

N° 5165<sup>4</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

**PROJET DE LOI**

relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme portant transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et modifiant:

1. le code pénal;
2. le code d'instruction criminelle;
3. la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire;
4. la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier;
5. la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;
6. la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances;
7. la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat;
8. la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
9. la loi modifiée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseurs d'entreprises;
10. la loi du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert-comptable;
11. la loi modifiée du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives;
12. la loi générale des impôts („Abgabenordnung“)

\* \* \*

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Avis du Parquet général (28.1.2004) .....	2
2) Avis du Parquet de Luxembourg (15.12.2003) .....	20
3) Avis du Parquet de Diekirch (28.10.2003) .....	34

\*

## AVIS DU PARQUET GENERAL

(28.1.2004)

Le projet de loi relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme a donné lieu à des critiques sévères de la part notamment de la Chambre de Commerce, de la Chambre des Métiers et de la Chambre de Travail, qui le considèrent en particulier comme imposant des obligations disproportionnées et comme conférant au Parquet un pouvoir exorbitant mettant en cause les principes fondamentaux d'un Etat de droit.

Dans l'appréciation de ces critiques il ne faut pas perdre de vue que la marge de manoeuvre du législateur est en la matière des plus étroites. Non seulement est-il tenu de transposer une directive<sup>1</sup> dont la formulation n'est pas toujours des plus rigoureuses et qui impose, dans son article 14, de sanctionner les infractions aux dispositions de celle-ci, mais encore doit-il veiller à respecter dans toute la mesure du possible les recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux („GAFI“). Les recommandations de cet organisme intergouvernemental, qui regroupe l'ensemble des pays industrialisés, ne sont certes pas en soi obligatoires. Elles sont cependant en fait très contraignantes puisque elles prévoient une quasi-mise en quarantaine des entreprises et institutions financières émanant de pays qui ne les appliquent pas ou insuffisamment, voire, en cas de persistance du non-respect, l'adoption de contre-mesures à l'égard de ces pays<sup>2</sup>. Leur mise en oeuvre effective par les pays membres est régulièrement contrôlée au moyen d'évaluations mutuelles. Il faut signaler à cet égard que le projet de loi belge visant à transposer la directive propose de prévoir qu'une institution financière belge ne peut pas ouvrir une succursale, respectivement acquérir ou créer une filiale, dans un Etat dont la législation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux par une instance internationale de concertation et de coordination compétente<sup>3</sup>.

Le Grand-Duché doit être particulièrement vigilant en la matière, alors que, comme le Parquet du tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'a écrit dans son avis, „on a parfois l'impression qu'il est demandé au Grand-Duché plus de rigueur qu'à d'autres pays“, ce qui ne s'explique sans doute non seulement par les „excès“ évoqués dans cet avis, mais aussi par le fait que la place financière luxembourgeoise est plus vulnérable aux critiques que ne le sont celles, concurrentes, relevant de certains grands pays, dont le poids politique beaucoup plus important leur permet de mieux défendre leurs intérêts économiques.

Dans cette situation il est certainement cohérent, au lieu de se perdre dans des combats d'arrière-garde, de tenter de reprendre l'initiative en se dotant d'une législation de pointe. Cette approche est d'ailleurs expressément approuvée par la Chambre de Commerce.

Elle implique toutefois de ne pas simplement se limiter à adopter des textes législatifs, mais aussi de veiller à ce que ceux-ci puissent être appliqués de façon effective. Or, une application effective de la législation ne se conçoit que si les cas manifestes de non-respect de celle-ci sont sanctionnés. Dans le cas contraire, la législation, aussi élaborée soit-elle, ne constitue qu'un village de Potemkine. Comme la mise en oeuvre effective de cette législation fait l'objet d'évaluations internationales périodiques, il serait désastreux pour la place financière s'il se révélait que les autorités luxembourgeoises ne la feraient pas respecter de façon sérieuse. Dans ces circonstances il ne peut non seulement paraître injurieux, mais aussi contraire aux intérêts bien compris de ses membres, que la Chambre de Commerce paraît implicitement reprocher à la Cellule de renseignement financier du Parquet de ne pas fermer les yeux sur certains cas manifestes de dysfonctionnement.

Les critiques soulevées se cristallisent autour de cinq points, à savoir

- le rôle et le pouvoir du Parquet en tant que responsable de lutte contre le blanchiment;

1 Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JOCE 2001 No L 344, page 76).

2 Article 21 des Quarante Recommandations du GAFI telles que révisées le 20 juin 2003.

3 Projet de loi (déposé le 31 octobre 2003) modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires financiers et conseillers en placement (Chambre des Représentants de Belgique, DOC 51 0383/001), article 26, proposant d'insérer un article 14<sup>quater</sup> nouveau à la loi belge du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux).

- l'étendue et la sanction des obligations professionnelles imposées aux professionnels soumis sous l'empire de la législation proposée;
- la détermination des catégories de professionnels soumis à l'empire de cette législation;
- l'extension des infractions primaires de blanchiment; et
- la compatibilité du projet de loi avec la loi sur la protection des données personnelles.

### **1. Sur le rôle et le pouvoir du Parquet en tant que responsable de lutte contre le blanchiment**

La Chambre de Commerce critique que le projet de loi attribue trop de pouvoirs au Parquet et provoque ainsi une dérive institutionnelle.

Celle-ci résulterait de ce que le nouveau texte obligerait les professionnels à fournir au Parquet à sa demande „*toutes les informations requises*“<sup>4</sup>, alors que la législation actuelle ne les oblige à lui fournir que „*toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable*“<sup>5</sup>. Selon l'interprétation que la Chambre de Commerce en donne<sup>6</sup>, mais dont elle reconnaît qu'elle n'est pas incontestée<sup>7</sup>, le texte actuel ne permettrait au Parquet de demander aux professionnels de lui fournir des informations que si et dans la mesure où ceux-ci l'ont préalablement saisi d'une information spontanée d'un fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment<sup>8</sup>. Or, une demande du Parquet ne constituerait pas en soi un indice de blanchiment<sup>9</sup>. Les professionnels ne seraient donc tenus de fournir une réponse à une demande du Parquet que s'ils ont eux mêmes découvert des faits concrets de blanchiment différents de cette demande<sup>10</sup>. En revanche, le projet de loi, en leur imposant de fournir au Parquet, à sa demande, „*toutes les informations requises*“ les obligerait à fournir des informations même s'ils n'ont pas découvert des faits concrets de blanchiment. De plus, eu égard à la formulation non restrictive utilisée et à l'absence d'un principe de spécialité, le Parquet pourrait par ce biais demander, même à dessein, des informations qui ne se rapportent pas à des faits de blanchiment, qu'il pourrait utiliser sans restriction dans des poursuites du chef d'infractions autres que le blanchiment. Comme une absence de réponse est par ailleurs pénalement sanctionnée, et qu'une sanction pénale, voire même une simple inculpation, constituerait pour chaque professionnel une mort professionnelle certaine, le Parquet obtiendrait ainsi tous pouvoirs d'investigation, ce qui lui permettrait, en fait, d'entrer en possession de toute information, souvent très confidentielle, détenue par les nombreux professionnels soumis à cette législation, qu'il pourrait utiliser à toutes fins.

A cela s'ajoute que le Parquet pourrait par ce moyen contraindre, sous la menace de sanctions pénales, les professionnels à lui fournir des moyens de preuve au soutien de leur propre incrimination du chef de violation de leurs obligations professionnelles. Il serait ainsi à la fois juge et partie.

La **première crainte**, tirée de l'existence d'un droit d'investigation illimité du Parquet, de surcroît pénalement sanctionné, paraît reposer, en large partie, sur un malentendu.

Si le texte proposé autorise le Parquet à demander aux professionnels de fournir „*toutes les informations requises*“, il ne s'agit, bien entendu, en premier lieu, que des informations requises dans le cadre de ce qui constitue l'objet du projet, à savoir la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Le fait d'utiliser à dessein cette procédure pour demander des informations dont le Parquet saurait dès le départ qu'elles sont étrangères à cet objet constituerait un détournement illégal de procédure, qui serait susceptible d'être sanctionné de nullité dans le cadre de la poursuite de droit commun dans laquelle les informations ainsi requises seraient utilisées. Ce cas de figure doit être distingué de celui dans lequel le Parquet, sur base de soupçons de blanchiment, demande de telles informations qui, par la suite, se révèlent constituer également ou exclusivement des moyens de preuve d'une infraction

4 Article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a), du projet de loi.

5 Voir, par exemple, l'article 40, paragraphe 2, premier tiret, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

6 Avis de la Chambre de Commerce, point 2.1.1.3. „*Les pouvoirs légaux du Parquet dans la lutte contre le blanchiment*“, deuxième et quatrième alinéas.

7 Avis de la Chambre de Commerce, point 2.2. „*De lege ferenda*“.

8 Voir, par exemple, l'article 40, paragraphe 2, deuxième tiret, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

9 Avis de la Chambre de Commerce, point 2.1.1.3. „*Les pouvoirs légaux du Parquet dans la lutte contre le blanchiment*“, neuvième alinéa.

10 Idem.

de droit commun. Ces informations peuvent alors indiscutablement être légalement utilisées dans le cadre de la poursuite de cette infraction<sup>11</sup>.

En deuxième lieu, le texte proposé ne devrait permettre au Parquet de demander des informations, même se rapportant à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, que lorsqu'il dispose d'un soupçon. Il ne devrait donc pas permettre, comme le souligne d'ailleurs le Parquet dans son avis<sup>12</sup>, d'opérer en l'absence d'un soupçon de base des contrôles systématiques ou de routine.

Qu'il s'agisse du premier ou du deuxième point évoqué ci-avant, l'on peut s'interroger si la formulation utilisée est suffisamment explicite et s'il n'y a pas lieu d'envisager de compléter le texte. La Chambre de Commerce a proposé à cet effet une formulation<sup>13</sup>, qui ne couvre toutefois que le premier des deux points en question.

**La deuxième crainte**, tirée du pouvoir accordé au Parquet d'obliger le professionnel de lui fournir des éléments pouvant servir à sa propre incrimination, est relative au droit de toute personne de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît depuis 1993<sup>14</sup> que même si l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article. Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'„accusé“ contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite des erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'„accusé“.

De quelle façon est-ce que les professionnels pourraient, par l'effet des obligations pénalement sanctionnées prévues par le projet de loi, être contraints à contribuer à leur propre incrimination?

Le projet propose d'imposer, sous peine de sanctions pénales<sup>15</sup>, aux professionnels de coopérer pleinement avec le Parquet<sup>16</sup>, ce qui implique, d'une part, l'obligation de lui fournir, à sa demande, toutes les informations requises<sup>17</sup> et, d'autre part, de l'informer, de leur propre initiative, de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement du terrorisme<sup>18</sup>.

Une violation, par le professionnel, de ses obligations professionnelles peut se révéler dans chacune de ces deux cas de figure.

Prenons l'exemple d'un établissement financier qui gère les comptes d'un important homme politique étranger, au sujet duquel la presse internationale relate qu'il est suspecté d'être impliqué dans une substantielle affaire de corruption. Alors même que cette affaire est notoire, l'établissement financier omet, par suite d'une mauvaise organisation interne, pendant de nombreux mois, d'opérer les rapprochements nécessaires, donc de conclure qu'il pourrait avoir été utilisé en vue de blanchir des fonds provenant de la corruption et détenir de tels fonds. Tout porte donc à croire que l'établissement ne s'est

11 Sur base de l'article 5, paragraphe 2, du projet, repris de l'actuel article 40, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, dont l'objet est de préciser que le Parquet n'est pas tenu d'un principe de spécialité.

12 Avis du Parquet, point 2.2., troisième alinéa.

13 Avis de la Chambre de Commerce, point 2.2.2., sous 3), troisième alinéa.

14 Cour européenne des droits de l'homme, 25 février 1993, *Funke c. France*, série A No 256-A, p. 22, point 44; 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, p. 49, point 45; 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, Recueil 1996-VI, p. 2064, points 68-69; 20 octobre 1997, *Serves c. France*, 82/1996/671/893, point 46; 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, Requête No 48539/99, point 44.

15 Prévu par l'article 9 du projet de loi.

16 Article 5, paragraphe 1, premier alinéa, qui vise „les autorités luxembourgeoises responsables de la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme“, ce qui implique le Parquet, mais aussi, pour les professionnels y soumis, la Commission de surveillance du secteur financier (Article 15 du projet de loi), et le Commissariat aux assurances (Article 17, paragraphe 1, du projet de loi).

17 Article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a), du projet de loi.

18 Article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous b), du projet de loi.

pas doté d'une organisation interne adéquate, ce à quoi il est pourtant tenu, sous peine de sanctions pénales, par le projet de loi<sup>19</sup>.

Lorsque, dans cet exemple, les responsables de l'établissement se rendent enfin compte de leur erreur, ils se trouvent devant le dilemme suivant: S'ils procèdent à une déclaration d'opération suspecte à un moment tellement tardif, ils révèlent par la même l'état de leur désorganisation en matière de blanchiment et s'exposent de ce chef à des poursuites pénales. En revanche, si, pour échapper à ces poursuites, ils ne procèdent pas à une telle déclaration, ils s'exposent, en cas de découverte ultérieure de cette situation, à des poursuites non seulement en raison de leur désorganisation, mais encore en raison de leur défaut conscient et volontaire de coopération.

Lorsque, dans cet exemple, les responsables de l'établissement ne se rendent pas compte de leur erreur, mais que le Parquet, sur base, par exemple, de renseignements obtenus sur base de déclarations d'autres établissements financiers<sup>20</sup>, leur demande de fournir des informations au sujet des comptes en question, ils se trouvent devant le dilemme suivant: S'ils répondent à cette demande d'information du Parquet, ils révèlent aussi l'état de leur désorganisation en matière de blanchiment et s'exposent à des poursuites pénales. En revanche, s'ils omettent de répondre, ils s'exposent en outre à des poursuites du chef de défaut de coopération.

Dans les deux cas de figure, les responsables de l'établissement sont tenus, sous la menace de sanctions pénales, de révéler au Parquet des éléments qui contribuent à leur propre incrimination.

De plus, du moins théoriquement<sup>21</sup>, le Parquet pourrait, dans ce même exemple, sur base des textes proposés, être tenté, en vue de se procurer des éléments de preuve supplémentaires de la mauvaise organisation interne de l'établissement financier en matière de blanchiment, d'exiger de celui-ci de lui fournir, sur base de l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a), donc sous peine de sanctions pénales, des informations au sujet de l'état de cette organisation. Cette possibilité n'existe toutefois pas si les „*informations requises*“ prévues par l'article en question sont circonscrites à celles dont l'objet est la recherche et la poursuite de faits de blanchiment et de financement du terrorisme. Une demande d'information dont l'objet exclusif est d'établir une infraction de violations des obligations professionnelles ne correspond pas à la recherche et la poursuite de faits de blanchiment et de financement du terrorisme. Afin d'éviter – ce que le Parquet ne souhaite d'ailleurs pas – que le texte en question puisse servir à imposer aux professionnels de fournir, sous la menace de sanctions pénales, des informations dont l'objet exclusif est de servir dans des poursuites de violations d'obligations professionnelles, il serait donc utile de préciser l'objet que doivent avoir ces „*informations requises*“.

Le problème de l'obligation de devoir contribuer, sous la menace de sanctions pénales, à sa propre incrimination, ne devrait donc exister que pour des déclarations ou demandes d'information dont l'objet est un fait de blanchiment ou de financement de terrorisme mais qui révèlent en même temps de façon accessoire une violation d'obligations professionnelles par l'auteur de la déclaration ou le destinataire de la demande d'informations.

Ce problème ne paraît pouvoir théoriquement recevoir que deux solutions:

- Soit le professionnel reçoit pour ces informations un droit de se taire, donc une dispense de faire une déclaration ou de devoir répondre aux demandes d'information;
- Soit il doit fournir ces informations, mais se voit en contrepartie garantir qu'elles ne peuvent pas être utilisées dans le cadre d'une poursuite du chef de violation des obligations professionnelles.

La première branche de l'alternative présente l'immense désavantage de priver le Parquet de la connaissance de faits de blanchiment ou de financement de terrorisme et de la possibilité d'agir en conséquence. Ainsi, dans l'exemple mentionné ci-avant, l'établissement financier serait dispensé de faire une déclaration spontanée au Parquet ou de répondre à une demande d'information de celui-ci. Il s'ensuit que le Parquet ne serait pas informé si l'établissement en question gère des fonds suspects, quelle est leur importance et quelle est leur utilisation. Il ne serait pas informé si l'homme politique en cause donnerait à l'établissement l'ordre de transférer les fonds, par exemple, vers un centre off-shore situé aux Caraïbes. Il ne pourrait donc pas donner ordre de ne pas exécuter une telle transaction.

<sup>19</sup> Articles 4 et 9 du projet de loi.

