

**N° 5165<sup>5</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“)

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(30.3.2004)

Par dépêche du 12 juin 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'examen du Conseil d'Etat le projet de loi relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, élaboré par le ministre du Trésor et du Budget. Le projet était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que du texte de la Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux telle qu'elle a été modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 qu'il s'agit en l'espèce de transposer.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 25 juillet 2003, les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des employés privés par dépêche du 15 octobre 2003 ainsi que celui de la Chambre des métiers par dépêche du 25 novembre 2003. Les avis du Parquet général et des Parquets de Luxembourg et de Diekirch ont été transmis par courrier du 11 février 2004.

\*

## CONSIDERATIONS GENERALES

Rares sont les projets qui émeuvent autant les milieux concernés que les nouvelles dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Rares sont aussi les pans du droit qui, en très peu de temps, sont passés de l'insignifiance au stade de préoccupation majeure de tous les acteurs associés de près ou de loin à la manipulation de fonds.

En effet, avant 1990, la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ne faisait pas partie du domaine de la compétence des acteurs financiers. C'est avec la loi du 7 juillet 1989, puis celle du 5 avril 1993 relative au secteur financier que la lutte antiblanchiment a fait son entrée en force dans la législation luxembourgeoise. L'affaire BCCI non encore digérée, d'une part, le souci grandissant d'être une place financière propre et de pointe, d'autre part, ont été des *stimuli* puissants pour assurer la mise en œuvre pratique et assidue des dispositions antiblanchiment de la loi elle-même et des circulaires de l'IML, respectivement de la CSSF, qui ont détaillé les obligations en découlant.

Dès le 11 août 1998, le Luxembourg a franchi un pas supplémentaire avec la loi portant introduction de l'incrimination de blanchiment au Code pénal. Cette loi, en étendant le champ d'application de la lutte antiblanchiment tant *ratione personae* que *ratione materiae*, a assuré le respect au Luxembourg avant l'heure d'une série des dispositions de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 qu'il s'agit aujourd'hui de transposer.

Mises à part les attaques régulières et récurrentes contre la place financière de Luxembourg, et fondées le plus souvent sur un amalgame nocif entre le secret bancaire, les infractions de nature fiscale et le blanchiment de fonds, la lutte contre le blanchiment aurait probablement poursuivi son bonhomme de chemin normal si les événements du 11 septembre 2001 n'avaient pas conduit à une accélération formidable de toutes sortes de doutes contre les transactions importantes opérées par l'intermédiaire des acteurs financiers et, fait nouveau, des acteurs commerciaux.

A côté du blanchiment d'argent, on vit surgir une nouvelle notion, à savoir celle du noircissement d'argent. Alors que le blanchiment consiste à insérer dans le circuit financier „propre“ des fonds provenant d'infractions à la base, et de brouiller ainsi les origines criminelles desdits fonds, le noircissement consiste à „salir“ des fonds ayant une origine *a priori* propre, en les affectant au financement du terrorisme. La loi du 12 août 2003 portant répression du terrorisme et de son financement a ainsi introduit dans notre Code pénal une définition de l'acte de terrorisme (article 135-1 du Code pénal) et a érigé le noircissement de fonds en infraction pénale (article 506-1).

Le Luxembourg est ainsi déjà à l'heure actuelle doté d'un outil législatif de pointe pour combattre des transactions financières liées au blanchiment et au financement du terrorisme, et tant nos pouvoirs politiques que les communautés financière et commerciale sont unis dans le souci de maintenir dans ce contexte un niveau élevé de protection.

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

L'acuité des arguments échangés au moyen des différents avis déjà soumis au Conseil d'Etat, et le ton parfois passionné des débats, montrent combien il est difficile et délicat de traiter ce sujet de manière objective tout en trouvant un précieux équilibre entre „l'inquisition“ et le „village de Potemkine“, entre les impératifs juridiques, le respect des libertés publiques et les nécessités pratiques.

Le Conseil d'Etat s'efforcera dès lors de centrer ses analyses sur les dispositions telles qu'elles figurent dans le projet, et s'abstiendra de commenter les prises de position des uns et des autres, alors qu'il convient de garder le calme nécessaire pour parvenir vite et de façon objective à un texte qui soit à la fois applicable dans la pratique et respectueux des obligations que la place financière et commerciale de Luxembourg doit assumer pour rester un acteur sérieux et digne de confiance.

## EXAMEN DES ARTICLES

### Article 1er

Cet article définit les notions de „blanchiment“ et de „financement du terrorisme“ (appelé encore „noircissement“) par référence aux articles 506-1 et 135-5 du Code pénal. Il n'appelle pas d'observations particulières.

### Article 2

L'article 2 délimite le champ d'application *ratione personae* du projet. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations pour ce qui est des activités résultant soit de l'article 26*bis* de la directive, soit soumises à des obligations professionnelles existant d'ores et déjà au Luxembourg sur base de textes spécifiques applicables à telle ou telle profession.

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

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

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

Sur base de ce qui vient d'être exposé, plusieurs points de l'article 2, *alinéa 1*, donnent lieu à critique.

