garde jusqu'à la prescription de l'action publique.

L'Ordre des Avocats s'interroge à cet égard sur le sort des autres biens, qui ne sont pas nécessaires à la manifestation de la vérité. Qui décide de la restitution et quelles sont les voies de recours ?

Luxembourg, le 9 septembre 2026

Le Bâtonnier,
Albert MORO