<sup>20</sup> Un autre établissement financier déclare qu'il est aussi titulaire d'un compte ouvert au nom de cet homme politique et que des transferts ont été opérés vers un des comptes ouverts auprès de l'établissement financier visé par notre exemple.

<sup>21</sup> Le Parquet s'en défend en précisant qu'il mène les enquêtes du chef de violation des obligations professionnelles selon les règles de procédure de droit commun (Avis du Parquet, point 1.2.2.6. „*Le principe de spécialité*“).

Une telle solution est évidemment totalement inacceptable.

Ne reste alors plus que la deuxième branche de l'alternative. Si elle constitue le prix qu'il faut sans doute payer pour assurer le respect du droit de ne pas être contraint de contribuer à sa propre incrimination, elle n'est toutefois pas sans inconvénients. Elle prive en effet le Parquet d'une importante source d'information en matière de violation des obligations professionnelles. Celui-ci peut certes toujours engager de telles poursuites sur base de renseignements obtenus<sup>22</sup> d'autres professionnels<sup>23</sup>, d'autres tiers<sup>24</sup>, d'autorités antiblanchiment d'autres pays<sup>25</sup> ou de commissions rogatoires internationales<sup>26</sup>. En revanche, il ne peut pas fonder une poursuite sur les déclarations et informations que le professionnel a fournies au Parquet sur base de l'article 5, paragraphe 1, du projet de loi, ni sur base de renseignements d'autres professionnels, de tiers ou d'autorités à la suite et sur le fondement de ces déclarations et informations. S'il se fondait sur de tels éléments, les actes d'instruction et de poursuite accomplis sur ce fondement seraient viciés et, partant, nuls.

Il s'ensuit, par exemple, que lorsqu'un établissement financier, par suite d'un défaut manifeste d'organisation interne, ne signale qu'après des années le dépôt auprès de lui de fonds d'une organisation terroriste et que le Parquet ne dispose d'aucune autre source d'information au sujet de ce dépôt, cet établissement financier ne pourrait pas être sanctionné du chef de violation de ses obligations professionnelles, nonobstant le caractère grave et manifeste de cette violation ainsi révélée.

Pourtant il semble que ce ne soit qu'à ce prix que le droit, sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme, que nul ne peut être contraint à contribuer à sa propre incrimination puisse être assuré dans des conditions tant soit peu acceptables, donc sans reconnaître au professionnel un droit de se taire, qui priverait le Parquet d'informations substantielles.

Il va sans dire que, dans le cadre d'une telle solution, le professionnel, qui ne court pas de risques en dénonçant des faits de blanchiment lorsque cette dénonciation dévoile accessoirement une violation de ses obligations professionnelles, risque cependant de se voir traiter avec d'autant plus de rigueur lorsqu'il tarde ou omet de procéder à une telle déclaration ou lorsqu'il tarde ou omet de répondre de façon correcte et complète à une demande d'information. Il ne peut jamais être certain que le Parquet ne dispose pas d'autres sources d'information qui dévoilent sa carence de coopérer. Dans ce cas une déclaration tardive ne le sauvera pas de poursuites, puisque le Parquet peut à cet effet se fonder sur ces autres sources d'information, dans la mesure où elles ne se fondent pas à leur tour sur la déclaration. Et l'on voit difficilement pourquoi le Parquet devrait hésiter à engager de telles poursuites et les juridictions à prononcer des peines substantielles contre des professionnels qui omettent ou tardent de coopérer, dès lors que ces professionnels ne courent plus aucun risque en procédant à cette coopération, même si celle-ci devait dévoiler leurs carences.

La Chambre de Commerce propose d'insérer à l'article 5 un nouveau paragraphe 2 qui combine les deux branches de l'alternative esquissée ci-avant<sup>27</sup>. Suivant ce texte, les déclarations et informations fournies par les professionnels ne pourraient en principe pas servir à les incriminer du chef de violation de leurs obligations professionnelles (ce qui correspond à la deuxième branche de l'alternative), à moins que le Parquet ne les informe que leurs informations sont susceptibles de servir à cette fin, auquel cas ils ne seraient plus obligés de coopérer (ce qui correspond à la première branche de l'alternative).

Ce texte paraît présenter un double désavantage. D'une part, en prévoyant que les professionnels ne sont pas tenus de coopérer lorsque leurs informations sont susceptibles de servir à leur propre incrimination, le texte comporte le grave désavantage esquissé ci-avant de la première branche de l'alternative de priver le Parquet d'informations sur des faits de blanchiment ou de financement du terrorisme. D'autre

22 Voir à cet égard l'avis du Parquet, point 1.2.2.6. („*Le principe de spécialité*“), troisième alinéa.

23 Par le biais de déclarations émanant de ceux-ci ou de réponses fournies par eux à des demandes de renseignements du Parquet. Il en est ainsi, pour rester dans notre exemple, lorsqu'un autre établissement financier a signalé au Parquet que des fonds appartenant à l'homme politique en question ont été transférés par lui vers l'établissement financier en cause.

24 Lorsque, par exemple, dans une affaire pénale nationale notoire le prévenu, poursuivi du chef de corruption, déclare avoir fait recours aux services du professionnel en question.

25 Lorsqu'une telle autorité signale, pour rester dans notre exemple, que l'homme politique en question entretient un compte auprès de l'établissement financier en question.

26 Lorsque, pour rester dans notre exemple, le Grand-Duché est saisi d'une commission rogatoire internationale émanant de l'Etat dont l'homme politique en cause est ressortissant aux fins de saisir les fonds déposés par ce dernier auprès de l'établissement financier en question.

27 Avis de la Chambre de Commerce, point 1.2.2.2., sous 3), quatrième alinéa.

part, en prévoyant qu'il appartient au Parquet d'informer les professionnels si leur information pourrait servir à leur propre incrimination, le texte risque d'instaurer un dialogue de sourds. Il est à craindre que, dans la logique du texte, tout professionnel qui entend fournir une information au Parquet, qu'il s'agisse d'une déclaration ou d'une réponse à une demande<sup>28</sup>, ne veuille au préalable s'assurer auprès du Parquet que cette information ne pourra pas être utilisée aux fins de sa propre incrimination. Le Parquet risque dès lors de lui répondre qu'il ne peut fournir une réponse à cette question sans avoir au préalable pris connaissance de l'information. Dans ce doute, le professionnel va probablement refuser de fournir l'information en se retranchant derrière son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce que le Parquet ne va pas accepter, sans toutefois pouvoir l'empêcher. Afin de résoudre ce blocage, il ne restera très probablement pas d'autre solution au Parquet que de garantir systématiquement que les informations transmises ne seront pas utilisées dans le cadre de poursuites du chef de violation d'obligations professionnelles. Le texte proposé correspondra donc en définitive à la deuxième branche de l'alternative, sauf que sa mise en oeuvre sera inutilement compliquée, puisqu'il imposerait un échange de correspondance au sujet de l'octroi de l'immunité qui précéderait la fourniture proprement dite de l'information. Une telle procédure, outre qu'elle serait fastidieuse, ne ferait que retarder et compliquer inutilement la coopération entre les professionnels et le Parquet et empêcherait donc en fin de compte une lutte efficace contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Dans son avis le Parquet considère qu'un professionnel qui procède de sa propre initiative à une déclaration d'opération suspecte ne pourrait pas être poursuivi du chef de violation de ses obligations professionnelles<sup>29</sup>. A cet égard, il se réfère à l'article 5, paragraphe 4, du projet, qui dispose que la divulgation de bonne foi d'informations n'entraîne pour le professionnel aucune responsabilité d'aucune sorte. L'objet de ce texte paraît toutefois se limiter à protéger le professionnel contre d'éventuels recours en responsabilité du chef du dommage que cette révélation a pu causer à la personne, le cas échéant, protégée par une obligation au secret de la part du professionnel<sup>30</sup>. Son objet ne paraît toutefois pas être de protéger le professionnel contre des poursuites pénales du chef de violation des obligations professionnelles révélées à l'occasion de cette déclaration.

**Pour conclure, les problèmes soulevés par la Chambre de Commerce paraissent pouvoir être résolus de façon satisfaisante:**

- **en réponse à la crainte tirée de l'existence d'un droit d'investigation illimité du Parquet, en précisant, à l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a), du projet de loi, que „les informations requises“ que le Parquet peut demander aux professionnels de fournir doivent avoir pour objet la recherche et la poursuite de faits de blanchiment et de financement du terrorisme et que cette demande suppose que le Parquet ait des soupçons concrets;**
- **en réponse à la crainte tirée de ce que le professionnel est contraint, sous la menace de sanctions pénales, de contribuer à sa propre incrimination, en ajoutant à l'article 5, premier paragraphe, un nouveau paragraphe, disposant que les déclarations et informations fournies par le professionnel sur base de l'article 5, premier paragraphe, deuxième alinéa, sous a) et b), ne peuvent pas être utilisées contre ce professionnel dans le cadre d'une poursuite sur base de l'article 9 du projet, donc du chef de violation des obligations professionnelles.**

Comme les problèmes soulevés paraissent donc pouvoir trouver une solution satisfaisante sans une mise en cause trop importante du *statu quo*, il n'y a pas lieu d'envisager les deux autres solutions, beaucoup plus radicales, proposées par la Chambre de Commerce, à savoir, la création d'une Cellule de renseignement financier autonome et, subsidiairement, si cette Cellule était maintenue au Parquet, l'abandon pour les membres de celle-ci du principe de spécialité.

En ce qui concerne d'abord la question de savoir s'il y a toujours lieu de confier au Parquet la fonction de Cellule de renseignement financier, il y a lieu de se référer aux observations pertinentes contenues dans l'avis du Parquet<sup>31</sup>. Pour le surplus il ne faut pas perdre de vue que la solution inverse, à

<sup>28</sup> Le texte n'évoque que „les informations à fournir“, ce qui pourrait ne viser que l'obligation de fournir au Parquet une réponse à sa demande (Article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a)). Il se réfère toutefois aussi à la coopération effectuée „en vertu du paragraphe précédent“, ce qui paraît inclure aussi les déclarations spontanées d'opérations suspectes (Article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous b)).

<sup>29</sup> Avis du Parquet, point 1.2.2.6. („Le principe de spécialité“), dernier alinéa.

<sup>30</sup> Commentaire des articles, (Doc. Parl. No 5165, page 20).

<sup>31</sup> Avis du Parquet, point 2.1 („L'autorité à laquelle il convient de confier la fonction de CRF“).

savoir la création d'une entité administrative, aurait pour effet d'amoindrir considérablement l'efficacité du dispositif antiblanchiment luxembourgeois et ce même si cette entité n'était pas dispensée de l'obligation prévue par l'article 23, paragraphe 2, du code d'instruction criminelle de communiquer au Parquet des informations au sujet de crimes ou délits différents du blanchiment dont elle prendrait connaissance dans le cadre de sa mission.

Il faut ajouter que l'article 26 des Recommandations GAFI, tel qu'adopté dans sa version modifiée le 20 juin 2003, dispose que la Cellule de renseignement financier doit avoir accès, directement ou indirectement et en temps voulu, aux informations en provenance des autorités de poursuite pénale. Un tel droit d'accès ne serait pas sans poser des problèmes de principe si la Cellule était une autorité administrative. Ceux-ci sont illustrés par des discussions récentes menées en Belgique. Dans ce pays, le gouvernement a, en date du 26 novembre 2003, présenté un amendement au projet de loi transposant la directive en vue de tenir compte de l'article 26 nouveau des Recommandations GAFI. Cet amendement prévoit que la Cellule de renseignement financier belge, à savoir la „Cellule de traitement des informations financières“ (CTIF), peut se faire communiquer des autorités judiciaires tous les renseignements, complémentaires à une information qu'elle a reçue, qu'elle juge utile à l'accomplissement de sa mission<sup>32</sup>. Pour justifier ce transfert, à première vue surprenant, de renseignements émanant des autorités judiciaires à une autorité administrative, le gouvernement a dû insister que la CTIF, pour être une autorité administrative, n'en a pas moins certains liens avec l'autorité judiciaire, puisque sa finalité est judiciaire et qu'elle est dirigée par un magistrat ou son suppléant, détachés du Parquet<sup>33</sup>. Il résulte du compte-rendu des discussions de cet amendement en commission parlementaire que le Collège des procureurs généraux était particulièrement réservé par rapport à une transmission directe de données entre les juges d'instruction et la CTIF<sup>34</sup>. L'amendement prévoit en conséquence que des renseignements ne peuvent être communiqués à la CTIF par un juge d'instruction sans l'autorisation expresse du procureur général ou du procureur fédéral. Dans ses explications le ministre belge des Finances exprime sa préoccupation que cette formalité ne freine les opérations de contrôle organisées par la Cellule, ce qui risquerait de provoquer la réaction du GAFI ou d'autres instances internationales<sup>35</sup>.

La circonstance que la Cellule de renseignement financier luxembourgeoise fait partie intégrante du Parquet évite ces problèmes de principe et ces complications, puisque ses membres, en leur qualité de magistrats du Parquet, ont par hypothèse accès à l'ensemble des données auquel le Parquet a lui-même accès, y compris, sur base notamment de l'article 53, paragraphe 2, du code d'instruction criminelle, aux dossier des juges d'instruction.

La proposition de transférer les compétences de la Cellule du Parquet vers une entité administrative ne saurait donc convaincre.

En ce qui concerne ensuite la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer au Parquet, lorsqu'il agit en tant que Cellule de renseignement financier, une règle de spécialité, donc l'obligation de n'utiliser les informations fournies par les professionnels uniquement à des fins de lutte contre le blanchiment ou contre le financement du terrorisme, il y a lieu de rappeler que le Conseil d'Etat avait, dans le cadre de l'élaboration de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, formulé une opposition formelle contre une proposition analogue au motif suivant<sup>36</sup>:

*„Il se trouve [...] que la mission du procureur d'Etat en matière pénale consiste à veiller à l'application de la loi pénale. A cet effet il ne lui appartient pas seulement de mettre l'action publique en mouvement mais encore de recevoir à propos de tous les faits susceptibles d'être qualifiés d'infraction les plaintes, dénonciations et procès-verbaux et de diriger les enquêtes des services de police. Or, en imposant au procureur d'Etat en matière de blanchiment une règle de spécialité, en ce qu'on lui interdit d'utiliser les informations obtenues à d'autres fins pénales que la répression du blanchiment, on risque de le mettre dans une situation inextricable au regard de sa mission générale. En effet, au cas où l'opération soupçonnée comme relevant du blanchiment se révèle en réalité avoir comme base une autre infraction [...] il est inconcevable que le législateur interdise dans une telle situation, sur le vu de l'information recueillie, au procureur et à tout autre organe chargé de veiller à la répression d'un tel acte de faire usage de cette information à lui communiquée en toute légalité.“*

32 Chambre des Représentants de Belgique, DOC 51 0383/002.

33 Idem, page 2.

34 Chambre des Représentants de Belgique, DOC 51 0383/003, pages 8 à 10.

35 Idem, page 8, dernier alinéa.

36 Avis du Conseil d'Etat du 15 décembre 1992 (Doc. Parl. No 3600<sup>2</sup>), page 10, dernier alinéa.



De plus, comme le Parquet le souligne à juste titre dans son avis, la non-limitation par une règle de la spécialité a déjà permis à plusieurs reprises de poursuivre, sur base des informations collectées par la Cellule, des affaires de droit commun importantes<sup>37</sup>.

La solution proposée ne peut donc pas non plus convaincre.

Les deux solutions en question, qui risquent toutes d'avoir pour effet d'affaiblir et de compliquer le dispositif antiblanchiment luxembourgeois, sont d'autant moins acceptables que les problèmes qu'elles sont censées résoudre peuvent trouver des solutions beaucoup plus simples, qui ont été esquissées ci-avant.

## 2. Sur l'étendue et la sanction des obligations professionnelles

Les avis des organisations professionnelles sont particulièrement critiques au sujet de l'étendue et de la sanction des obligations professionnelles telles que prévues par le projet de loi.

En ce qui concerne **l'étendue des obligations professionnelles**, il est critiqué que le projet de loi va au-delà de ce qui est prévu par la directive.