Le point 2 vise de manière très générale les entreprises d'assurances et de réassurances agréées ou autorisées à exercer leurs activités au Luxembourg. Eu égard au fait que le Conseil d'Etat recommandera, lors de l'examen de l'article 6 ci-après, de rétrécir l'impact de la nouvelle loi sur ce secteur d'activités, il propose de libeller le point 2 comme suit:

„2. les entreprises d'assurances agréées ou autorisées à exercer leur activité au Luxembourg en vertu de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, dans les limites établies par l'article 6 ci-après;“

Les points 3 et 6 de l'*alinéa 1* de l'article 2 font entrer dans le champ d'application de la loi les fonds de pension sous la surveillance respective du Commissariat aux assurances et de la CSSF. S'il est vrai que cette extension n'est pas expressément commandée par la directive, il serait pourtant illogique d'exclure les fonds de pension, alors que les OPC sont inclus. Juridiquement, il n'y a pas de différence entre investir dans un OPC et investir dans un fonds de pension, de sorte qu'il ne convient pas non plus d'appliquer des traitements distincts en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Le Conseil d'Etat ne s'oppose en effet pas à des transpositions téléologiques raisonnables; il a par contre la mission de mettre en garde contre les excès.

Quant au point 7, il soumet à la nouvelle loi les bourses. La directive ne contient pas de formulation dont on pourrait déduire une telle exigence. De l'avis du Conseil d'Etat, il est d'ailleurs à la fois inutile et impraticable de soumettre aux exigences de la nouvelle loi les bourses. C'est inutile, alors que les fonds servant à financer les transactions boursières proviennent nécessairement de comptes bancaires, de sorte que leur origine a déjà été vérifiée, du moins pour ce qui est des banques établies dans les pays faisant partie du GAFL. C'est impraticable, alors que la rapidité et les modalités d'exécution des transactions boursières rendent impossible une identification préalable des investisseurs et de l'origine des fonds. Le Conseil d'Etat recommande par conséquent de supprimer le point 7.

Le point 9 ne confère pas les garanties juridiques requises en matière pénale. En effet, soumettre à des obligations professionnelles lourdement sanctionnées „les autres personnes non reprises aux

points 1 à 8 ci-dessus, exerçant une activité du secteur financier dont l'accès et l'exercice sont régis par des lois particulières“ revient à soumettre à un régime pénal des destinataires non suffisamment identifiés. D'après le commentaire des articles, cette définition large du champ d'application suivrait une approche fonctionnelle, préconisée par les travaux du GAFI. Or, si une approche fonctionnelle peut bien motiver des travaux au niveau de recommandations et de réflexions de *lege ferenda*, le Conseil d'Etat rappelle que le droit pénal est d'application stricte et restrictive et ne tolère pas des flous constructifs. Dès lors, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à une telle violation du principe de la légalité des infractions, défini à l'article 12 de la Constitution (*Nullum crimen sine lege*). Le point 9 est par conséquent à supprimer.

Pour ce qui est des avocats (point 14), il ne faut pas perdre de vue que, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle 17/03 du 17 mars 2003 et en attendant une redéfinition du pouvoir réglementaire au niveau de la Constitution, l'Ordre des Avocats n'est pas en mesure d'édicter des mesures d'auto-réglementation. Dès lors, les avocats se retrouveront démunis face aux exigences lapidaires du nouveau texte qui, il est vrai, ne peut pas être modifié alors qu'il ressort tel quel de la directive.

En ce qui concerne le point 15 ayant trait aux conseillers fiscaux, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations qu'il formulera lors de l'examen de l'article 24 du projet sous revue.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au libellé du point 17, qui est à la fois juridiquement trop vague pour respecter le principe de la légalité des incriminations, inapplicable en pratique, et qui va d'ailleurs au-delà de ce qui est requis par la directive. En effet, même mis à part les doutes sérieux qu'on peut avoir quant à la mise en œuvre pratique d'une disposition de ce genre, une criminalisation sans discernement des flux financiers liquides ne repose sur aucun fondement et constitue une attaque ouverte contre les transactions commerciales. Le Conseil d'Etat souligne encore une fois qu'il doit vivement mettre en garde contre une mentalité qui fait de tout client, que ce soit d'un établissement financier ou commercial, un suspect potentiel qui doit d'abord se justifier avant de pouvoir contracter et de tout commerçant un gendarme. Si le *know-your-customer-principle* (KYC) est nécessaire dans le milieu financier, les atteintes à la liberté contractuelle et à la liberté du commerce et de l'industrie, au principe du cours libératoire de l'argent et au respect de l'anonymat des clients doivent être limitées au minimum strictement requis. Une mesure telle que celle projetée viole de ce fait le principe de la proportionnalité. „*Summum jus, summa injuria*“, dit un vieil adage juridique, qu'il conviendrait peut-être de se rappeler. Le point 17 est dès lors à supprimer.

Les autres alinéas de l'article 2 ne donnent pas lieu à observation, sauf l'*alinéa 4*, au sujet duquel le tableau de correspondance de transposition annexé au commentaire des articles fait ressortir qu'il est apparemment destiné à transposer l'article 1er B.4 de la directive. Or, cette disposition de la directive ne vise que les succursales, situées dans la Communauté, d'institutions financières ayant leur siège social dans la Communauté ou en dehors de celle-ci.

Déjà la loi du 12 mars 1998, dont résulte le libellé actuel de l'article 35(2) de la loi modifiée du 5 avril 1993, avait étendu le contrôle du respect des obligations professionnelles aux filiales étrangères d'établissements de crédit et de PSF luxembourgeois, tout en sachant que cette extension peut impliquer des conflits de loi positifs pour lesdites filiales étrangères (tout comme d'ailleurs pour les succursales).

Le nouveau texte ajoute aux succursales et filiales la notion de „sociétés dans lesquelles ils exercent une influence dominante“. Au vu des implications pénales engendrées par les définitions de l'article 2, et, dès lors, en vue de pouvoir accorder la dispense du second vote constitutionnel, le Conseil d'Etat insiste sur la nécessité impérative de clarifier le texte, alors que la notion précitée ne ressort pas de la directive. La même remarque vaut à l'endroit de l'article 16, paragraphe 4, ci-après.