Il est vrai que le projet a défini un certain nombre d'obligations professionnelles qui ne sont pas formellement prévues par la directive. Il s'agit, sauf erreur, des dispositions suivantes:

Article du projet	Obligation professionnelle non prévue par la directive (indiquée en italique)
3, paragraphe 1, deuxième alinéa	<i>„Lors de l'identification des clients [...] les professionnels sont également obligés de recueillir toutes autres informations destinées à réduire au mieux le risque d'être utilisées à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme dans le cadre de leurs relations d'affaires“.</i>
3, paragraphe 9	Les professionnels sont obligés d'examiner avec une attention particulière toute transaction qu'ils considèrent particulièrement susceptible, de par sa nature, <i>„des circonstances qui l'entourent, ou de la qualité des personnes impliquées“</i> d'être liée au blanchiment ou au financement du terrorisme. <i>„Ils sont en outre obligés d'effectuer un suivi continu de leurs clients au cours de toute la relation d'affaires en fonction du degré de risque des clients d'être liés au blanchiment ou au financement du terrorisme“.</i>
4, sous a), deuxième phrase	<i>„Ces procédures de contrôle interne doivent notamment prendre spécifiquement en compte les dispositions visées à l'article 3 (6) en matière d'opérations à distance“.</i>
5, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous b)	Le professionnel doit informer, de sa propre initiative, le procureur d'Etat de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement du terrorisme, <i>„notamment en raison de la personne concernée, de son évolution, de l'origine des avoirs, de la nature, de la finalité ou des modalités de l'opération“.</i>

Ces obligations professionnelles nouvelles reprennent des Recommandations du GAFI.

Ainsi:

- La première obligation mentionnée dans le tableau ci-avant reprend la Recommandation GAFI No 5, troisième alinéa, sous c), qui prévoit que les professionnels<sup>38</sup> devraient, à titre de mesures de vigilance à l'égard de la clientèle, obtenir des informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires. La formulation s'inspire de la Circulaire IML 94/112 de l'Institut monétaire luxembourgeois du 25 novembre 1994<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Avis du Parquet, point 1.2.2.6. („Le principe de la spécialité“), premier alinéa.

<sup>38</sup> La Recommandation GAFI No 5 ne vise formellement que les institutions financières. La Recommandation GAFI No 12 dispose toutefois que ce devoir de vigilance s'applique aussi aux entreprises et professions non financières suivantes: les casinos, les agents immobiliers, les négociants en métaux précieux ou en pierres précieuses, les avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables, et les prestataires de services aux sociétés et trusts.

<sup>39</sup> Page 8, dernier alinéa.

- Les deuxième et quatrième obligations mentionnées reprennent la Recommandation GAFI No 5, troisième alinéa, sous d), qui prévoit que les professionnels devraient exercer une vigilance constante à l'égard de la relation d'affaires et assurer un examen attentif des transactions effectuées pendant toute la durée de cette relation d'affaires, afin de s'assurer que les transactions effectuées sont cohérentes avec la connaissance qu'a le professionnel de son client, de ses activités commerciales, de son profil de risque et, lorsque cela est nécessaire, de l'origine des fonds; ainsi que la Recommandation GAFI No 6, qui prévoit que les professionnels<sup>40</sup> devraient, s'agissant de personnes politiquement exposées<sup>41</sup>, mettre en oeuvre des mesures de vigilance particulières, en particulier assurer une surveillance renforcée et continue de la relation d'affaires. Cette dernière obligation était déjà visée pour les établissements relevant du secteur financier par la circulaire CSSF No 00/21 de la Commission de surveillance du secteur financier du 11 décembre 2000.
- La troisième obligation n'est certes pas formellement prévue par l'article 11 de la directive, que le texte en question a pour objet de transposer. Elle ne fait toutefois qu'insister sur la nécessité de mécanismes de contrôle interne prévus par l'article 3, paragraphe 11, de la directive. Son objet est donc plutôt de préciser la mise en oeuvre des obligations découlant de la directive que d'ajouter des obligations non prévues par celle-ci.

Sous réserve de ce qui vient d'être dit au sujet de cette troisième obligation, les obligations professionnelles en question ne constituent donc pas des créations inédites, mais ne font que transposer des textes internationaux qui n'obligent le Grand-Duché, du moins en fait, pas moins que ne le fait la directive.

En ce qui concerne la **sanction des obligations professionnelles**, il est critiqué que le projet de loi propose d'ériger sans aucune exception le non-respect de ces obligations en infractions pénales alors pourtant que leur contenu serait pour la plupart d'entre elles des plus vagues.

Il est vrai que le projet de loi érige l'ensemble des obligations professionnelles qu'il définit en infractions pénales<sup>42</sup>. Ce faisant le domaine des sanctions pénales est étendu de deux façons différentes par rapport au droit actuellement en vigueur:

- En premier lieu, en ce qui concerne la nature des obligations visées:
  - Les sanctions pénales s'appliqueraient, premièrement, à des obligations professionnelles qui, jusqu'à présent, n'étaient sanctionnées que par des amendes administratives prononcées par les autorités de surveillance. Il en est ainsi de l'obligation, prévue par l'article 3, paragraphe 8, du projet, de conserver pendant une période d'au moins 5 ans des éléments possibles de preuve<sup>43</sup>, de celle, prévue par l'article 3, paragraphe 9, du projet, d'examiner avec une attention particulière toute transaction que les professionnels considèrent particulièrement susceptible d'être liée au blanchiment ou au financement du terrorisme<sup>44</sup> et de celle, prévue par l'article 4 du projet, de disposer d'une organisation interne adéquate<sup>45</sup>.
  - Les sanctions pénales s'appliqueraient, deuxièmement, à des obligations professionnelles nouvelles prévues par la directive, à savoir en particulier celle, prévue par l'article 3, paragraphe 6, du

40 La Recommandation GAFI No 12 étend également cette Recommandation, qui ne vise formellement que les institutions financières, aux autres professionnels visés par elle.

41 Le glossaire annexé aux Recommandations GAFI définit ce terme comme visant „une personne qui exerce ou a exercé d'importantes fonctions publiques dans un pays étranger; par exemple, de Chef d'Etat ou de gouvernement, de politiciens de haut rang, de hauts responsables au sein des pouvoirs publics, de magistrats ou militaires de haut rang, de dirigeants d'une entreprise publique ou de responsables de parti politique“. Dans une annexe aux Recommandations, contenant des notes interprétatives de celles-ci, il est indiqué que „les pays sont encouragés à étendre les obligations de la Recommandation 6 aux individus qui exercent d'importantes fonctions publiques dans leur propre pays“.

42 Voir l'article 9 du projet de loi.

43 Cette obligation est actuellement prévue, pour les professionnels du secteur financier, par l'article 39, paragraphe 6, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et sanctionnée par une amende d'ordre sur base de l'article 63 de cette loi. Elle est également prévue, pour les assureurs-vie, par l'article 88 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et sanctionnée par une amende d'ordre sur base de l'article 109 de cette loi. En revanche, cette même obligation est actuellement pénalement sanctionnée dans le chef des notaires (articles 29-1, dernier alinéa, et 100-1, de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat).

44 Cette obligation est actuellement prévue, pour les professionnels du secteur financier, par l'article 39, paragraphe 7, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et sanctionnée par une amende d'ordre sur base de l'article 63 de cette loi. En revanche, elle n'est pas prévue, par exemple, pour les assureurs-vie ou les notaires.

45 Cette obligation est actuellement prévue, pour les professionnels du secteur financier, par l'article 40, paragraphe 5, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et sanctionnée par une amende d'ordre sur base de l'article 63 de cette loi. Elle est également prévue, pour les assureurs-vie, par l'article 89, paragraphe 4, de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et sanctionnée par une amende d'ordre sur base de l'article 109 de cette loi.

projet, de prendre des mesures de vigilance particulières en cas de transaction avec un client qui n'est pas physiquement présent.

- Les sanctions pénales s'appliqueraient, troisièmement, aux obligations professionnelles nouvelles évoquées ci-avant, non prévues par la directive, qui ont pour l'essentiel été déduites des Recommandations GAFI, et qui visent, en substance, à obliger les professionnels de se renseigner sur l'évolution du client, l'origine de ses avoirs, la nature, la finalité et les modalités de la transaction<sup>46</sup>;
- En second lieu, en ce qui concerne les catégories de professionnels soumis aux obligations, le projet de loi propose d'appliquer les sanctions pénales, outre aux catégories actuellement concernées, à savoir les professionnels du secteur financier, les assureurs-vie, les notaires, les casinos et les réviseurs d'entreprise, aux catégories professionnelles énumérées à l'article 2, premier alinéa, du projet, à savoir, en particulier, aux agents immobiliers, aux avocats et à toute personne qui, agissant dans l'exercice de sa profession, effectue une vente en espèces pour une somme égale ou supérieure à 10.000 euros.

Le domaine de la sanction pénale est donc étendu de façon importante.

Cette démarche peut se justifier par le souci de respecter le principe d'égalité de traitement. D'une part, la directive étend le domaine d'application de la législation antiblanchiment à de nombreuses catégories professionnelles qui y étaient, jusqu'à présent, soustraites: alors que la directive de 1991<sup>47</sup> ne visait que les établissements de crédit et les institutions financières, celle, modificative, de 2001 vise en outre les commissaires aux comptes, agents immobiliers, notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, les marchands d'articles de grande valeur et les casinos. D'autre part, la directive de 2001 maintient l'obligation, déjà prévue par la directive de 1991, imposée à chaque Etat membre de prendre „*les mesures appropriées pour assurer la pleine application de toutes les dispositions de la [...] directive et notamment [de] détermine[r] les sanctions à appliquer en cas d'infraction aux dispositions adoptées en exécution de la [...] directive*“. Cette sanction, qui doit donc viser toutes les dispositions prévues par la directive, peut ne pas être pénale, mais présenter aussi une nature administrative. C'est sur base de cette latitude que le législateur n'a sanctionné une partie des obligations prévues par la directive de 1991 que par des sanctions administratives<sup>48</sup>. Cette possibilité n'existe toutefois que pour autant qu'il existe une autorité administrative ou corporative qui soit légalement compétente pour surveiller la profession en question et pour appliquer des sanctions administratives. Les professionnels visés par la directive de 1991, à savoir ceux du secteur financier, sont soumis à une telle surveillance exercée, à l'époque, par l'Institut monétaire luxembourgeois et actuellement par la Commission de surveillance du secteur financier. En revanche, parmi les nombreuses catégories professionnelles prévues par le projet de loi en application de la directive de 2001, plusieurs ne sont pas soumises à une telle surveillance. Il en est ainsi en particulier, et sauf erreur, des agents immobiliers<sup>49</sup>, des personnes exerçant à titre professionnel l'activité de conseil fiscal<sup>50</sup>, des casinos et établissements de jeux de hasards<sup>51</sup>, et de toute personne qui, agissant dans l'exercice de sa profession, effectue une vente en espèces pour une somme égale ou supérieure à 10.000 euros<sup>52</sup>.

Dans ces circonstances, le législateur ne peut, faute d'autorité légale de surveillance, pas prévoir des sanctions administratives pour ces dernières catégories professionnelles. Etant toutefois contraint par la directive à prévoir des sanctions, il n'a que le choix d'appliquer à ces professions des sanctions pénales. Or, il serait choquant et contraire au principe d'égalité de traitement, si ces professions, en partie moins concernées par le blanchiment que notamment les professionnels du secteur financier, seraient soumises à des sanctions pénales, alors que d'autres professions, de surcroît plus exposées, ne seraient soumises

46 Voir l'avis du Parquet, point 1.2.1.1. („*L'obligation d'identification et de maintien de la vigilance*“), premier alinéa.

47 Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux (JOCE 1991 No L 166, page 77).

48 En particulier, l'obligation de conserver les éléments de preuve pendant 5 ans (article 39, paragraphe 6, de la loi modifiée du 8 avril 1993 relative au secteur financier) et celle d'examiner avec une attention toute particulière toute transaction que le professionnel considère comme étant particulièrement susceptible d'être liée au blanchiment (article 39, paragraphe 7, de cette loi).

49 Article 3, premier alinéa, sous 12°, du projet de loi.

50 Article 3, premier alinéa, sous 15°, du projet de loi.

51 Article 3, premier alinéa, sous 16°, du projet de loi.

52 Article 3, premier alinéa, sous 17°, du projet de loi.

pour la violation des obligations identiques qu'à des sanctions administratives. Il est donc, de ce point de vue, cohérent de soumettre l'ensemble des professions à des sanctions pénales.

Cette démarche présente aussi des avantages du point de vue de l'efficacité de la sanction. Si les sanctions des violations des obligations professionnelles étaient de nature administrative, elles seraient prononcées, pour chacune des nombreuses catégories professionnelles, par son autorité légale de surveillance, donc par une multitude d'autorités. Cette multiplication d'autorités compétentes ne garantirait, le cas échéant, pas un traitement cohérent du constat et de l'application de la sanction des violations de ces obligations. De ce point de vue il est plus efficace que cette poursuite ne soit assurée que par une seule autorité.

Cette démarche présente toutefois un problème juridique sérieux. En effet, un certain nombre d'obligations professionnelles sont, ainsi qu'il est soulevé à juste titre par plusieurs des avis, d'un contenu fort vague.

Il en est ainsi en particulier:

- de l'obligation imposée aux professionnels de recueillir, lors de l'identification des clients, „*toutes autres informations destinées à réduire au mieux le risque*“ d'être utilisés à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme<sup>53</sup>;
- de l'obligation de prendre, en cas de doute sur le point de savoir si les clients effectuant une transaction supérieure ou égale à 10.000 euros agissent pour leur propre compte ou en cas de certitude qu'ils n'agissent pas pour leur propre compte, „*des mesures raisonnables*“ en vue d'obtenir des informations sur l'identité réelle des personnes pour le compte desquelles ces clients agissent<sup>54</sup>;
- de l'obligation imposée aux professionnels, qui nouent des relations d'affaires ou effectuent une transaction avec un client qui n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification, de „*prendre les dispositions spécifiques et adéquates nécessaires*“ pour faire face aux risques accrus existant en matière de blanchiment ou de financement du terrorisme<sup>55</sup>;
- de l'obligation „*d'examiner avec une attention particulière*“ toute transaction qu'ils „*considèrent particulièrement susceptible, de par sa nature, des circonstances qui l'entourent, ou de la qualité des personnes impliquées, d'être liée au blanchiment ou au financement du terrorisme*“<sup>56</sup>;
- de l'obligation d'effectuer un suivi continu de leurs clients au cours de toute la relation d'affaires „*en fonction du degré de risque des clients d'être liés au blanchiment ou au financement du terrorisme*“<sup>57</sup>;
- de l'obligation d'instaurer des „*procédures adéquates de contrôle interne et de communication*“ afin de prévenir et d'empêcher la réalisation d'opérations liées au blanchiment ou au financement du terrorisme<sup>58</sup>;
- de l'obligation de prendre „*les mesures appropriées*“ pour sensibiliser et former leurs employés afin de les aider à reconnaître les opérations qui peuvent être liées au blanchiment ou au financement du terrorisme et de les instruire sur la manière de procéder en pareil cas<sup>59</sup>; ainsi que
- de l'obligation „*de coopérer pleinement*“ avec les autorités luxembourgeoises responsables de la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme<sup>60</sup>.

53 Article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, du projet de loi.

54 Article 3, paragraphe 3, du projet de loi. Cette obligation est toutefois déjà actuellement sanctionnée pénalement pour les professionnels du secteur financier (article 39, paragraphe 3, de la loi modifiée du 8 avril 1993 relative au secteur financier, sanctionné pénalement par l'article 64, paragraphe 2, de cette loi), les assureurs-vie (article 87, paragraphe 4, de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, sanctionné pénalement par l'article 89-1 de cette loi) et pour les notaires (article 29-1 de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, sanctionné pénalement par l'article 100-1 de cette loi).

55 Article 3, paragraphe 6, du projet de loi. Il faut toutefois signaler que le deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 6, illustre par des exemples concrets en quoi ces „*dispositions spécifiques et adéquates nécessaires*“ pourraient constituer.

56 Article 3, paragraphe 9, premier alinéa, du projet de loi.

57 Article 3, paragraphe 9, deuxième alinéa, du projet de loi.

58 Article 4, sous a), du projet de loi.

59 Article 4, sous b), du projet de loi.

60 Article 5, paragraphe 1, premier alinéa, du projet de loi. Il est certes vrai que le deuxième alinéa du paragraphe en question apporte des précisions supplémentaires, qui n'embrassent toutefois probablement pas tout ce que le législateur entend par les termes „*coopérer pleinement*“.

Le projet incrimine donc comme infractions pénales des omissions de respecter des obligations de faire dont la portée exacte et concrète ne résulte pas du texte de la loi. Il est évidemment difficile de savoir exactement ce que sont des mesures „raisonnables“ ou „appropriées“, des procédures „adéquates“, la façon de réduire „au mieux“ le risque ou de coopérer „pleinement“. Ces critères fort vagues peuvent être interprétés de multiples façons. En l’absence d’autres précisions le professionnel ne peut pas savoir avec certitude ce qui est exigé de lui et, partant, éviter de faire l’objet d’une poursuite pénale du chef d’omissions fautives.

Cette incertitude et, partant, ce défaut de prévisibilité, risquent de mettre le texte proposé en conflit avec l’article 14 de la Constitution et l’article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

En ce qui concerne l’article 14 de la Constitution, il faut rappeler que la Cour constitutionnelle<sup>61</sup> a décidé que le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l’arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables. Le principe de la spécification de l’incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l’article 14 de la Constitution. Toutefois une marge d’indétermination dans la formulation de comportements illicites n’affecte pas le principe de la spécification de l’incrimination si leur concrétisation peut raisonnablement se faire grâce à des critères logiques, techniques et d’expérience professionnelle qui permettent de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l’infraction visée.

En ce qui concerne l’article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, il y a lieu de relever que la Cour européenne des droits de l’homme<sup>62</sup> considère que cet article, dont l’objet formel est de prohiber l’application rétroactive du droit pénal au désavantage de l’accusé, consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), un principe qui est aussi prévu par l’article 12 de la Constitution, et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de l’accusé, notamment par analogie. Elle déduit de cet article un droit à la protection contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires. Cette garantie occupe dans sa lecture une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l’atteste le fait que l’article 15 n’y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public.

Cette garantie implique qu’une infraction doit être clairement définie par la loi.

Cette condition se trouve, selon sa jurisprudence, remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir élu libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l’aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

Elle concède que, aussi clair que le libellé d’une disposition légale puisse être, dans quelque système que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d’interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s’adapter aux changements de situation. On ne saurait donc interpréter l’article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l’interprétation judiciaire d’une affaire à l’autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l’infraction et raisonnablement prévisible.

La Cour a pu relever<sup>63</sup> que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s’agit, du domaine qu’il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s’oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d’un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d’une grande prudence dans l’exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d’eux qu’ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu’il comporte.

61 Cour constitutionnelle, 22 mars 2002, arrêt No 12/02, Mém. 2002 A, No 40, p. 672.

62 Cour européenne des droits de l’homme, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, série A No 335-B, pages 41-42, points 34-36; 22 novembre 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*, série A No 335-C, pages 68-69, points 32-34. Solution reprise notamment dans les arrêts *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1627, points 29 et 31; *Streletz, Kessler et Krentz c. Allemagne* du 22 mars 2001, Recueil 2001-II, point 50; *E.K. c. Turquie* du 7 mai 2002, Requête No 28496/95, point 51; *Veeber c. Estonie* du 21 janvier 2003, Requête No 45771/99, points 30 et 31.

63 Arrêt *Cantoni c. France*, mentionné ci-avant, point 35.

La Cour a aussi précisé<sup>64</sup> que la circonstance qu'une loi s'inspire presque mot pour mot d'une directive communautaire ne la soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans ce même ordre d'idées, la Cour d'arbitrage de Belgique a récemment décidé<sup>65</sup> que le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Le législateur ne peut donc pas se contenter de termes vagues et imprécis. Ce qui importe pour déterminer la prévisibilité requise de la loi pénale, selon la Cour, ce n'est pas tant l'intention du législateur que „*le poids des mots et le choc de leur application*“.

Il est discutable si les formulations en partie fort vagues relevées ci-avant de plusieurs des obligations professionnelles que le projet de loi propose de sanctionner pénalement respectent le principe de la spécification de l'incrimination rappelé par la Cour constitutionnelle, respectivement, présentent le caractère de prévisibilité exigé par la Cour européenne des droits de l'homme, même en tenant compte du fait que ce caractère est apprécié moins sévèrement lorsque les destinataires de la loi sont des professionnels. Il ne peut guère être soutenu que les infractions en question soient clairement définies.

Le Conseil d'Etat avait déjà, dans son avis du 17 mars 1998 relatif à la loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au code pénal, fait valoir ses réserves au sujet de l'imprécision de la définition d'obligations professionnelles pénalement sanctionnées prévues par cette loi<sup>66</sup>.

Ce défaut de précision s'explique probablement en partie par le fait que les auteurs du projet ont voulu créer un texte unique applicable à l'ensemble des nombreuses catégories professionnelles visées par la directive. Cette démarche présente des avantages incontestables soulignés dans l'exposé des motifs<sup>67</sup>. Elle présente toutefois, en contrepartie, la difficulté de définir des règles uniformes pour l'ensemble des catégories de destinataires. Comme ces catégories sont très diversifiées, les règles en question ne peuvent que rester très générales. Elles appellent une mise en oeuvre spécifique.

Comment est-ce que la difficulté ainsi évoquée pourrait être résolue le cas échéant?

Trois solutions sont, le cas échéant, envisageables.

La première, qui est sans doute la meilleure, même si elle n'est probablement pas la plus simple, serait d'apporter les précisions nécessaires supplémentaires dans la loi elle-même.

La seconde serait de compléter les incriminations imprécises dans des actes subordonnés, à savoir soit dans des règlements grand-ducaux, soit dans des circulaires émises par des autorités de surveillance, respectivement dans des règles professionnelles élaborées par des organismes d'autorégulation.

Il faut admettre que cette solution n'est, le cas échéant, pas à l'abri du reproche de ne pas être conforme à l'article 14 de la Constitution, en vertu duquel la peine, et, par voie d'extension, les incriminations<sup>68</sup>, doivent être établies par la loi<sup>69</sup>.

64 Arrêt *Cantoni c. France*, mentionné ci-avant, point 30.

65 Cour d'arbitrage de Belgique, 14 mai 2003, arrêt No 69/2003, Journal des tribunaux 2004, pages 2 et suivants.

66 Il y a précisé, au sujet du commentaire de l'actuel article 29-1, deuxième alinéa, de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, qui dispose qu'en cas de doute sur le point de savoir si la ou les personnes qui comparaissent à l'acte ou au nom desquels l'acte est signé agissent pour leur propre compte ou en cas de certitude qu'elles n'agissent pas pour leur propre compte, les notaires prennent des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité des bénéficiaires réels pour le compte desquels ces personnes agissent (cette obligation est pénalement sanctionnée par l'article 100-1 de cette loi; elle est similaire à celles prévues par l'article 39, paragraphe 3, de la loi modifiée du 8 avril 1993 relative au secteur financier et par l'article 87, paragraphe 4, de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances): „*Le Conseil d'Etat comprend les appréhensions exprimées à cet égard par la Chambre des notaires pour ce qui est de la précision – ou plutôt de l'imprécision – du texte sous rubrique. Ainsi par exemple les „mesures raisonnables“ ne sont pas autrement précises, et les mesures prises risquent d'être appréciées ex post*“ (Doc. Parl. No 4294<sup>6</sup>, page 15).

67 Doc. Parl. No 5165, pages 2 et 3.

68 Cour constitutionnelle, 22 mars 2002, arrêt No 12/02, mentionné ci-avant.

69 Cette hésitation se justifie si et dans la mesure où le terme „loi“ prévu par l'article 14 de la Constitution doit être entendu au sens formel du terme. Il doit toutefois être relevé que dans son arrêt No 12/02 la Cour constitutionnelle était saisie d'une infraction, il est vrai uniquement de nature disciplinaire, dont les éléments constitutifs étaient déduits non seulement de la loi, mais aussi de dispositions conventionnelles conclues en exécution de l'article 61 du code des assurances sociales.

Force est toutefois de constater que de telles précisions apportées dans des actes subordonnés permettraient utilement aux professionnels et aux juridictions d'interpréter à la lumière de celles-ci les incriminations définies dans le projet et de répondre ainsi aux critères de spécification et de prévisibilité élaborés par la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme.

D'ailleurs, une telle façon de procéder n'est pas inconnue en droit pénal. Ainsi est-il admis en matière d'accident de travail que le défaut de prévoyance ou de précaution prévu par l'article 418 du code pénal est à interpréter à la lumière de normes de comportement de nature simplement d'ordre professionnel<sup>70</sup>. De même était-il admis que la notion „*par méconnaissance de leurs obligations professionnelles*“ contenue, entre 1989 et 1998<sup>71</sup>, dans l'incrimination de blanchiment était à interpréter à la lumière „*de règles de conduite découlant soit de dispositions légales ou réglementaires soit d'usages connus et généralement acceptés et adoptés dans la pratique*“<sup>72</sup>.

La troisième serait de prévoir que les obligations professionnelles en question sont précisées par des circulaires émises par des autorités de surveillance, respectivement dans des règles professionnelles élaborées par des organismes d'autorégulation, mais que leur violation fait l'objet, non de sanctions pénales, mais de sanctions administratives<sup>73</sup>.

Cette solution est également celle du législateur belge qui a, d'une part, confié aux autorités de contrôle, de tutelle, ou disciplinaire, des différentes catégories professionnelles le soin de définir, en concertation avec la Cellule de renseignement financier, les contours et les modalités précises, propres à chaque profession concernée, des obligations en question<sup>74</sup>, et propose même actuellement, dans le cadre de la transposition de la directive, de confier à cette fin aux autorités de contrôle des établissements de crédit et institutions financières un pouvoir réglementaire<sup>75</sup>. Il n'a, d'autre part, à titre de sanction de la violation de ces obligations, pas prévu des sanctions pénales, mais des amendes administratives<sup>76</sup> à prononcer par ces autorités ou, pour les professionnels qui ne sont soumis à aucune autorité de contrôle ou de tutelle ni à aucune autorité disciplinaire, par le ministre des Finances<sup>77</sup>.

Cette troisième solution paraît toutefois être très insatisfaisante dans la mesure où, par le fait de confier la poursuite des infractions à une multitude d'autorités, elle ne respecte ni l'égalité de traitement des membres des différentes catégories professionnelles visées, ni ne garantit une efficacité suffisante de la sanction des violations des obligations professionnelles.

### **3. Sur la détermination des catégories professionnelles soumises à l'empire de la loi**

En ce qui concerne les catégories professionnelles soumises à la législation en question, le projet de loi dépasse le cadre tracé par la directive sur quatre points, à savoir en ce qu'il intègre dans son champ d'application:

70 „*Unfallverhütungsvorschriften*“ que les employeurs et les salariés sont censés connaître.

71 L'article 8-1 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, dans sa version introduite par la loi du 7 juillet 1989 (Mém. 1989 A., p. 923) et abrogée par la loi du 11 août 1998 (Mém. 1998 A, p. 1456).

72 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 31 janvier 1989 (Doc. Parl. No 3009<sup>1</sup>, page 4).

73 En cas de sanctions administratives, les incriminations paraissent devoir répondre aux mêmes critères de prévisibilité et de spécification que des incriminations de droit pénal. En revanche, contrairement au droit pénal proprement dit, il ne semble pas sérieusement discutable que les incriminations peuvent être définies par des normes autres que la loi au sens formel du terme, donc, par exemple, par des circulaires administratives. Rappelons que dans l'arrêt No 12/02 mentionné ci-avant, dans lequel la Cour constitutionnelle a décidé, en substance, que les textes d'incrimination en matière de poursuites disciplinaires doivent répondre aux exigences de spécification déduites de l'article 14 de la Constitution, elle n'a pas critiqué le fait que les textes d'incrimination en cause résultaient en partie de dispositions conventionnelles.

74 Article 22 de la loi belge du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, tel que modifié par l'article 23 de la loi du 10 août 1998 (Chambre des Représentants de Belgique, DOC 1335/1, page 25).

75 Article 34 du projet de loi (déposé le 31 octobre 2003) modifiant la loi belge du 11 janvier 1993, mentionnée ci-avant, qui propose d'ajouter à cette loi un article 21*bis* nouveau (Chambre des Représentants de Belgique, DOC 51 0383/001, pages 20 à 22, 51 à 52, 91 et 136).

76 Amendes dont le montant ne peut être inférieur à 250 euros, ni excéder 1.250.000 euros, donc dont le montant est exactement celui des peines proposées par l'article 9 du projet de loi.

77 Article 22 de la loi belge du 11 janvier 1993, mentionnée ci-avant.

- les assureurs autres que les assureurs-vie<sup>78</sup>;
- les fonds de pension<sup>79</sup>;
- les notaires même pour des opérations autres que celles limitativement énoncées par l'article 2bis, sous 5°, de la directive<sup>80</sup>;
- les personnes qui, agissant dans l'exercice de leur profession, effectuent une vente en espèces d'un montant supérieur ou égal à 10.000 euros<sup>81</sup>.

Ces quatre extensions du domaine d'application de la législation ont fait l'objet de critiques<sup>82</sup>.

A ce sujet, les quelques observations qui suivent se limitent à la quatrième et dernière de ces extensions, qui a sans doute fait l'objet des critiques les plus vives.

Alors que la directive n'oblige à inclure dans le domaine d'application de la loi que les „*marchands d'articles de grande valeur, tels que pierres et métaux précieux, ou d'oeuvres d'art et commissaires-priseurs, lorsque le paiement est effectué en espèces, pour une somme égale ou supérieure à 15.000 EUR*“<sup>83</sup>, le projet de loi y soumet „*toute personne autre que celles énumérées ci-dessus, agissant dans l'exercice de sa profession, lorsqu'elle effectue une vente en espèces, par paiement unique ou fractionné, pour une somme égale ou supérieure à 10.000 euros*“<sup>84</sup>.

Le projet de loi va donc au-delà des prévisions de la directive en ce qui concerne, d'une part, la définition des personnes visées et, d'autre part, la délimitation du seuil à partir duquel une opération entre dans le champ d'application de la loi.

En ce qui concerne d'abord **le seuil** de 10.000 euros repris dans le projet de loi au lieu de celui de 15.000 euros prévu par la directive, celui-ci se justifie pour la raison énoncée dans le commentaire des articles<sup>85</sup>, à savoir le souci de ne pas dépasser le seuil de 10.000 euros à partir duquel les professionnels du secteur financier<sup>86</sup> et les notaires<sup>87</sup> doivent actuellement procéder à l'identification de leur client. Ce seuil est à son tour proche de celui appliqué aux Etats-Unis, à savoir 10.000 USD, qui avait servi de référence pour sa fixation. Il ferait donc désordre de prévoir un seuil différent pour la catégorie professionnelle des marchands de biens.

En ce qui concerne ensuite **la définition des personnes visées** la directive paraît prévoir un double critère cumulatif, à savoir, d'une part, le fait que le professionnel doit être un marchand d'articles de grande valeur et, d'autre part, qu'il doit, pour relever du champ d'application de la législation, recevoir un paiement en espèces d'un certain montant. Il s'ensuit qu'une vente professionnelle en espèces pour un montant supérieur ou égal au seuil ne relève de la législation que si cette vente est effectuée par un marchand d'articles de grande valeur, donc une catégorie délimitée de commerçants.

Le projet de loi ne prévoit, au contraire, qu'un seul critère, à savoir la vente professionnelle en espèces de n'importe quels objets, qu'ils soient de luxe ou de consommation courante, dès lors que le prix est supérieur ou égal au seuil défini. Il s'ensuit que le domaine du projet est incommensurable. Tout commerçant, tout artisan et tout industriel, est susceptible d'en relever, la condition étant qu'il y ait vente, ce qui exclut donc tout de même les prestataires de service, peu importe que celle-ci ait lieu en détail ou en gros, dès lors qu'elle donne lieu à un paiement en espèces au-delà du seuil défini. Bref, c'est donc l'ensemble du commerce, de l'artisanat et de l'industrie qui est susceptible d'en relever.

Si la directive exprime une méfiance à l'égard des seules ventes d'articles de luxe et ce de plus uniquement à condition que ces ventes aient lieu en contrepartie d'un montant en espèces dépassant un

78 Article 2, premier alinéa, sous 2°, du projet de loi.

79 Article 2, premier alinéa, sous 3°, du projet de loi.

80 Article 2, premier alinéa, sous 13°, du projet de loi.

81 Article 2, premier alinéa, sous 17°, du projet de loi.

82 Voir notamment, pour ce qui concerne l'inclusion des assureurs autres que les assureurs-vie, l'avis de la Chambre de Commerce, commentaire de l'article 6; pour ce qui concerne l'inclusion des fonds de pension, le même avis, commentaire de l'article 2; pour ce qui concerne les notaires, l'avis de la Chambre des notaires, point 1, sous e); pour ce qui concerne l'application aux marchands de biens, l'avis de la Chambre de Commerce, point 1, sous l), et commentaire de l'article 2.

83 Article 2bis, sous 6°, de la directive.

84 Article 2, premier alinéa, sous 17°, du projet de loi.

85 Doc. Parl. No 5165, page 16 (commentaire de l'article 2, premier alinéa, sous 17°) et page 17 (commentaire de l'article 3, paragraphe 2).

86 Article 39, paragraphe 2, de la loi modifiée du 8 avril 1993 relative au secteur financier.

87 Article 29-1, premier alinéa, de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.



certain seuil, le projet de loi exprime une méfiance à l'égard de toute vente en espèces qui dépasse un certain seuil.