En dernier lieu, le Conseil d'Etat note que les professions de commissaire aux comptes et de commissaire-priseur prévues au paragraphe 2 de l'article premier de la directive 2001/97/CE n'ont pas été reprises à l'endroit de l'article 2. Il insiste toutefois à ce que ces professions soient incluses dans l'énumération des personnes physiques et morales tombant sous le champ d'application de la loi, ceci dans un souci de transposition correcte et effective de la directive.

### Article 3

L'article 3 est relatif à l'obligation de connaître les clients („*Know your customer*“). Si l'article est largement inspiré de l'article 39 actuel de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et de la circulaire IML 94/112, il contient cependant une série d'innovations.

En premier lieu, il échet de constater que l'obligation d'identification des clients, déjà étendue dans sa propre substance, incombe dorénavant à l'ensemble des professionnels énumérés à l'article 2, de sorte que le double fait multiplicateur – à savoir extension matérielle de l'obligation d'identification et extension personnelle des destinataires – conduit à une généralisation exponentielle de la *KYC-rule*. C'est également sur base des dérives potentielles et des atteintes injustifiées à la sphère privée découlant de cette extension que le Conseil d'Etat s'oppose formellement à un élargissement outre mesure du champ d'application *ratione personae* par l'article 2.

La lutte antiblanchiment et antiterrorisme ne doit pas conduire au „gläserner Mensch“. Sans rentrer ici dans le débat, longuement mené par d'autres avis, au sujet de la collision entre le projet sous avis et la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le Conseil d'Etat retient que la poursuite justifiée d'un pourcentage infime de criminels ne doit pas porter des atteintes démesurées à la vie privée, constitutionnellement protégée.

L'insécurité du citoyen atteint cependant son comble lorsque chacune des personnes habilitées en vertu de l'article 2, et donc, si l'on suivait les auteurs du projet, chaque intervenant économique peut, sous prétexte d'identification du client, exiger de lui „toutes autres 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 leurs relations d'affaires“ (article 3, (1), alinéa 2). Le Conseil d'Etat s'oppose partant formellement au maintien de cet alinéa. Il conviendra d'énumérer clairement dans le texte les informations relatives à l'identification des clients que les professionnels devront se procurer. Il est d'ailleurs tout à fait concevable de soumettre à cet égard différents professionnels à des niveaux d'exigences distincts. Ainsi, un établissement financier devrait avoir de ses clients des éléments d'identification plus nombreux qu'un bijoutier. Un des problèmes fondamentaux du projet sous avis résulte en effet de ce que les auteurs tentent d'exiger de tous les professionnels assujettis des prestations égales, et toujours maximalistes. Une telle conception ne respecte pas les réalités variées de la vie économique et dépasse les exigences nécessaires et suffisantes à une lutte efficace contre le blanchiment.

Le Conseil d'Etat constate par ailleurs qu'au vu du libellé du texte les professionnels doivent toujours identifier leurs clients, car cette identification doit avoir lieu lorsque la relation d'affaires se noue (paragraphe 1er). Si cela est compréhensible et nécessaire pour les relations d'affaires financières, la question est tout autre en matière commerciale. En effet, même si, d'après l'article 2, les commerçants ne sont visés que pour des transactions liquides au-delà d'un certain seuil, l'article 3, paragraphe 1er revient à généraliser l'exigence d'identification, alors qu'on ne peut pas savoir, lors des premiers contacts, si des transactions d'une certaine envergure et réglées en liquide vont suivre.

Quant au paragraphe 2, il encourt à son tour la critique de la généralisation indistincte (cf. également les observations sub article 2, point 17). Si la valeur de 10.000 euros est celle retenue actuellement par l'article 39(2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, elle est inconvenable dans son extension à tous les acteurs commerciaux, ainsi qu'elle résulte de la combinaison des articles 2, point 17 et 3(2). Au vu de l'opposition formelle du Conseil d'Etat à l'égard dudit point 17 de l'article 2, l'article 3(2) devrait voir réduire son extension à une circonférence acceptable. En effet, si on lit dans le commentaire des articles que certains pays ont opéré une extension à tous les paiements excédant 10.000 euros, voire ont interdit les transactions en liquide au-delà de ce seuil, force est de constater qu'il n'est pas dans nos mœurs économiques, et qu'il est même contraire à notre mentalité collective, de stigmatiser par principe les transactions liquides. On peut également rappeler que nos ancêtres constructeurs des fondements des grandes libertés en Europe ont pendant des décennies lutté pour établir la liberté du mouvement des capitaux. Il faut prendre garde de ne pas détruire cette liberté obtenue au prix d'âpres combats au nom d'une lutte certes nécessaire et méritante, mais qui ne doit pas devenir le métronome de la liberté économique.

Enfin, le Conseil d'Etat rappelle qu'à côté des arguments juridiques qui plaident pour une limitation des obligations énoncées à l'article 3, il est en pratique tout simplement impossible de faire de tout commerçant un auxiliaire des pouvoirs d'enquête, à moins d'accepter délibérément le risque d'étouffer certaines branches de pointe du commerce, dont les clients ne manqueront pas de se tourner vers des pays plus accueillants, dont la plupart se situeront d'ailleurs dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen et qui relèvent donc de la même directive, ou du moins parmi les membres du GAFI.

Concernant le paragraphe 6, le Conseil d'Etat se demande quelles obligations incomberont aux professionnels traitant avec leurs clients par Internet. En principe, cette hypothèse devrait tomber sous la notion d'„opération à distance“. Or, de l'avis du Conseil d'Etat, il est tout à fait illusoire de penser

qu'en matière purement commerciale (c'est-à-dire non bancaire), les obligations d'identification seront ou pourront être respectées. Comme elles sont pourtant sanctionnées par des peines pénales lourdes, il serait utile de fournir aux opérateurs économiques quelques précisions à ce sujet. De manière très générale, concernant toutes les opérations à distance, y compris celles par Internet, le Conseil d'Etat se demande d'ailleurs, en matière commerciale, s'il n'y a pas une contradiction dans le raisonnement, alors qu'en matière de paiements à distance, il n'y aura par définition pas de transactions liquides, mais uniquement des paiements par virement, débit de cartes ou par voie électronique. Par ailleurs, on doit rappeler que, sur un autre plan, le législateur essaie actuellement de promouvoir le commerce électronique (cf. projet No 5095). Or, si les opérations par Internet tombent indistinctement dans le champ du projet sous avis, on sonne le glas du commerce électronique. Il est vrai que les transactions électroniques ne doivent pas se dérouler dans un espace échappant à tout contrôle antiblanchiment, mais ce risque n'est pas réel alors que les paiements électroniques se font par définition via débit de comptes bancaires, de sorte que la traçabilité est assurée.

Au paragraphe 7, il est prévu que les professionnels peuvent confier par mandat à un autre professionnel l'exécution de leurs obligations d'identification. En premier lieu, il faut souligner encore une fois, et le texte le dit d'ailleurs expressément, qu'un tel mandat ne comporte ni décharge, ni délégation de responsabilité dans le chef du mandant.

En deuxième lieu, d'après le libellé actuel du texte, seule la délégation „à un autre professionnel“ est possible, ce qui, au vu de la définition de la notion de „professionnel“ (art. 2, alinéa 3), limite cette possibilité aux professionnels de droit luxembourgeois, de sorte que le nouveau texte serait plus restrictif que la circulaire IML 94/112. A moins que cette restriction ne soit délibérément recherchée par les auteurs du projet, il conviendra d'élargir le champ aux professionnels étrangers soumis à une obligation d'identification équivalente.

Enfin, le Conseil d'Etat se demande s'il est vraiment utile que tous les professionnels énumérés à l'article 2 puissent indistinctement se déléguer entre eux les obligations d'identification des clients. Au pied de la lettre du texte, une banque pourrait ainsi déléguer ses obligations d'identification des clients à un casino, un avocat à un bijoutier. Est-ce vraiment souhaitable? De l'avis du Conseil d'Etat, il conviendrait de limiter la faculté de délégation à des relations entre professionnels relevant du même secteur d'activité.

Au sujet du paragraphe 9, le Conseil d'Etat doit revenir encore une fois à ses observations relativement à une application indistincte du même niveau d'obligations d'identification à tous les professionnels. En effet, si les institutions financières sont bien obligées de suivre en continu les transactions de leurs clients et d'établir une sorte de profil de chacun d'eux, exiger cela des intervenants commerciaux est absurde. Le Conseil d'Etat plaide par conséquent à nouveau en faveur d'une application nuancée des exigences en matière d'identification aux différentes catégories d'acteurs économiques.

La même observation vaut d'ailleurs dans le contexte d'une précision donnée par le commentaire des articles à l'endroit du paragraphe 1er de l'article sous revue. On y rappelle en effet que „l'obligation de connaître les clients vise bien tous les clients actuels et non seulement les nouveaux clients après l'entrée en vigueur de la loi“. Exiger une telle mise à jour des commerçants est tout simplement inapplicable, alors que, contrairement à un établissement financier qui entretient avec ses clients une relation de compte continue, la plupart des commerçants n'ont que des liens ponctuels, voire des liens qui vont rester uniques, avec tel client qui s'est présenté déjà dans le passé. Jusqu'où faudrait-il d'ailleurs remonter dans le temps? Au vu de toutes ces impossibilités pratiques, le Conseil d'Etat recommande, pour tous les professionnels qui ne seront soumis à des obligations d'identification des clients qu'en vertu de la présente loi, sans l'avoir été par le passé, de limiter les obligations d'identification aux clients qui vont se présenter, ou se représenter, après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

En tout dernier lieu, le Conseil d'Etat tient à soulever une interrogation de principe concernant plusieurs dispositions de l'article sous examen. En effet, à côté des dispositions appelant une opposition formelle, il y en a d'autres qui sont tangentes au vu d'une violation des principes de la légalité des incriminations et des peines (articles 12 et 14 de la Constitution). Il s'agit plus spécifiquement des notions de „mesures raisonnables“ (article 3, paragraphe 3), „dispositions spécifiques et adéquates nécessaires“ (article 3, paragraphe 6) et de l'ensemble des prescriptions du paragraphe 9. Tout en étant conscient de la difficulté à fixer dans un texte normatif des critères précis et restrictifs pour définir lesdites notions, le Conseil d'Etat insiste néanmoins sur un effort de précision supplémentaire dans le texte de la loi, sous peine de déclencher un contentieux abondant au sujet de la définition – nécessairement *ex post* – de ces notions.