Outre qu'il peut être discuté si tout paiement en espèces dépassant 10.000 euros mérite cette méfiance, alors même que ce type de paiement constitue un moyen légal de libération, il n'est sans doute pas excessif de considérer que cette hypertrophie du domaine de la loi est susceptible d'être considérée comme disproportionnée. Par l'effet de cette définition très large tout commerçant, artisan et industriel doit donc être préparé à respecter quasiment<sup>88</sup> l'ensemble des nombreuses obligations professionnelles prévues par le projet. Le respect plein et entier de ces obligations s'impose dès qu'un client effectue un paiement en espèces supérieur ou égal à 10.000 euros. Dans ce cas, le professionnel doit, notamment, garder la copie d'un document d'identité<sup>89</sup> du client, recueillir toutes autres informations destinées à réduire au mieux le risque d'être utilisé à des fins de blanchiment dans le cadre de sa relation d'affaires<sup>90</sup>, en cas de doute que le client n'agit pas pour son propre compte, prendre des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité réelle des personnes pour le compte desquelles le client agit<sup>91</sup>, conserver les pièces justificatives pendant 5 ans<sup>92</sup>, effectuer un suivi continu du client lorsque de telles opérations se répètent<sup>93</sup>, instaurer des procédures adéquates de contrôle interne et de communication<sup>94</sup>, prendre les mesures appropriées pour sensibiliser et former ses employés<sup>95</sup>, coopérer pleinement avec le Parquet, en particulier lui fournir, à sa demande, toutes les informations requises et informer le Parquet de sa propre initiative de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment<sup>96</sup>.

Il se pose de plus la question de savoir si le professionnel qui procède à une vente, soit non en espèces, soit en espèces, mais portant sur un montant inférieur à 10.000 euros, relève néanmoins, sur base de l'article 3, paragraphe 4, du projet de loi, du champ d'application de la loi lorsqu'il y a soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme. Dans l'affirmative tout commerçant, artisan et industriel devrait à tout moment être vigilant en vue de détecter d'éventuels faits de blanchiment, quelque soit le montant ou le mode de paiement en cause. Le commentaire de la disposition en question ne se prononce pas sur la question<sup>97</sup>. Il est toutefois indiqué dans le commentaire de l'article 3, paragraphe 2, du projet que les professionnels vendant leurs produits ne tombent dans le champ d'application de la loi que pour des opérations en espèces à partir de 10.000 euros<sup>98</sup>. Il faut donc sans doute en conclure que l'article 3, paragraphe 4, est inapplicable à ces professionnels. Afin d'éviter tout équivoque sur ce point, il pourrait être utile d'indiquer à l'article 3, paragraphe 4, du projet que „les professionnels, à l'exception de ceux visés à l'article 2, premier alinéa, sous 17, sont tenus de procéder à cette identification même si le montant de la transaction est inférieur au seuil susvisé dès qu'il y a soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme“.

Le spectre de l'application de ces nombreuses obligations, de surcroît en partie fort vagues, en dehors du domaine bien délimité de quelques professions réglementées, à l'ensemble du commerce, de l'artisanat et de l'industrie pose en tout cas de façon aiguë la question de la mise en place d'une autorité de surveillance transposant ces règles abstraites et contrôlant leur application.

Afin d'éviter ce reproche d'application disproportionnée, deux solutions paraissent envisageables.

Une première solution consisterait, nonobstant les difficultés pratiques de mise en oeuvre évoquées par les auteurs du projet<sup>99</sup>, à tenter de délimiter la catégorie de „marchands d'articles de grande valeur“. Une délimitation rendrait la mise en oeuvre et le contrôle des obligations professionnelles de cette catégorie plus crédible et réaliste.

88 Une réserve devant être faite pour l'article 3, paragraphe 4, qui ne semble pas applicable à cette catégorie de professionnels, même si le commentaire des articles n'est pas absolument clair sur cette question.

89 Article 3, paragraphe 1er, premier alinéa, du projet de loi.

90 Article 3, paragraphe 1er, deuxième alinéa, du projet de loi.

91 Article 3, paragraphe 3, du projet de loi.

92 Article 3, paragraphe 8, du projet de loi.

93 Article 3, paragraphe 9, du projet de loi.

94 Article 4, sous a), du projet de loi.

95 Article 4, sous b), du projet de loi.

96 Article 5, paragraphe 1, du projet de loi.

97 Doc. Parl. No 5165, page 18 (commentaire du paragraphe 4).

98 Idem, page 17 (commentaire du paragraphe 2).

99 Doc. Parl. No 5165, page 16 (commentaire du point 17).

Une deuxième solution consisterait à interdire les paiements en espèces au-delà du seuil en question<sup>100</sup>. Il est vrai que cette solution est assez radicale et risquerait d'être fort contestée.

#### 4. Sur l'extension des infractions primaires de blanchiment

Il n'y a guère lieu de compléter à ce sujet les développements tout à fait pertinents contenus dans l'avis du Parquet de Luxembourg<sup>101</sup>.

Les observations suivantes semblent toutefois indiquées:

En premier lieu, le Parquet renvoie dans son avis à juste titre aux engagements pris par le Grand-Duché et en particulier à 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<sup>102</sup>.

En second lieu, en ce qui concerne les infractions économiques ou financières ajoutées à la liste des infractions primaires de l'article 5061 du code pénal et plus particulièrement les infractions de faux, d'usage de faux, d'escroquerie, d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux, les scandales financiers des dernières années<sup>103</sup>, qui ont aussi, en partie et pour certains d'entre eux, éclaboussé le Grand-Duché, justifient pleinement ces ajouts, s'il était encore besoin de les justifier. Comme le propose le Parquet, le délit d'initié<sup>104</sup> devrait également y figurer.

En troisième lieu, au regard des infractions primaires proposées par le GAFI comme devant figurer dans la législation des Etats sur le blanchiment<sup>105</sup> il y a au moins lieu d'ajouter à la liste de l'article 506-1, à part le délit d'initié, le trafic illicite de migrants<sup>106</sup> et certaines infractions contre l'environnement, dont en particulier le trafic illicite des déchets, qui génèrent des profits annuels remarquables, sans préjudice d'autres infractions susceptibles de donner lieu à blanchiment des profits en résultant.

#### 5. Sur la compatibilité du projet de loi avec la loi sur la protection des données personnelles

La Chambre de commerce soulève le problème de l'accès des clients aux données personnelles traitées par la banque en relation avec la procédure en matière de blanchiment.

On peut distinguer, à cet égard, plusieurs situations:

- le moment où la banque collecte des données avant de les communiquer au Parquet
- la phase de la communication et de la collaboration avec le Parquet
- la période suivant la fin de la procédure; ici on peut distinguer deux cas de figure, ou bien la procédure a été poursuivie, ou bien aucun élément infractionnel n'a été décelé.

La loi de 2002 sur la protection des données excepte, à ses articles 27 et 29, du droit à l'information et à l'accès les hypothèses dans lesquelles le traitement en cause est nécessaire à la prévention, la recherche, la constatation et la poursuite des infractions pénales, y compris celles à la lutte contre le blanchiment, ou le déroulement de procédures judiciaires autres, au sens de l'article 8 (données judiciaires) et de l'article 17 (données policières) de la loi.

La question se pose de savoir si la banque peut opposer un refus d'accès avant la dénonciation opérée au Parquet. De même, peut-elle refuser l'accès après le dessaisissement du Parquet, notamment en cas de classement; en effet le refus d'accès ne serait, à ce moment, plus „nécessaire“ à la prévention et recherche d'infractions.

L'article 8 de la directive prévoit que „*les établissements et les personnes relevant de la présente directive ainsi que leurs dirigeants et employés ne peuvent pas communiquer au client concerné ou à*

100 Idem.

101 Avis du Parquet, point 1.1.

102 JOCE 2001 No L 182, page 1.

103 BCCI, Maxwell Communication Corporation, Elf, Enron, World Com, Parmalat et autres.

104 Loi du 3 mai 1991 sur les opérations d'initiés (Mém. A 1991, p. 645).

105 Idem.

106 Article 33-2 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant l'entrée et le séjour des étrangers.

*des personnes tierces que des informations ont été transmises aux autorités [...] ou qu'une enquête sur le blanchiment de capitaux est en cours*“.

Cette disposition a été reprise à l'article 5, paragraphe 5, du projet de loi. Ce texte devrait interdire tout accès aux données traitées en relation avec une procédure antiblanchiment même au-delà des situations envisagées dans les articles 27 et 29 de la loi de 2002 sur la protection des données. Il peut être considéré comme une disposition légale spéciale dans une matière que la loi sur la protection des données vise d'ailleurs expressément aux articles 27 et 29.

## 6. Observations finales

Le Parquet propose dans son avis de réfléchir sur un possible aménagement de la charge de la preuve<sup>107</sup>. Cette suggestion, qui soulève des questions touchant les principes fondamentaux de notre droit pénal et qui semble dépasser, pour ce qui est tant de son objet que de ses effets, le domaine du blanchiment d'argent, ne paraît pas avoir sa place dans le cadre de la discussion du présent projet de loi.

Le Parquet suggère aussi de compléter l'article 29, paragraphe 2, du code d'instruction criminelle en y précisant que le juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est compétent, outre pour les affaires consistant en des actes de blanchiment, pour celles qui consistent en des actes de terrorisme et de financement du terrorisme<sup>108</sup>. La loi du 12 août 2003 portant répression du terrorisme et de son financement<sup>109</sup> a modifié l'article 26, paragraphe 2, du code d'instruction criminelle en disposant que le procureur d'Etat et les juridictions de l'arrondissement judiciaire de Luxembourg sont seuls compétents pour les infractions consistant en des actes de blanchiment, ainsi que pour les affaires de terrorisme et de financement du terrorisme<sup>110</sup>. Le présent projet de loi propose de modifier l'article 29, paragraphe 2, du code d'instruction criminelle en y prévoyant que le juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est seul compétent pour informer, outre sur les affaires concernant des infractions consistant en des actes de blanchiment, sur celles relatives au financement du terrorisme. Dans un souci de harmoniser plus parfaitement l'article 26, paragraphe 2, tel que modifié par la loi du 12 août 2003, avec l'article 29, paragraphe 2, il serait indiqué de viser également dans cette dernière disposition, outre les actes de blanchiment et de financement du terrorisme, les actes de terrorisme proprement dits, donc les infractions aux articles 135-1 à 135-4 nouveaux du code pénal.

*Le Procureur général d'Etat,*  
Jean-Pierre KLOPP

\*

107 Avis du Parquet, point 2.4.

108 Avis du Parquet, point 2.6.

109 Mém. A No 137, page 2850.

110 L'article 26, paragraphe 2, tel que modifié par cette loi, vise „*les affaires concernant les infractions consistant en des actes de blanchiment, ainsi que pour les affaires concernant des infractions aux articles 135-1 à 135-6 du Code pénal*“. Les articles 135-1 à 135-4 du code pénal visent des actes de terrorisme. Les articles 135-5 à 135-6 visent des actes de financement du terrorisme.

## AVIS DU PARQUET DE LUXEMBOURG

(15.12.2003)

### INTRODUCTION

Le Centre financier, principal pilier de l'économie nationale et à l'origine d'une partie de sa richesse, ne doit ni être ni être perçu comme un lieu de refuge pour les fonds criminels. C'est notamment parce que le Luxembourg s'est doté d'un dispositif de lutte antiblanchiment de pointe, entre autres quant à l'étendue des obligations professionnelles et sanctions en cas de manquement, que la pression de nos partenaires européens et dans le monde a diminué quelque peu au cours des dernières années. Il est vrai qu'on a parfois l'impression qu'il est demandé au Grand-Duché plus de rigueur qu'à d'autres pays, mais cela n'est-il peut-être pas dû aussi à certains excès ou excès de certains dans le passé?

Dans un contexte de pénalisation croissante, il n'est guère tolérable que des professionnels se trouvant en présence d'une infraction commise où en train de se commettre, ferment les yeux et continuent de rechercher ce qu'ils qualifient leurs „objectifs commerciaux“.

Il n'y a pas lieu de remettre en cause un acquis de maintenant 15 ans formulé notamment par le GAFI dans ses Quarante Recommandations et les Huit Recommandations Spéciales qui ont entre-temps été adoptées par plus de 130 pays et constituent la norme internationale en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, reconnue par le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale. Or, cette norme comporte justement comme pierre angulaire des mesures, sortant évidemment du droit commun, à prendre par les institutions financières et les entreprises et professions non financières en matière de vigilance et de collaboration avec les autorités.

\*

### 1. LES QUESTIONS DE FOND

#### 1.1. L'extension du champ des infractions primaires

Il peut être intéressant d'abord de voir, à quelles infractions sous-jacentes, à partir du moment que l'enquête diligentée a confirmé le soupçon exprimé, se rapportent les déclarations reçues, ainsi que les évolutions constatées.

	1998	1999	2000	2001	2002
Trafic de stupéfiants	42,8%	52,3%	37,0%	16,8%	9,6%
Corruption	4,7%	10,5%	11,1%	5,9%	0,7%
Traite des êtres humains	4,7%	4,7%	3,7%	/	0,7%
Enlèvement de mineurs	/	/	/	/	/
Armes et munition	4,7%	/	/	0,9%	/
Crimes/délits dans le cadre d'une organisation criminelle ou d'une association de malfaiteurs y compris le financement du terrorisme	28,8%	10,5%	7,4%	13,8%	20,0%
Criminalité générale (escroquerie, abus de confiance etc.)	19,0%	28,8%	40,7%	62,3%	68,8%

En alignant en quelque sorte le droit sur le fait, le projet de loi, en étendant le champ de ces infractions primaires, alors qu'il arrive souvent qu'un professionnel se lance dans l'analyse de l'infraction primaire ou suppose que l'infraction dont il a obtenu connaissance n'a pas été commise dans le cadre d'une association de malfaiteurs et n'opère pas de déclaration, ajoutera à la sécurité juridique du professionnel.

Quant à la définition du blanchiment, par rapport à la situation actuelle, l'ajout à la liste des infractions sous-jacentes le plus important constitue la référence générale à la catégorie des crimes. Cette référence vise à traduire la nouvelle exigence de la directive d'inclure „toute infraction susceptible de

généraliser des produits substantiels et qui est passible d'emprisonnement sévère, conformément au droit pénal de l'Etat membre". Pour définir ces „infractions graves“ la directive fait référence à la définition de l'action commune 98/699/JAI, correspondant actuellement à la décision-cadre 2001/500/JAI libellée comme suit:

„Les infractions graves doivent comprendre en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ou, dans les Etats dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois.“

Les nouvelles Quarante Recommandations du GAFI exigent de reprendre toute infraction grave définie ou bien par rapport à l'ensemble des infractions (c.-à-d. toute infraction pénale) ou bien par rapport à un seuil lié, soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine d'emprisonnement dont est passible l'infraction sous-jacente avec reprise au niveau du GAFI du libellé de la décision cadre UE, soit à une liste d'infractions sous-jacentes. Le GAFI exige qu'en tout cas l'ensemble des infractions sous-jacentes visées ci-dessus comprenne **au minimum** les catégories d'infractions suivantes explicitement énumérées:

- la participation à un groupe criminel organisé et à un racket,
- le terrorisme y compris son financement,
- la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants,
- l'exploitation sexuelle, y compris celle des enfants,
- le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes,
- le trafic d'armes,
- le trafic illicite de biens volés et autres biens,
- la corruption,
- la fraude et escroquerie,
- la contrefaçon de monnaie,
- la contrefaçon et le piratage de produits,
- les crimes contre l'environnement,
- les meurtres et les blessures corporelles graves,
- l'enlèvement,
- la séquestration et la prise d'otages,
- le vol,
- la contrebande,
- l'extorsion,
- le faux,
- la piraterie,
- les délits d'initiés et la manipulation de marchés.

Si l'approche du projet de loi correspond aux Recommandations du GAFI, il n'en reste pas moins que certaines catégories d'infractions ne sont pas encore visées directement. Il y aurait donc lieu, alors que l'élaboration du projet de loi sous avis était antérieure à la finalisation de la liste minimale du GAFI dans le cadre de la Révision des Quarante Recommandations au mois de juin 2003, de le compléter en ce sens.

Le parquet insiste sur l'ajout du délit d'initié et celui de la manipulation de marchés, infractions génératrices de produits substantiels, notamment en raison du fait que plusieurs déclarations d'opération suspecte et demandes de renseignements émanant de Financial Intelligence Unit („FIU“) étrangères ont déjà été reçues, mais où par la suite la collaboration internationale e. a. entre FIU a été difficile, en raison de l'absence de cette infraction primaire dans le dispositif luxembourgeois. Plusieurs commissions rogatoires internationales reçues en la matière confirment d'ailleurs que des professionnels de la place ont déjà été utilisés pour la perpétration de cette infraction et le blanchiment de son produit subséquent.

Il y a encore lieu de signaler la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime demandant que les États membres prennent les mesures nécessaires pour ne formuler ou ne maintenir aucune réserve concernant les articles ci-après de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990:

a) l'article 2, dans la mesure où l'infraction est punie d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an.

...

b) l'article 6, en cas d'infractions graves. Ces infractions doivent comprendre en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois.

Dans la mesure où l'intensification de la lutte contre la criminalité organisée n'est que le but recherché et que l'intention „ratio legis“ du législateur européen n'était pas de limiter cette extension du champ des infractions primaires à celles commises dans le cadre d'une organisation criminelle, ce qui semble être le cas, il y aurait lieu d'en tenir compte au niveau du projet de loi.