#### Article 4

L'article 4 exige des professionnels qu'ils disposent d'une organisation interne adéquate, comprenant notamment des procédures de contrôle interne et de communication et de programmes de formation de leurs employés, permettant de lutter efficacement contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Ces exigences relèvent de l'article 11 de la directive. Dans le domaine bancaire, elles sont déjà actuellement inscrites dans la circulaire 94/112. Elles appellent deux observations, à savoir, en premier lieu, de relever que les auteurs eux-mêmes estiment – une fois n'est pas coutume – que le degré de sophistication des mesures à mettre en œuvre dépend des professionnels concernés et de leurs activités. En second lieu, l'article 4 soulève la même question que ci-dessus *in fine* à l'endroit de l'article 3, au sujet de la précision suffisante des notions de „procédures adéquates de contrôle interne et de communication“ et de „mesures appropriées“, au regard de la précision requise pour pouvoir appliquer une sanction pénale.

#### Article 5

Cet article, relatif à l'obligation de coopérer avec les autorités, donne à nouveau lieu à des critiques sérieuses. En effet, d'après le paragraphe 1er, alinéa 2, point a), les professionnels, leurs dirigeants et employés sont tenus „de fournir au procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, à sa demande, toutes les informations requises“.

Un petit changement, apparemment anodin, par rapport au texte actuel, fait pourtant toute la différence. En effet, pour ce qui est du secteur financier, l'article 40(2) actuel de la loi modifiée du 5 avril 1993 établit à l'intention des mêmes personnes les mêmes obligations, ou presque, car il y est pris soin de préciser que la fourniture d'informations ne concerne que les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable. Telle est d'ailleurs aussi la terminologie retenue par l'article 6, 1.b) de la directive. Or, en remplaçant „nécessaires“ par „requises“, et en supprimant toute référence à la législation applicable, on sacrifie le principe de la spécialité des dénonciations, et on ouvre potentiellement la porte à des „*fishing expeditions*“. Le paragraphe 2 de l'article sous revue confirme implicitement cette conclusion, alors qu'il précise que seules les autorités autres que les autorités judiciaires doivent se borner à utiliser les informations recueillies dans le seul contexte de la lutte contre le blanchiment ou contre le financement du terrorisme. *A contrario*, les autorités judiciaires peuvent utiliser toutes informations à toutes fins qu'elles jugent utiles.

Les atteintes aux libertés publiques et le potentiel de dérive sont évidents. De surcroît, il n'y a pas lieu de faire des acteurs économiques les auxiliaires du Parquet, et cela de façon indistincte pour toutes infractions. Le Conseil d'Etat doit dès lors s'opposer formellement au maintien du libellé actuel, tout en exigeant qu'il soit précisé qu'il doit s'agir de „toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable“.

Pour ce qui est de l'obligation de coopération, dite encore de dénonciation, et entraînant un potentiel d'auto-incrimination, imposée aux professionnels par l'article 5, paragraphe 1er, point b), le Conseil d'Etat souligne qu'elle est énoncée quasiment telle quelle déjà actuellement à l'article 40(2) de la loi modifiée du 5 avril 1993.

En soi, elle ne soulève donc pas d'observations. Cependant, lue ensemble avec l'extension considérable du périmètre des pouvoirs d'enquête du procureur d'Etat (point a), telle que prévue par le texte proposé et critiqué par le Conseil d'Etat, l'obligation d'auto-incrimination s'enrichit d'une dimension redoutable pour le professionnel. Le Conseil d'Etat renvoie à ce titre aux explications détaillées fournies dans l'avis du Parquet général, et il souligne que le point b) ne reste acceptable que pour autant que le point a) est amendé.

Le Conseil d'Etat profite cependant de l'occasion pour insister que le devoir de coopération des professionnels en matière de surveillance des opérations soit apprécié par les autorités judiciaires compétentes avec le réalisme nécessaire pour tenir compte des contingences effectives de la vie économique. Il est en effet rare que les indices de blanchiment ou de noircissement de fonds sautent aux yeux. Le plus souvent, il s'agit de faire un travail de longue haleine impliquant des recherches bénédictines pour surveiller tel client sur une certaine durée dans le temps. Reprocher ensuite au professionnel qui a agi de bonne foi et dans un esprit de coopération loyale d'avoir attendu trop longtemps avant de dénoncer est à la fois injuste et irréaliste. Si, dans un mouvement d'autoprotection, les professionnels procédaient à des dénonciations tous azimuts, ceci risquerait d'avoir pour conséquence de noyer le procureur

sous un amas de dénonciations, ce qui engendrerait la paralysie du système et donc la réduction à zéro de toute démarche efficiente.

Les autres dispositions de l'article 5 reprennent dans les grandes lignes celles contenues en matière financière dans la loi modifiée du 5 avril 1993 et dans la circulaire IML 94/112. Le Conseil d'Etat soulève dans ce contexte encore une fois la question du bien-fondé et de la praticabilité concrète de l'extension sans discernement du même niveau maximaliste d'obligations à tous les professionnels.

Le Conseil d'Etat approuve cependant l'innovation du paragraphe 3, alinéa 3, donnant enfin aux professionnels des instructions claires quant à la date d'expiration d'une instruction du procureur d'Etat et quant au comportement à adopter envers le client dont les transactions se trouvent bloquées du fait d'une telle instruction.

L'autre nouveauté se trouve au paragraphe 5, alinéa 2, autorisant la succursale ou la filiale luxembourgeoise d'un groupe à informer les organes de contrôle interne du groupe qu'une procédure de dénonciation a été lancée. Le Conseil d'Etat souligne qu'au vu du texte, l'autorisation d'information vaut uniquement au sein d'un groupe financier. Or, la nécessité de faire passer une telle information pour des raisons de mise en garde aux entités du groupe existe sans doute aussi dans d'autres domaines d'activité.

Le Conseil d'Etat pense à ce titre notamment aux réseaux, plus ou moins constitués, entre études d'avocats. Si l'étude de Londres dénonce localement un client, sans pouvoir en avertir sa représentation ou son correspondant à Luxembourg ou à Paris, le même client pourrait venir se présenter, voire être référé, à l'un de ces bureaux qui, ne disposant pas nécessairement des mêmes informations, ne dénoncerait pas le client. On peut facilement imaginer l'atteinte à la réputation causée dans un tel cas. Le Conseil d'Etat recommande dès lors d'étendre l'autorisation d'information du moins aux membres de réseaux formalisés de professions libérales.

#### *Article 6*

D'après l'article 1, B.3 de la directive, les entreprises d'assurance ne sont visées par le texte que pour autant qu'elles agissent dans le domaine de l'assurance-vie. Le Conseil d'Etat se déclare dès lors d'accord avec le point 1 du texte proposé, alors qu'il semble raisonnable de viser non seulement les preneurs d'assurance, mais également, le cas échéant, les bénéficiaires économiques effectifs de ces produits, alors qu'il ne faut pas créer par ce biais un espace libre de tout contrôle en matière de blanchiment.

Par contre, dans l'optique d'une transposition nécessaire et suffisante de la directive, et des besoins réalistes d'une lutte antiblanchiment efficace, le Conseil d'Etat doit s'opposer fermement au maintien des points 2 et 3, alors que l'inclusion des branches non-vie et des réassurances n'est ni exigée, ni utile. En effet, cela signifierait qu'il faut dorénavant scruter le client qui conclut une police RC ou accidents automobiles pour voir s'il ne s'agit pas d'un blanchisseur. Il s'agirait là d'une extension à outrance non souhaitable. Le Conseil d'Etat recommande par conséquent la suppression des points 2 et 3 et une adaptation afférente du point 4.

#### *Article 7*

La transposition des dispositions relatives aux avocats étant fidèle à la directive (cf. articles 2bis, point 5, et 6, point 3), la lecture combinée des articles 7 et 2, point 14, ne donne pas lieu à critiques. On peut remarquer que, de toute façon, le Luxembourg avait déjà soumis les avocats à une surveillance renforcée dans la mesure où ils géraient des fonds de tiers.

Le Conseil d'Etat note cependant que la première phrase de l'article 7 fait naître des doutes quant à la délimitation exacte des dispositions du projet qui sont applicables aux avocats. En effet, l'article 7 fait partie du chapitre 3 intitulé „Dispositions particulières à certains professionnels“. L'article 6, relatif au secteur des assurances, de même que l'article 8, relatif aux casinos, prennent soin de préciser que leurs dispositions s'entendent par dérogation à certains paragraphes de l'article 3. L'article 7 ne contient pas une telle précision. Faut-il dès lors conclure que pour les avocats, toutes les dispositions du chapitre 2 s'appliquent, en plus de celles de l'article 7? Une précision à ce titre semblerait utile.

#### *Article 8*

Les dispositions relatives aux casinos étant une transposition fidèle de la directive, elles ne donnent pas lieu à observation.

### Article 9

L'article 9 énonce la sanction pénale relative aux infractions aux articles concernés du projet de loi. Alors que la fourchette s'étend actuellement de 1.250 euros à 125.000 euros (cf. article 64(2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, de même que les autres lois citées au commentaire des articles), on assiste à un décuplement du montant maximal de l'amende, celui-ci passant à 1.250.000 euros.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à une telle augmentation de l'amende. En effet, en premier lieu, une peine excessive est une peine arbitraire et dépourvue de vraisemblance. En second lieu, augmenter la peine maximale à 1.250.000 euros revient à punir le délit secondaire plus lourdement que certaines des infractions primaires qui sont à la base.

En effet, dans tous les débats autour du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, on ne doit pas perdre de vue que les professionnels qui, par négligence de leurs obligations se rendent coupables, ne participent pas pour autant à l'infraction primaire. Une des manières pour s'en prendre aux auteurs des infractions de base consiste à impliquer les opérateurs économiques, plus facilement repérables et contrôlables, et de les associer à la lutte contre les infractions de base, en punissant leur absence de coopération par des peines suffisamment lourdes. Si la démarche est compréhensible, voire justifiable, on ne doit pourtant pas se tromper de cible par une surpénalisation du comportement négligent des acteurs économiques, et il convient d'éviter des peines s'apparentant à une responsabilité pénale du fait d'autrui.

Une surpénalisation excessive des comportements négligents des acteurs financiers et commerciaux revient d'ailleurs à un aveu d'échec dans la lutte contre les infractions primaires. Or, tel n'est certainement pas le message que les auteurs du texte désirent faire passer.

De manière fort intéressante, la directive 2001/97/CE elle-même définit le blanchiment de capitaux comme étant le résultat de certains agissements, commis *intentionnellement* (cf. art. 1er, C). Au sens strict du terme, les comportements „simplement négligents“ ne tombent donc même pas sous la notion de blanchiment telle que définie par le texte communautaire.

Une lecture *stricti juris* des textes luxembourgeois, actuels aussi bien qu'en projet, conduit d'ailleurs à la même conclusion. En effet, l'article 1er du projet sous avis définit le blanchiment et le financement du terrorisme comme étant constitués par les actes respectivement des articles 506-1 et 135-5 du Code pénal, et 8-1 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, ce qui confirme le libellé de l'actuel article 38 de la loi modifiée du 5 avril 1993 (mis à part le fait que le financement du terrorisme est ajouté).