Pour mémoire on rappellera que dans le cadre des travaux préparatoires relatifs à l'adoption de la Convention dite EUROPOL, le Conseil d'Etat était d'avis qu'il résulterait indirectement mais nécessairement de la compétence d'EUROPOL pour le blanchiment de l'argent relatif aux infractions visées que chaque Etat devrait incriminer le blanchiment pour toute infraction relevant de la compétence d'EUROPOL. Or, par décision du Conseil (14195/01) avec effet au 1er janvier 2002 EUROPOL a été chargé de lutter contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention à savoir:

- atteinte à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté,
- homicide volontaire, coups et blessures graves,
- trafic illicite d'organes et de tissus humains,
- enlèvement, séquestration et prise d'otage,
- racisme et xénophobie,
- atteintes au patrimoine, aux biens publics et fraude,
- vols organisés,
- trafic illicite de biens culturels y compris antiquités et oeuvres d'art,
- escroqueries et fraudes,
- racket et extorsion de fonds,
- contrefaçon et piratage de produits,
- falsification de documents administratifs et trafic de faux,
- faux monnayage, falsification de moyens de paiement,
- criminalité informatique,
- corruption,
- commerce illégal et atteinte à l'environnement,
- trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs,
- trafic illicite d'espèces animales menacées,
- trafic illicite d'espèces et d'essences végétales menacées,
- criminalité au détriment de l'environnement,
- trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance.

Les protocoles 12999/00 du 15 novembre 2000 et 13650/03 du 4 novembre 2003 ne sont pas encore entrés en vigueur.

## 1.2. Les obligations professionnelles

Le projet de loi étend les obligations professionnelles ainsi que le champ des sanctions pour leur non-observation, tout en les précisant.

### 1.2.1. *L'étendue des obligations professionnelles*

Le projet étend et précise les obligations en matière d'identification et de maintien de la vigilance sans résoudre pour autant tous les problèmes rencontrés dans la pratique.

#### 1.2.1.1. *L'obligation d'identification et de maintien de la vigilance*

L'alinéa 2 du (1) de l'article 3 relatif à l'identification obligera les professionnels de recueillir dorénavant toutes informations destinées à réduire au mieux le risque d'être utilisés à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme dans le cadre de leur relation d'affaires et le b) du (1) de l'article 5 obligera le professionnel de se renseigner sur l'évolution du client, l'origine de ses avoirs, la nature, la finalité et les modalités de l'opération.

Si lesdites exigences vont au-delà du texte (mais certainement pas de l'esprit) de la Directive, les vues du Gouvernement luxembourgeois sont partagées notamment par le Gouvernement belge alors que dans le projet belge déposé le 31 octobre 2003, la définition des devoirs à exécuter a été reprise quasiment à la lettre du projet luxembourgeois.

L'identification du client englobera dès lors des informations complémentaires notamment sur les activités du client, la finalité de la relation d'affaires et, si nécessaire, l'origine des fonds. La connaissance de l'origine des fonds est nécessaire notamment mais non exclusivement dans le cadre d'une relation de gestion de fortune ou lorsque le client est une personne politiquement exposée. Pareilles informations font partie du profil du client et permettent de détecter des opérations suspectes.

Une fois l'identification réalisée, il importe de maintenir la vigilance afin de tenir compte de l'évolution de la situation du client et des opérations et de l'apparition éventuelle de nouveaux risques.

Il a été précisé dans l'exposé des motifs du projet belge, qui emploie donc en partie la même terminologie que le projet luxembourgeois, que la référence à la „nature“ d'une opération n'est pas à interpréter de manière restrictive, une référence aux „circonstances qui entourent l'opération“ et à la „qualité des personnes impliquées“ est ajoutée. L'examen d'une opération par rapport à la qualité des personnes impliquées peut notamment couvrir aussi bien le cas de „personnes exposées politiquement“, que celui de personnes en provenance de pays ou de territoires dont le dispositif antiblanchiment a été reconnu comme déficient et qui sont, dès lors, considérés comme pays et territoires non coopératifs par le GAFI (PTNC-NCCT).

Pour le parquet ces précisions apportées aux obligations d'identification et notion de soupçon sont essentielles.

Il apparaît en effet de la pratique que très souvent les professionnels, interrogés par le parquet, font comme si l'obligation d'identification se limite toujours à une photocopie de la carte d'identité et beaucoup de dossiers d'ouverture de compte, s'ils comportent une rubrique „origine des avoirs“ ne mentionnent que, de façon laconique, „épargne“. Par ailleurs le parquet constate que les déclarations des clients quant à l'origine de leurs avoirs ne font que rarement l'objet d'une vérification, fût-elle sommaire et cela nonobstant le fait que (cf. Customer due diligence du Comité de Bâle et normes du GAFI) tout établissement de crédit devrait entre-temps connaître ses obligations étendues en la matière. Les précisions dans la loi auront encore l'avantage de lever le doute sur la question de savoir si la non-conformité pour ce qui va au-delà de la photocopie du document d'identité, est sanctionnée.

Les précisions apportées quant au soupçon à leur tour sont nécessaires, alors qu'il arrive encore régulièrement que le professionnel essaie de justifier une non-déclaration par le fait que la ou les opérations que le client aurait effectuée(s) à Luxembourg en tant que telle(s) n'était/étaient pas suspecte(s).

Un exemple classique, qui s'est présenté à plusieurs reprises sur la place spécialisée e. a. dans le private banking, est que l'établissement justifie la non-déclaration d'un PEP („politically exposed person“), faisant la une des journaux pour être recherché par exemple pour trafic de stupéfiants, corruption, trafic d'armes etc. et qui a caché une partie de son butin à Luxembourg, par la considération que l'opération à Luxembourg (par exemple une gestion de fortune classique) n'est pas suspecte et qu'aucun

texte de loi n'exigerait un monitoring du client (et cela malgré les termes de la Circulaire CSSF 00/21 du 11 décembre 2000 portant complément aux Circulaires IML 94/112 et BCL 98/153).

#### 1.2.1.2. *Les obligations incombant aux notaires*

La question est posée pourquoi les notaires seront soumis au dispositif pour toute activité déployée, même en dehors du cadre notarial proprement dit alors que les avocats ne seront soumis aux nouvelles règles que lors de l'exercice d'activités limitativement prévues.

Le choix est sans aucun doute motivé, indépendamment de toute autre considération, par le fait qu'une mise à égalité avec les avocats aurait été pour les notaires un pas en arrière par rapport à la situation actuelle, qui aurait risqué de nuire à la réputation du système luxembourgeois qui a l'ambition d'être de pointe.

Cela étant dit, la profession notariale dans la perspective de la Cellule de Renseignement Financier („CRF“) est certainement une profession à risque.

Au Grand-Duché, entre le 1er janvier 1998 et la date d'aujourd'hui quelques 245.000 actes notariés ont été passés. Au cours de cette même période le nombre de déclarations d'opération suspecte opérées par les notaires est quasi nul (une déclaration en 1999 et une déclaration en 2003). Cela signifierait-il que les transactions immobilières ne soient pas utilisées à des fins de blanchiment?

Les autres FIU européennes ont fait des expériences contraires et de constater que la profession notariale continue à être de plus en plus sollicitée par les criminels.

La Cellule de Traitement des Informations Financières (C.T.I.F.) belge relève dans son 9e Rapport d'activité 2001/2002 que „l'intégration des fonds d'origine criminelle dans des actifs immobiliers est une technique fréquemment rencontrée dans les dossiers impliquant les milieux de la criminalité organisée, en particulier d'Europe centrale et orientale“.

Le rapport de Typologies 1998-1999 du GAFI relève que „nombre de ces groupes criminels apportent les revenus de leurs activités dans les pays membres du GAFI voisins en Europe où ils procèdent à d'importants investissements immobiliers“.

Par ailleurs, la tendance à utiliser la profession notariale est évoquée à l'heure actuelle par pratiquement tous les membres du GAFI/FATF.

Il a été affirmé qu'une identification du bénéficiaire réel ne s'imposait que pour les opérations ayant pour effet ou comme conséquence un transfert de biens ou de fonds au motif que le risque de blanchiment de capitaux (ou de financement du terrorisme) ne pourrait se concevoir que par rapport à des opérations entraînant directement ou indirectement un transfert de capitaux au sens large. Or, il existerait quantité d'actes notariés n'étant pas rattachés d'une façon quelconque à un transfert de fonds ou de biens et, où donc la recherche du bénéficiaire réel ne serait d'aucune utilité.

Le parquet ne partage cette vue restrictive alors que le soupçon peut manifestement naître à l'occasion de la passation d'autres actes.

A titre d'exemple, on peut citer le cas d'espèce récent où un notaire a été sollicité pour une légalisation de signature devant permettre à une compagne d'obtenir procuration sur un compte bancaire de son compagnon. Le notaire déclare l'affaire au parquet alors qu'il a appris par hasard que ledit compagnon serait incarcéré à Schrassig. Les vérifications de la CRF confirment que sur le compte en question se trouve une partie du butin d'une série de hold-ups commis en association de malfaiteurs dans le sud du pays.

#### 1.2.1.3. *Les problèmes résultant d'une dispense d'identification*

Si le paragraphe 5 de l'article 3 du projet ne change pas par rapport à l'actuel article 39 (5) de la loi relative au secteur financier et reprend tel quel le texte de la Directive, il doit être signalé que dans la pratique il peut causer problème.

En effet, il arrive régulièrement que dans le cadre de ses investigations la CRF souhaite identifier le client d'un établissement de crédit client auprès d'un établissement de la place. Ce dernier n'ayant pas opéré l'identification, la communication du résultat de celle-ci est souvent refusée par l'établissement-client en se basant sur ses propres lois en matière de secret bancaire. Une voie qui serait ouverte pour la CRF serait d'interroger la FIU étrangère dans le pays de l'établissement-client. Or, il existe des pays où



la FIU n'a pas la possibilité d'aller enquêter de sa propre initiative dans les établissements de crédit. La seule alternative serait l'ouverture d'une instruction judiciaire au niveau national en vue d'ultérieurement pouvoir envoyer une commission rogatoire internationale au pays de l'établissement-client. Le plus souvent la CRF ne dispose cependant pas de suffisamment d'éléments justifiant l'ouverture d'une telle instruction.

Compte tenu du fait que le projet de loi correspond à la Directive, la CRF doit bien accepter la situation qui devient cependant problématique à partir du moment qu'on constate que la structure de l'établissement-client (implanté dans un pays à secret bancaire fort et doté d'une FIU à faibles moyens d'investigation) a ouvert un compte auprès de l'établissement luxembourgeois, uniquement et dans le seul but de mettre en place cet écran supplémentaire quasiment impossible à percer.

### **1.2.2. La sanction des obligations professionnelles**

Si des sanctions rigoureuses pour les cas de violation des obligations professionnelles s'imposent, au vu des arguments pour et contre la pénalisation de celle-ci, le parquet s'exprime en faveur du maintien du statu quo.

#### *1.2.2.1. La nécessité de sanctions rigoureuses*

Le fait que jusqu'à présent quelques trente enquêtes pour violation des obligations professionnelles ont dû être ouvertes, montre bien que la question n'est pas seulement théorique. Les infractions constatées ne sont pas seulement commises par une infime minorité de professionnels et ne sont pas que des peccadilles.

Il ne fait pas l'ombre d'un doute que la découverte dans notre pays d'un seul compte terroriste à l'initiative d'une autorité étrangère et avant que notre propre dispositif ne l'eût découvert, aurait eu des répercussions catastrophiques pour toute la place financière. Les comportements de nombreux établissements dans l'après-septembre 2001 montrent cependant que la rigueur au niveau de la sanction des violations des obligations professionnelles doit absolument être maintenue.

A titre d'exemple on peut relever que de nombreux établissements de crédit ont mis de 2 à 3 mois pour procéder aux vérifications par rapport aux noms de terroristes présumés communiqués par circulaire, que plusieurs établissements ont mis presque 2 ans pour mettre en place des systèmes de contrôle des noms communiqués quelque peu performants et qu'un PSF avait „oublié“ de procéder à une vérification de noms de terroristes présumés pendant 1 an et demi. Un établissement de crédit n'a dénoncé un cas suspect de financement de terrorisme signalé par circulaire qu'après plusieurs mois en attendant qu'il n'était plus lui-même dans le risque financier. Pour 5 des 78 circulaires émises en matière de lutte contre le terrorisme et son financement, le parquet pour des raisons inhérentes à l'enquête avait demandé aux professionnels non seulement de se manifester pour le cas où ils auraient un client suspect par rapport à la liste, mais également de lui faire savoir si aucun lien n'a été découvert. Seulement 50% des professionnels ont répondu à cette demande. Une vingtaine d'établissements de crédit après qu'une circulaire avait renvoyé à une réglementation de l'UE avec une liste de terroristes présumés annexée (en précisant la référence exacte de la publication au Journal Officiel des Communautés Européennes) ont, après plusieurs semaines seulement téléphoné à la CRF, pour demander où il pourraient se procurer ledit Journal Officiel, ce qui implique que les recherches et vérifications n'avaient à ce moment même pas encore été entamées. Ces cas de figure se présentent encore aujourd'hui où on est à la 24<sup>ème</sup> circulaire du genre ce qui permet la question si les professionnels ont effectué la moindre vérification les 23 précédentes fois. Par sa Circulaire 15/01 SAB du 15 octobre 2001, la CRF avait, pour améliorer et accroître la rapidité de la communication dans le domaine sensible du terrorisme et de son financement, demandé aux professionnels de lui indiquer leur adresse e-mail. Plus de 50% des professionnels n'ont pas réservé de suite à cette demande.

#### *1.2.2.2. L'interdiction du „tipping off“*

En suivant la Recommandation 14 du GAFI, la loi luxembourgeoise actuelle interdit déjà aux professionnels, à leurs dirigeants et à leurs salariés de divulguer le fait qu'une déclaration d'opération suspecte ou des informations connexes ont été portées à la connaissance de la CRF. Le risque existe que le client soit involontairement informé lorsque le professionnel s'efforce de remplir ses obligations de vigilance

relatives à la clientèle dans ces circonstances. Le fait que le client soit informé d'une éventuelle déclaration d'opérations suspectes ou d'une éventuelle enquête pourrait compromettre les efforts ultérieurs d'enquête portant sur les opérations pour lesquelles il y a soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

Il a été argué que si le professionnel identifie une opération suspecte impliquant le client d'un client professionnel, il pourrait communiquer avec son client dans la phase de collecte des informations dite „fact finding“ et qu'il serait alors normal qu'à la suite des questions lui posées le client du professionnel opère à son tour une déclaration.

Il résulte cependant très clairement des Notes Interprétatives des Quarante Recommandations du GAFI que si le professionnel peut raisonnablement considérer qu'en s'acquittant de son devoir de vigilance relatif à la clientèle, il alerterait le client ou futur client, il pourra choisir de ne pas accomplir cette procédure et devrait alors effectuer une déclaration d'opération suspecte.

En clair cela veut dire qu'il ne s'agit pas de pousser les questions au client, concerneraient-elles le client du client, au niveau du „fact finding“ trop loin, alors que le professionnel ne saura jamais avec certitude si le client (professionnel) est de bonne foi ou non.

La CRF sait qu'elle ne saura jamais ce qui se sera effectivement dit entre le professionnel et son client (professionnel). La CRF a cependant déjà été confrontée à des situations où il était difficile de ne pas croire à un „tipping off“ ou information passée par le professionnel à son client de ce qu'il allait opérer une déclaration d'opération suspecte, sinon du moins une concertation à ce sujet.

Trois cas d'espèce illustrent parfaitement ce qui précède:

1. En date du 20 mai 2003, un professionnel de la place appartenant à un groupe international, actif surtout dans le domaine de la révision, opère une déclaration d'opération suspecte pour un éventuel soupçon de financement du terrorisme, ceci au sujet d'un actionnaire dans une SICAV en voie de liquidation. Le 21 mai 2003 la banque dépositaire, l'agent administrateur ainsi que le domiciliataire opèrent chacun à son tour une déclaration relative au client en question. De l'aveu de ces trois derniers professionnels ils étaient au courant de ce qu'il s'agissait d'un client à risque spécifique depuis septembre 2001.
2. Le 19 novembre 2003, la CRF notifie à un établissement de crédit qui n'avait pas effectué de déclaration d'opération suspecte un ordre de blocage en attendant la saisie des fonds dans le cadre d'une CRI dans une affaire d'escroquerie à très large échelle qui lui vient d'être annoncée par une autorité judiciaire étrangère. A la même date le Parquet signale à l'établissement en question qu'il vient d'ouvrir une enquête pour violation de ses obligations professionnelles, alors que l'affaire était de notoriété internationale depuis le 29 octobre 2003. Dans une première prise de position du 26 novembre 2003, l'établissement fait savoir que le client lui avait initialement été adressé par son réviseur externe. Le 28 novembre 2003, un autre établissement de crédit opère une déclaration d'opération suspecte pour l'affaire en question. Il doit être relevé que le même réviseur d'entreprises avait aussi un mandat de la part de ce deuxième établissement.
3. Le 20 octobre 2003, la CRF contacte un établissement de crédit dans le cadre d'un cas suspect lui signalé par une FIU étrangère impliquant les comptes de clients d'un PSF auprès de cet établissement de crédit. Le 22 octobre 2003, le PSF opère une déclaration d'opération suspecte et cela sans que le cas suspect ne soit de notoriété.