D'après l'article 5(1) du projet, les professionnels sont tenus de dénoncer tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement du terrorisme. Au pied de la lettre des textes, ce n'est donc pas le professionnel qui, s'il néglige ses obligations, commet un fait de blanchiment ou de financement du terrorisme à moins évidemment qu'il n'y participe sciemment (art. 506-1 C.P.) ou délibérément (art. 135-5 C.P.), soit en tant que coauteur soit en tant que complice, auxquels cas les sanctions prévues pour les infractions primaires sont bien évidemment applicables.

L'article 9 du projet à son tour ne punit pas le blanchiment ou le financement du terrorisme, mais une négligence professionnelle („ceux qui ont contrevenu à [telles] dispositions“). Force est donc de conclure que le professionnel (simplement négligent) lui-même n'est ni un blanchisseur, ni un terroriste. Il ne fait que commettre une négligence jugée suffisamment grave au vu des conséquences qu'elle est susceptible d'avoir, pour recevoir elle-même une qualification pénale, qui reste d'ailleurs innommée. Il est dès lors primordial de maintenir une gradation des peines entre les infractions nommées de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme, et la négligence innommée qui se meut dans leur sphère.

Le Conseil d'Etat exige sous peine d'opposition formelle de maintenir la fourchette de l'amende à un maximum de 125.000 euros, d'autant plus que ceux qui ont sciemment participé à certaines infractions tomberont sous le coup de l'article 506-1 du Code pénal, qui prévoit des peines plus sévères.

Il convient d'ailleurs de rappeler dans ce contexte que c'était la loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination de blanchiment au Code pénal, qui a opéré cette distinction, formalisée par l'article 506-1 du Code pénal, entre ceux qui ont sciemment facilité la justification mensongère de l'origine des biens ou revenus tirés des infractions de base susceptibles de donner lieu à l'infraction de blanchiment, et les „simples négligents“, en établissant le plafond maximal de l'amende à 50 millions de LUF (soit 1.250.000 euros) pour les premiers et à 5 millions de LUF (soit 125.000 euros) pour les seconds. Cette distinction a été maintenue par la loi du 12 août 2003 portant répression du terrorisme et

de son financement, qui a confirmé la notion de „sciemment“ à l’article 506-1 C.P. et qui a introduit l’infraction de financement du terrorisme, qui exige une intervention „délibérée“ (art. 135-5 C.P.). En supprimant au niveau de la peine cette distinction logique entre infractions émanant de deux niveaux différents d’intention criminelle, les auteurs du projet vont à l’encontre de la rationalité logique qui doit être sous-jacente aux dispositions de nature pénale afin de rencontrer l’acceptation des justiciables concernés. En matière pénale, opérer le nivellement vers le haut en surpénalisant des infractions par essence moins criminelles conduit à heurter le sens naturel du justiciable qui doit pouvoir intérioriser la sanction potentielle de ses actes répréhensibles en y adhérant par instinct naturel. Effacer les degrés naturellement ressentis de criminalité de différents actes est difficilement conciliable avec l’Etat de droit.

#### Article 10

Alors que le Titre I contient pour ainsi dire les dispositions substantielles du projet, le Titre II est relatif aux dispositions modificatives, abrogatoires et diverses. Il n’est pas pour autant anodin. En effet, les modifications apportées à l’article 506-1 du Code pénal sont lourdes de conséquences.

En premier lieu, le premier tiret du point 1 étend la sphère des infractions primaires à tout crime. Une extension aussi large n’est pas proprement requise par le texte de la directive, qui ne parle que des infractions susceptibles de générer des produits substantiels et qui sont passibles d’une peine d’emprisonnement sévère (art. 1er, E).

Or, toute infraction qualifiée de crime par notre droit pénal n’est pas pour autant susceptible de générer des produits substantiels.

Il relève dès lors de la gageure pour le professionnel de détecter des indices de blanchiment ou de terrorisme lorsque l’auteur de tout fait criminel généralement quelconque fait des transactions usuelles avec lui qui ne dépassent pas ce que tout citoyen honorable ferait à son tour, de sorte que la transaction financière ou commerciale ne soulève par elle-même aucun soupçon. Le Conseil d’Etat constate que, dans tous les cas, on s’est beaucoup éloigné de la philosophie initiale en matière de lutte anti-blanchiment pour faire de l’infraction de blanchiment ou de financement du terrorisme un moyen généralisé de lutte contre la grande criminalité, un succédané pour la répression des infractions primaires plus difficilement appréhendables. Si le Conseil d’Etat n’entend pas se prononcer sur le bien-fondé de cette nouvelle approche, il tient cependant à faire remarquer que les récents attentats terroristes n’auraient probablement pas pu être évités avec les moyens préconisés par le texte sous avis, alors que les auteurs desdits attentats agissaient largement en ayant recours à des moyens de financement présentant les apparences de la régularité ou qui auraient en tout cas été indétectables par les surveillances mises en place par le texte proposé. Force est donc de conclure une fois de plus qu’un dispositif de lutte exagéré au niveau secondaire revient à un constat d’échec au niveau de la lutte contre les infractions primaires.

Les cinquième et septième tirets de l’article 506-1(1) C.P. modifié ont pour conséquence d’attirer dans le périmètre du blanchiment et du financement du terrorisme l’abus de confiance et l’escroquerie en général, de même que l’abus de biens sociaux. Cela n’est nullement commandé par la directive.

On arrive dès lors à un effet multiplicateur potentiellement très dangereux, surtout si le principe de la spécialité des informations requises par le procureur d’Etat devait être abandonné, et si on sait par référence à l’expérience faite à l’étranger quels usages peuvent être faits d’incriminations fourre-tout du type association de malfaiteurs, abus de biens sociaux, abus de confiance et escroquerie.