#### 1.2.2.3. *L'extension du champ d'application des sanctions*

Sous réserve de ce qui sera précisé infra sub „1.2.2.5 La nature de la sanction“, le parquet approuve expressément le fait que l'obligation de disposer d'une organisation interne adéquate soit sanctionnée, alors que la pratique montre, notamment au niveau de la détection du soupçon et du traitement du cas subséquent, que très souvent des infractions préjudiciables à l'enquête sont commises (par exemple un „tipping off“ du client, l'exécution de l'opération conjointement à la déclaration au Parquet etc.) par un personnel subalterne non qualifié et non formé en la matière. Ainsi pourra-t-on sanctionner ceux qui sont à l'origine de cette situation déplorable et ne pas se limiter à l'avenir à la poursuite du „lampiste“. L'introduction en droit luxembourgeois de la responsabilité pénale des personnes morales permettra à son tour de pallier à certains des inconvénients ci-avant mentionnés.

#### 1.2.2.4. *La nuance au niveau des sanctions*

Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 11 août 1998 que la violation des obligations professionnelles est une infraction matérielle qui est donnée indépendamment de tout élément moral. Or en pratique et toujours sous réserve de ce qui sera précisé infra sub „1.2.2.5 La nature de la sanction“ et partant d’un système de sanctions pénales, il serait équitable de pouvoir différencier davantage celui qui se rend coupable d’une telle violation par oubli, inadvertance, manque de formation etc. de celui qui commet l’infraction dans une intention frauduleuse, auquel cas une peine d’emprisonnement devrait pouvoir se concevoir. Si à l’étranger on considère souvent que les actes commis dans une intention frauduleuse s’analysent en complicité de l’infraction de blanchiment, le parquet veut bien admettre qu’il ne s’agit pas toujours d’aller aussi loin, alors qu’il est théoriquement concevable que le professionnel n’entendait pas nécessairement aider le blanchisseur mais voulait parfois veiller à ses propres intérêts financiers. Il ne fait par contre pas de doute que si par exemple une non-observation d’une interdiction d’exécuter une opération n’est sanctionnée que par une amende, le dispositif n’a guère d’effet dissuasif.

#### 1.2.2.5. *La nature de la sanction*

S’il y a autant d’arguments pour assortir la violation des obligations professionnelles de sanctions administratives que de sanctions pénales, il est un fait qu’à l’heure actuelle davantage de pays appliquent le premier système que le deuxième.

On ne peut cependant pas faire abstraction ni du contexte spécifiquement luxembourgeois et de son évolution à ce jour, ni des évolutions en cours au niveau international.

- Le fait d’ériger en 1998 la violation des obligations professionnelles en infraction pénale à part, indépendamment de tout contexte de blanchiment, assortie seulement d’une amende était déjà un allègement considérable (opéré à la demande des professionnels) par rapport à la situation antérieure où la seule violation de ses obligations professionnelles dans le cadre d’un blanchiment opéré par un tiers pouvait engendrer une inculpation du professionnel comme blanchisseur.
- Le fait de sortir complètement la sanction des violations des obligations professionnelles du dispositif pénal pourrait s’interpréter comme un pas supplémentaire en arrière qui risque d’être mal interprété tant par l’opinion internationale en général que par les organismes internationaux tels que le FMI, le GAFI, l’OCDE régulièrement amenés à évaluer l’efficacité de notre dispositif, en particulier.
- La nécessité de combattre le blanchiment des fonds criminels n’est ressentie au niveau des professionnels que de façon lente et progressive et le fait de ne plus assortir la violation des obligations de sanctions pénales, leur ferait perdre une bonne partie de leur effet dissuasif.
- Certaines des violations constatées sont graves (par exemple „un tipping off“, l’exécution d’une opération malgré un ordre de blocage etc.) et le fait de les assortir uniquement de sanctions administratives pourrait amener les autorités de poursuite à considérer plus facilement le professionnel comme complice du blanchisseur, avec tous les effets négatifs que cela comporterait notamment au niveau de sa réputation.
- Si dans le cadre de l’exercice de la Révision des Quarante Recommandations du GAFI finalisé en juin 2003 les deux systèmes c.-à-d. tant celui des sanctions pénales que celui des sanctions administratives ont été maintenus côte à côte, il a résulté des discussions ayant eu lieu au sujet de la question, qu’il y a une tendance de plus en plus généralisée de favoriser la pénalisation.
- Même des pays ayant dans le passé opté pour un système de sanctions administratives, ont entre-temps introduit pour des violations graves (par exemple un „tipping off“) des sanctions pénales (par exemple la France).

#### 1.2.2.6. *Le principe de la spécialité*

Le parquet souligne tout d’abord que la non-limitation par une règle de la spécialité, tant clef de voûte que caractéristique d’un système de lutte antiblanchiment judiciaire, a déjà permis à plusieurs reprises de poursuivre, sur base des informations collectées comme CRF, des affaires de droit commun importantes dont un dossier de détournement de sommes considérables au détriment d’une multitude de petits épargnants, ce qu’une CRF du type administratif soumise à une règle de spécialité n’aurait pas pu faire.

Néanmoins la question se pose si le professionnel de par son obligation de collaborer ne serait pas en quelque sorte obligé de „s'autodénoncer“ au parquet, à partir du moment où le cas soupçonné de blanchiment à déclarer comporte en même temps un volet de violation des obligations professionnelles et accessoirement celle si le parquet remplissant d'une part les fonctions de CRF et d'autre part celle d'autorité de poursuite pour la violation des obligations professionnelles, ne serait en même temps „juge et partie“.

Une enquête pour violation des obligations professionnelles peut être déclenchée non seulement suite à la réception d'une déclaration d'opération suspecte par le professionnel lui-même, mais sur base de renseignements obtenus soit dans des déclarations d'autres professionnels, soit émanant de tiers, soit d'autres autorités antiblanchiment ou de commissions rogatoires internationales. Ensuite une violation d'une obligation professionnelle peut être découverte dans le cadre d'une enquête pour blanchiment où c'est la CRF qui prend l'initiative d'approcher le professionnel. Finalement une faute professionnelle peut être concomitante à la déclaration (par exemple exécution de l'opération suspecte parallèlement à la déclaration à la CRF) voire postérieure (par exemple un „tipping off“ ou encore un non-respect de l'interdiction d'exécuter l'opération).

Dans le cadre d'une enquête déclenchée pour violation des obligations professionnelles dans un tel scénario, qui jusqu'à présent a été le cas de figure de loin le plus fréquent (20 cas sur les 30 enquêtes déclenchées) et ne comportant donc aucun aspect „d'autodénonciation“, il découle du droit commun que le professionnel n'est pas obligé de collaborer sur base des obligations afférentes lui imposées par sa loi professionnelle respective mais, à partir du moment qu'un soupçon de base de violation de ses obligations se cristallise et qu'une enquête préliminaire de ce chef est diligentée, conformément aux règles du code d'instruction criminelle et en respectant les droits de la défense, contre le professionnel concerné, il a le droit de se taire. Il est vrai que dans le cadre d'une telle enquête préliminaire le professionnel suspect a toujours le choix, comme tout suspect, de collaborer volontairement avec les enquêteurs. En cas d'absence de collaboration, il ne restera au parquet en cas de nécessité de mesures coercitives que de saisir le juge d'instruction.

Reste donc le cas où, en dehors des situations visées ci-avant, le professionnel de sa propre initiative et sans que le parquet ne l'ait préalablement contacté pour lui signaler des éléments de suspicion de blanchiment par rapport à un de ses clients, opère une déclaration d'opération suspecte et ce faisant porte implicitement à la connaissance de la CRF une infraction antérieurement commise. Conformément à l'article 5 (4) du projet de loi, le professionnel dans ce cas bien précis n'est-il pas exempt de toute responsabilité? Il doit être rappelé dans ce contexte que l'article 41 (6) de la loi relative au secteur financier constituait uniquement une exception quant à la violation du secret bancaire, tandis que l'article 5 (4) visant la divulgation de bonne foi figure dans le projet sub „L'obligation de coopérer avec les autorités“. Il doit néanmoins être relevé que l'article 5 (4) continue de se référer à une violation d'une restriction à la divulgation d'informations et que la Recommandation 14 a) du GAFI et l'article 9 de la Directive ne demandent une protection que par rapport aux violations des règles de confidentialité.

\*

## **2. LES QUESTIONS DE MISE EN APPLICATION ET DE PROCEDURE**

Les nouvelles étendues des infractions primaires et des obligations professionnelles ainsi que de leur sanction ayant été fixées, reste à préciser quelle autorité opérant selon quelles procédures doit être chargée de la fonction de CRF.

### **2.1. L'autorité à laquelle il convient de confier la fonction de CRF**

En ce qui concerne les compétences du parquet de Luxembourg en matière de lutte antiblanchiment, le projet sous avis ne touche pas à l'acquis qui a fait ses preuves.

Le parquet remplit les fonctions de CRF depuis 1993 et ce n'est pas le projet soumis à avis qui innoverait. Le parquet confirme que l'expérience pratique sur une dizaine d'années montre que le système est efficace. Cette efficacité est d'ailleurs reconnue par de nombreux pays qui ont un système administratif et qui considèrent le fait de confier cette tâche à une autorité judiciaire ou policière comme un énorme avantage dans la lutte contre le blanchiment d'argent.

Dans ce contexte il y a lieu de rappeler qu'en 1993 quand la question de l'implantation de la CRF était posée, c'étaient ceux qui aujourd'hui demandent que les fonctions de CRF soient confiées à une

autorité administrative qui s'étaient prononcés contre une telle autorité. Il est vrai que si le Conseil d'Etat avait à un moment donné fait une proposition en ce sens, cela était essentiellement dû au fait que le projet de loi initial du Gouvernement imposait au Procureur d'Etat une règle de spécialité à laquelle le Conseil d'Etat s'opposait formellement.

D'après la Commission des Finances et du Budget en 1993, les représentants du secteur financier eux-mêmes auraient apprécié à leur juste valeur les risques majeurs inhérents à la création d'un „filtre“ tel que préconisé par le Conseil d'Etat „estimant ... qu'un impact psychologique positif devrait pouvoir être obtenu auprès de la clientèle par l'assurance qui lui sera donnée de ne pas côtoyer des criminels dans les établissements de la place et par une meilleure délimitation des opérations considérées comme ayant une connotation pénale et ressortissant donc du Procureur“.

La solution préconisée par la Commission des Finances et du Budget et finalement retenue par le Parlement en 1993, après avoir „examiné avec un soin particulier“ la question de savoir s'il convenait d'imposer au parquet une règle de spécialité et avoir „ensemble avec le Gouvernement et toutes les parties intéressées“, „pesé le pour et le contre“, en „recueillant toutes les réactions aux deux formulations possibles“, était donc de confier la mission de CRF au parquet et de ne pas lui imposer une règle de la spécialité.

D'ailleurs le fait de confier les fonctions à une entité administrative composée de fonctionnaires n'aurait de toute façon pas eu pour effet d'abroger les dispositions de l'article 23 (2) du code d'instruction criminelle dont l'application est d'ordre public bien que non assortie de sanction. Dans ce contexte la Commission des Finances et du Budget en 1993 a relevé que „s'il est inconcevable pour le Procureur de fermer les yeux sur une infraction qu'il aurait apprise par une information sur un fait erronément considéré comme un indice de blanchiment, il est également inconcevable pour une autorité constituée, un officier public ou un fonctionnaire, de taire un crime ou un délit dont il aurait connaissance à l'occasion de la lutte contre le blanchiment“.

Il résulte en outre des travaux préparatoires de la loi du 11 août 1998, donc à une époque où la CRF fonctionnait déjà depuis 5 ans au sein du parquet, qu'aucune des sept instances ayant émis un avis (Conseil d'Etat, Institut Monétaire, Institut des Réviseurs d'Entreprises, ABBL, Association des Compagnies d'Assurances du Grand-Duché de Luxembourg, Chambre des Notaires, Commission Juridique de la Chambre des Députés) n'avait mis en cause le système existant. Bien au contraire résulte-t-il desdits travaux qu'il était considéré comme tout à fait normal et inhérent au système qu'il appartient à la CRF, au moment de recevoir les déclarations, d'apprécier en même temps et sur base des éléments reçus, s'il y a soupçon de base de commission d'une violation d'une obligation professionnelle.

Le parquet se refuse à croire que ce qui a tout à coup motivé la volte-face actuelle des professionnels, c'est qu'entre-temps quatre condamnations à des amendes soient intervenues en la matière et que la CRF a confirmé dans son Rapport pour les exercices 2001 et 2002 que plusieurs enquêtes sont encore en cours de ce chef en fournissant une typologie de quelques-unes des infractions constatées.

Il résulte de toutes ces considérations qu'il n'y a pas lieu de confier la fonction de CRF à une autorité administrative. Une autre solution à laquelle on aurait pu penser aurait consisté à subordonner la poursuite de la violation des obligations professionnelles à une dénonciation de la part de l'autorité de surveillance. Cette solution serait cependant impraticable alors qu'elle comporterait le risque de mettre le parquet dans la situation d'avoir connaissance de l'infraction (par exemple acquise dans le cadre d'informations reçues de tiers) sans pouvoir agir, faute d'une dénonciation de faits déjà connus par elle de la part de l'autorité de surveillance. Par ailleurs, une telle solution créerait-elle une inégalité par rapport aux professions non soumises à une surveillance prudentielle.

Il a été soutenu que le parquet serait considéré comme organe administratif quand il agit comme CRF et qu'aucun recours, ni devant une juridiction de l'ordre judiciaire, ni devant une juridiction administrative ne serait possible. Sans souscrire à ce raisonnement, cela d'autant plus que l'appréciation de cette question juridique n'entre pas dans le champ du présent avis, et indépendamment de la question si effectivement dans ce contexte les décisions du parquet relevaient de l'ordre administratif, elles ne seraient pas susceptibles de recours, le parquet fait remarquer que d'après la seule jurisprudence rendue à un niveau élevé et dans une affaire de référé-voie de fait, introduite contre un blocage de fonds opéré par le parquet, le parquet n'aurait pas agi en tant que fonctionnaire représentant l'administration mais en tant qu'autorité judiciaire, le juge des référés étant par ailleurs incompétent pour statuer sur des questions qui relèveraient de la compétence pénale des juridictions répressives (CSJ 16 avril 2002 rôle 26238).

## 2.2. Les compétences spéciales du parquet en la matière

Il n'y a pas lieu de s'attarder longuement sur l'étendue des pouvoirs confiés au parquet en matière de lutte antiblanchiment d'après la législation actuellement en vigueur, alors que le projet de loi, pour autant qu'elles devraient encore l'être, clarifie les choses.

Pour le parquet il n'a jamais fait de doute qu'en transposant la Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, le législateur de 1993 a voulu conférer au parquet en tant que CRF des prérogatives spéciales dans la lutte antiblanchiment qu'il n'a pas en droit commun, dont notamment le droit dans le cadre d'une enquête pour blanchiment, sans aller jusqu'à lui permettre de prendre des mesures coercitives, réservées au juge d'instruction, de demander sur base de l'article 40 (2) premier tiret de la loi relative au secteur financier (et des dispositions correspondantes dans les autres lois professionnelles respectives) toutes les informations nécessaires pour l'enquête en question. Le professionnel ne peut alors pas opposer le secret bancaire et a l'obligation professionnelle de collaborer.

Le parquet n'a cependant pas compétence – contrairement aux opinions et craintes exprimées dans ce contexte – pour opérer en l'absence d'un soupçon de base des contrôles systématiques ou de routine. En ce faisant il commettrait une illégalité viciant la procédure. La CRF ne peut par exemple pas demander de façon générale à un professionnel la liste de tous les constats faits au sujet de comportements que celui-ci aurait considéré comme suspects au niveau de ses clients ou clients de ses clients. Le parquet ne peut par ailleurs pas utiliser les prédites prérogatives et ne l'a jamais fait dans le cadre d'une affaire de droit commun, non liée au blanchiment.

Le fait de procéder en raison de l'envergure et de l'enjeu en cause par voie de circulaire, n'est évidemment pas assimilable à un contrôle de routine alors que sont toujours visées des personnes bien déterminées contre lesquelles il y a des soupçons concrets. Tel a notamment été le cas en matière de terrorisme et de son financement.

## 2.3. Le retour d'information

Il n'y a pas lieu de confondre le temps de réaction du parquet suite à une déclaration d'opération suspecte pour informer le professionnel s'il peut libérer les fonds ou s'il doit opérer un blocage et ce qu'en la matière on qualifie généralement du terme consacré de feedback/retour d'information en général ainsi que l'information du professionnel sur les suites réservées à sa déclaration et en particulier si le soupçon déclaré s'est avéré fondé ou non en particulier.

Il échet de constater que pour 40% des déclarations le parquet communique sa décision au professionnel le jour même de la réception de la déclaration, dans 47% des cas supplémentaires le lendemain et dans 8,5% de cas le surlendemain. Il en résulte que dans 87% des cas, le professionnel est fixé endéans les 24 heures de la réception de sa déclaration à la CRF et dans 95% des cas dans les 48 heures. Il est difficile avec les moyens actuels de faire mieux.

### 2.3.1. La première réaction de la CRF

L'expérience montre que les déclarations de soupçon sont très souvent motivées par une demande de retrait/rachat, plus particulièrement dans le domaine des assurances-vie, et rarement par l'origine des avoirs et l'évolution du client. A cela s'ajoute que souvent un soupçon au sujet d'un client ou de l'origine de ses avoirs dont les éléments sont à la connaissance du professionnel pendant des mois, voire des années ne se concrétise par une déclaration de soupçon qu'au moment d'une demande de retrait des avoirs. Il est vrai qu'en pratique les magistrats de la CRF voient souvent un soupçon de blanchiment dans les rachats partiels fréquents et répétés accompagnés de souscriptions/versements quasi simultanés, donc une assurance fonctionnant, bien au-delà d'un produit financier, comme un compte courant, tandis que pour beaucoup d'assureurs ce n'est que le rachat total qui devient suspect c'est-à-dire concrètement quand l'assureur-vie est sur le point de perdre le client.

Il est regrettable que dans une grande partie des cas, le professionnel signale au parquet son intention de déclarer par téléphone la veille du rendez-vous fixé au client qui veut prélever ses avoirs. Il est évident qu'à ce moment-là, et sauf pour la banque de repousser le rendez-vous pour les besoins de l'enquête sans éveiller le soupçon du client, la CRF ne peut pas matériellement recueillir suffisamment d'éléments permettant de motiver une décision de blocage.

### **2.3.2. Le feedback général**

Quant à ce qui est désigné dans la terminologie consacrée par „retour d'information/feedback“, il est stipulé à la Recommandation 25 du GAFI que les autorités compétentes devraient établir des lignes directrices et assurer un retour d'information qui aidera les institutions financières et les entreprises et professions non financières désignées à appliquer les mesures nationales de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et notamment à détecter et déclarer les opérations suspectes.

Le GAFI recommande que:

- des statistiques soient conservées sur les déclarations de transactions suspectes et sur les résultats obtenus à partir de ces déclarations ainsi que des ventilations appropriées sur l'information disponible,
- les statistiques sur les déclarations reçues soient recoupées avec les résultats de façon à identifier les secteurs dans lesquels le blanchiment de capitaux et d'autres activités criminelles ont été détectés avec succès,
- les moyens technologiques soient utilisés au maximum,
- des statistiques complètes soient publiées au moins une fois par an,
- les nouvelles méthodes ou techniques de blanchiment de capitaux, de même que les tendances en matière de techniques existantes soient décrites et identifiées et que les institutions financières et d'autres entités soient informées de ces tendances et techniques,
- les informations en retour sur les tendances et les techniques publiées par les organismes internationaux soient extraites et incluses dans la rétroinformation fournie par les SRF nationaux uniquement si elles sont particulièrement pertinentes, mais les institutions déclarantes devraient avoir connaissance de la façon avec laquelle de telles informations sont accessibles.

Quant à ce feedback général prévu à l'article 14 du projet de loi modifiant l'article 13 de la loi sur l'organisation judiciaire, la CRF s'est déjà dans le passé efforcé à faire un maximum. Il est renvoyé notamment aux nombreuses formations „in house“ des professionnels où la CRF participe dans les limites de ses disponibilités ainsi qu'aux Rapports périodiques publiés par la CRF et finalement aux activités détaillées au „Chapitre IV: Représentation et activités extérieures“ du Rapport pour 1998, 1999 et 2000 et au „Chapitre VIII: Les représentations et activités extérieures“ du Rapport pour 2001 et 2002.

### **2.3.3. Le feedback spécifique**

Le GAFI recommande que dans la mesure du possible, le retour d'information spécifique suivant soit fourni:

- toute déclaration devrait faire l'objet d'un accusé de réception par le service de renseignements financiers,
- si la déclaration donne lieu à une enquête complémentaire, il conviendrait d'aviser l'institution de l'organisme chargé de cette tâche, si cet organisme n'estime pas que cela aurait des effets néfastes sur l'enquête,
- et lorsqu'une affaire est classée ou terminée, soit que les poursuites aient été menées à leur terme ou parce qu'on a établi que la déclaration était relative à une transaction légitime ou pour toute autre raison, l'institution devrait être informée de la décision prise ou des résultats obtenus.

Il est universellement admis, y compris par le GAFI lui-même, que ce retour d'information a comme limite les droits de l'homme, les droits de la défense, les droits à la protection de la vie privée, l'impératif de ne pas nuire à l'enquête etc. Comme cependant une majeure partie des informations collectées par la CRF se rapportent à ce qui est généralement qualifié de „renseignement“ ou „intelligence“ et ne comporte pas encore de condamnation coulée en force de chose jugée, il est souvent difficile de communiquer dans un cas particulier au professionnel le résultat de l'enquête.

Néanmoins la CRF, à l'issue du traitement de chaque dossier, communique au professionnel si l'enquête a confirmé le soupçon de blanchiment ou non et même au-delà si le suspect est connu des autorités étrangères dans le cadre de la criminalité spécifique ou économique générale, permettant ainsi aussi au professionnel de se prononcer sur l'opportunité d'un maintien de la relation.

#### 2.4. L'aménagement de la charge de la preuve

Le travail de transposition de la directive devant être mis à profit pour améliorer le dispositif luxembourgeois de lutte antiblanchiment et le financement du terrorisme, le parquet propose de le faire encore davantage par l'introduction d'un aménagement de la charge de la preuve à l'instar de ce qui s'est déjà fait dans beaucoup de pays étrangers.

On doit noter que la très grande majorité des déclarations concerne des personnes ou entités établies à l'étranger sans activité au Grand-Duché de Luxembourg de sorte que les renseignements sur d'éventuels agissements criminels ayant généré des biens qui feraient l'objet d'actes de blanchiment au Luxembourg doivent être recherchés hors du territoire, ce qui ne facilite pas les choses et d'où l'importance d'une collaboration étroite avec les services étrangers. A cela s'ajoute que le principe de la non-extradition des nationaux, sous réserve des exceptions qui découleront de l'introduction du mandat d'arrêt européen, rendrait souvent sinon illusoire du moins inefficace les poursuites pour blanchiment au Grand-Duché. Dans ce contexte il est relevé que pour un nombre total de suspects au cours de la période de 1998 à 2002 de 2.506, seulement 243 soit 9,6% sont des résidents luxembourgeois. La CRF considère que sa mission consiste aussi à transmettre les informations dont elle dispose par les biais des déclarations d'opération suspecte aux autorités étrangères compétentes, leur permettant des poursuites dans leurs pays respectifs.

Cela étant dit et nonobstant ce qui précède il échet de concéder que le nombre de poursuites actuelles (entre 1990 et 2003 seulement trois affaires de blanchiment n'ont été jugées au Luxembourg) est trop bas, notamment par rapport à l'étranger. Une des explications, mais certainement pas la seule, sont les difficultés rencontrées au niveau de la preuve de l'origine criminelle des fonds. Dans ce contexte le parquet avait relevé dans son rapport pour les exercices 1998, 1999 et 2000 qu'une des deux affaires de blanchiment jugées au cours de la période de référence a abouti à un acquittement au motif que le Ministère Public n'aurait pas rapporté la preuve de l'origine criminelle des fonds et a fortiori de la connaissance de cette origine dans le chef du prévenu. De lege ferenda la CRF avait préconisé, un réaménagement de la charge de la preuve à partir de l'existence d'un soupçon qualifié, seul susceptible de combattre tant soit peu efficacement cette forme de criminalité.

La question de l'aménagement de la charge de la preuve a encore été évoquée dans le rapport de la CRF pour les exercices 1998, 1999 et 2000 en rappelant que plusieurs pays ont déjà légiféré en la matière ou sont en train de le faire et que le mécanisme est d'ores et déjà prévu dans des conventions internationales dont la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 signée par le Luxembourg à Palerme le 13 décembre 2000, ainsi que la Convention de Vienne.

Conformément à la Recommandation 3 du GAFI, les pays devraient adopter des mesures similaires à celles indiquées dans les Conventions de Vienne et de Palerme, y compris des mesures législatives, afin que leurs autorités compétentes soient en mesure de confisquer les biens blanchis, les produits découlant du blanchiment de capitaux ou des infractions sous-jacentes, ainsi que les instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre ces infractions, ou des biens d'une valeur équivalente, sans préjudice du droit des tiers de bonne foi. De telles mesures devraient permettre (a) d'identifier, retrouver et estimer les biens faisant l'objet d'une mesure de confiscation; (b) de mettre en oeuvre des mesures provisoires, telles le gel et la saisie, afin de faire obstacle à toute transaction, transfert ou cession de ces biens; (c) de prendre des mesures pour empêcher ou annuler des actes visant à priver l'Etat de sa faculté à recouvrer des biens faisant l'objet d'une mesure de confiscation; et (d) de prendre toutes les mesures d'enquête appropriées. Le GAFI de préciser que les pays peuvent envisager d'adopter des mesures permettant la confiscation de tels produits ou instruments sans condamnation pénale préalable, **ou des mesures faisant obligation à l'auteur présumé de l'infraction d'établir la preuve de l'origine licite des biens présumés passibles de confiscation**, dans la mesure où une telle obligation est conforme aux principes de leur droit interne.

En septembre 1996, l'Université de Gand avait été chargée par le Gouvernement belge de procéder à une étude portant notamment sur „le renversement de la charge de la preuve concernant l'origine de choses dont on soupçonne qu'elles sont le produit d'une activité liée à la criminalité organisée“. L'étude, dont le rapport de recherche définitif avait été remis au ministère de la Justice belge fin 1997, contenait l'étude de la problématique générale du „renversement“ de la charge de la preuve, une vaste étude de droit comparé ainsi qu'une analyse de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine belges sur la confiscation et le recel (blanchiment) d'avantages patrimoniaux provenant d'infractions. Enfin,



sur la base des constatations de cette étude, un certain nombre de conclusions avaient été formulées quant à la question de savoir si d'un point de vue juridique et scientifique il est ou non justifié et admissible de prévoir un „renversement“ légal de la charge de la preuve concernant l'origine de biens dont on soupçonne qu'ils sont le produit d'une activité liée à la criminalité organisée et, dans l'affirmative, sous quelles conditions et selon quelles modalités.

La nouvelle loi belge du 19 décembre 2002, entrée en vigueur le 24 février 2003, partant de la constatation que la législation précédente s'était avérée inefficace dans la pratique, s'inscrit dans le cadre d'une approche de la criminalité grave ou organisée axée sur le butin. Elle vise à élaborer un système plus performant afin de mieux déceler les avantages patrimoniaux tirés de ces formes de criminalité et d'augmenter sensiblement la possibilité de les confisquer.

La loi belge prévoit notamment que le juge peut à un moment donné et lorsque certaines conditions sont remplies, décider que la charge de la preuve est partagée en ce qui concerne la provenance d'avantages patrimoniaux illégaux. En outre dans le prolongement de ce qui précède, le lien entre l'infraction établie et les avantages patrimoniaux est rompu permettant ainsi, sous certaines conditions, de confisquer plus que les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction établie.

D'autres pays ont entre-temps introduit, ou sont sur le point de le faire, dans leurs législations des dispositions portant au niveau de la provenance d'avantages patrimoniaux illégaux un aménagement de la preuve à savoir e. a.: le Royaume-Uni, l'Autriche, le Portugal, les Pays-Bas, la France, l'Italie et l'Irlande au risque pour le Luxembourg de rester en arrière en la matière sous peine de devenir un port franc et un pôle d'attraction pour les différentes formes de criminalité axées sur le profit.

A titre d'exemple on peut citer l'article 222-39-1 du Code Pénal français (introduit par la loi No 96-392 du 13 mai 1996) stipulant que „le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'une des activités réprimées par la présente section, ou avec plusieurs personnes se livrant à l'usage de stupéfiants, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 € d'amendes.

La peine d'emprisonnement est portée à dix ans lorsqu'une ou plusieurs des personnes visées à l'alinéa précédent sont mineures.“

La Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a d'ailleurs estimé, dans l'arrêt Phillips du 5 juillet 2001, que la législation afférente du Royaume-Uni n'était contraire ni aux articles 6.1 (procès équitable) et 6.2 (présomption d'innocence) de la CEDH, ni au premier protocole additionnel (jouissance de propriété).

## 2.5. Le blocage

L'article 40(3) de la loi relative au secteur financier et l'article 89.-2. de la loi relative au secteur des assurances actuellement en vigueur confèrent au Procureur d'Etat la possibilité de donner l'instruction de ne pas exécuter une opération, mécanisme expressément prévu à l'article 7 de la Directive. Si la ratio initiale est d'empêcher l'exécution de l'opération suspecte en attendant le résultat des premières investigations, ce pouvoir d'une grande utilité pratique n'a en fait été utilisé, sauf en matière de financement du terrorisme, que dans des cas où la CRF avait reçu l'assurance qu'ultérieurement une commission rogatoire internationale demandant la saisie des avoirs en question parviendrait aux autorités judiciaires compétentes ou que la CRF estimait avoir des indices suffisants lui permettant de requérir l'ouverture d'une information judiciaire au niveau national. Il doit être relevé qu'en matière de lutte antiblanchiment la finalité première n'est par ailleurs pas la mise sous main de justice d'un maximum d'avoirs, mais qu'il est parfois plus important pour les besoins de l'enquête de pouvoir suivre les flux financiers. Aussi s'agira-t-il de ne pas détruire par une mesure de blocage intempestive le travail d'enquête des investigateurs étrangers.

Le nombre de blocages opérés a été en:

1998	1999	2000	2001	2002
13 (11,4%)	15 (13,8%)	12 (7,5%)	19 (4,6%)	21 (3,3%)

Les pourcentages indiqués entre parenthèses s'entendent par rapport au nombre total des déclarations d'opération suspecte opérées au cours de l'exercice, y compris les demandes de FIU étrangères.

Les chiffres ci-avant montrent que cette prérogative n'a été utilisée qu'à titre exceptionnel et que le pourcentage d'utilisation est même en régression.

Au cours de la période 2001 et 2002 et sur les 40 blocages opérés au total, un seul recours a été exercé. Il s'agissait d'un dossier de suspicion de financement du terrorisme et non de blanchiment type classique. Le recours avait été présenté sous forme de référé-voie de fait. Par un arrêt du 16 avril 2002 (rôle 262389), la Cour d'Appel a décidé que le juge des référés était incompétent pour connaître de la demande. Actuellement dans ce dossier, une instance d'assignation en responsabilité de l'Etat est en cours.

Si le mécanisme du blocage a parfois été critiqué en raison de son caractère exorbitant la limitation à trois mois du pouvoir de blocage, introduite à l'initiative du parquet, outre l'avantage de réduire le risque des recherches en responsabilité de l'Etat, rend caduque l'essentiel des critiques exprimées.

## **2.6. La compétence nationale des autorités judiciaires de l'arrondissement de Luxembourg**

La loi du 12 août 2003 portant répression du terrorisme et son financement en modifiant l'article 26 (2) du code d'instruction criminelle a étendu la compétence du Procureur d'Etat et des juridictions de l'arrondissement judiciaire de Luxembourg du blanchiment ou terrorisme et son financement. Si on peut arguer que cela couvre implicitement le juge d'instruction auprès de cette juridiction, on pourrait néanmoins encore l'explicitier à l'article 29 (2) dudit code.

Luxembourg, le 15 décembre 2003

*Le Procureur d'Etat,*  
Robert BIEVER

\*

## **AVIS DU PARQUET DE DIEKIRCH**

(28.10.2003)

*Brm.* Retourné à Monsieur le Procureur Général d'Etat avec l'observation que compte tenu des règles de compétence territoriales spécifiques en la matière le Parquet de Diekirch n'est pas en charge des dossiers de blanchiment respectivement de terrorisme (art. 26(2) tel qu'il résulte de la loi du 12 août 2003 sur le terrorisme et le financement du terrorisme) de sorte qu'il ne dispose pas des expériences requises pour donner son avis en connaissance de cause.

*Le Procureur d'Etat,*  
Jean BOUR