Le Conseil d’Etat doit par ailleurs rendre attentif à deux autres effets néfastes résultant d’une extension démesurée des infractions primaires.

En premier lieu, l’infraction de recel (art. 505 C.P.) permet déjà actuellement de punir par exemple le banquier indélicat qui a sciemment accepté en compte des fonds provenant d’un abus de biens sociaux ou d’une escroquerie. Pourquoi alors renchérisse en greffant sur ce type d’infractions une couche supplémentaire d’infractions connexes frappant ceux qui sont tout au plus coupables de négligence?

En second lieu, il ne faut pas oublier que la loi relative au mandat d’arrêt européen (*doc. parl. No 5104*) énonce le blanchiment du produit du crime comme faisant partie des infractions donnant lieu à remise sur base d’un mandat d’arrêt européen sans contrôle de la double incrimination (art. 3). Dès lors, et en combinant les articles 3 et 5 de ladite loi, le professionnel luxembourgeois reconnu coupable de blanchiment du produit d’un crime par un autre Etat de l’Union est potentiellement extradable sans

autre contrôle. On comprendra donc la nécessité pressante d'éviter la terminologie générique de „crime“ au niveau de l'article 506-1 C.P.

D'après la directive (art. 1er, point C), le blanchiment de capitaux est le résultat de certains agissements liés à une activité criminelle, telle que définie par le point E du même article. Dans l'intérêt d'une transposition nécessaire et suffisante de la directive, il convient donc de transposer dans le catalogue des infractions primaires donnant en droit luxembourgeois lieu à blanchiment le catalogue des infractions visées par ledit point E.

Le premier tiret du point E vise les infractions au sens de l'article 3, paragraphe 1er, point a), de la Convention de Vienne. Il s'agit de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée le 19 décembre 1988 et ratifiée au Luxembourg par une loi du 17 mars 1992. La disposition visée de la convention est relative au produit de ventes de stupéfiants, infraction susceptible de donner lieu à blanchiment d'argent d'après la législation luxembourgeoise depuis une loi du 7 juillet 1989. Le Luxembourg est donc depuis longtemps en règle avec cette première exigence de la directive.

Ensuite, le deuxième tiret du point E vise les organisations criminelles, telles que définies à l'article 1er de l'action commune 98/733/JAI. Le Conseil d'Etat tient à souligner que depuis la loi du 11 août 1998, *tout* produit provenant des activités d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle est dans la législation luxembourgeoise susceptible de donner lieu à blanchiment. Le Luxembourg va donc d'ores et déjà plus loin que les exigences communautaires (cf. article 506-1 C.P.).

Le troisième tiret vise la fraude contre les intérêts financiers des Communautés européennes. De l'avis du Conseil d'Etat, cette infraction ne tombant actuellement en droit luxembourgeois pas expressément dans la sphère du blanchiment, elle devrait être visée expressément, ce que le libellé proposé de l'article 10 du projet sous avis ne fait d'ailleurs pas.

Le quatrième tiret vise la corruption. Le libellé actuel de l'article 506-1 C.P. contenant d'ores et déjà cette référence expresse, elle ne donne pas lieu à observation. La référence aux articles 240 et 243 à 252 C.P. est dès lors suffisante.

Enfin, le dernier tiret du point E vise les infractions susceptibles de générer des produits substantiels et qui sont passibles d'une peine d'emprisonnement sévère, conformément au droit pénal de l'Etat membre. De l'avis du Conseil d'Etat, cette exigence est largement couverte par le catalogue des infractions de base tel qu'il résulte des lois des 11 août 1998 et 12 août 2003. De surcroît, la directive elle-même dispose que la délimitation dudit catalogue est à opérer d'après le droit pénal de chaque Etat membre (pour autant, évidemment, que les infractions énumérées aux tirets précédents soient couvertes).

Le Conseil d'Etat constate d'ailleurs que la directive elle-même érige en conditions cumulatives la production de produits substantiels et la soumission à une peine d'emprisonnement sévère. Or, „tout crime“ ne remplit pas les deux conditions.

Dès lors, et afin d'être en mesure d'accorder la dispense du second vote constitutionnel, le Conseil d'Etat demande aux auteurs du projet de loi de maintenir le champ d'application actuel de l'article 506-1 C.P. quant aux infractions primaires, tout en y ajoutant la fraude grave contre les intérêts financiers des Communautés européennes, au sens de l'article 1er, paragraphe 1er, et de l'article 2 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Si, en plus des infractions ainsi énumérées, les auteurs du projet devaient souhaiter en rajouter d'autres, ils devraient ce faire sous forme expresse et limitative, afin d'assurer que le principe de l'interprétation stricte et restrictive du droit pénal ne cède pas de manière injustifiée le pas à une pénalisation potentielle généralisée des activités financières et commerciales.

Les autres dispositions de l'article 10 du projet ne donnent pas lieu à observation alors qu'elles reprennent en substance les règles actuelles.

#### *Article 11*

Cet article a pour objet de compléter l'article 23 du Code d'instruction criminelle par une disposition imposant aux personnes y visées une obligation de dénonciation spécifique en matière de blanchiment et de financement du terrorisme.

Cette nouvelle disposition est parfaitement inutile, alors que l'actuel paragraphe 2 de l'article 23 C.I.C. couvre déjà tout crime ou délit.

Si elle est inutile, elle est non moins dangereuse, alors qu'elle semble indiquer que les personnes visées par l'article 23(2) C.I.C. font partie des professionnels ayant une mission particulière en matière de dénonciation de blanchiment et de terrorisme, ce qui n'est et ne peut pas être le cas. Or, si la négligence de ces professionnels est lourdement sanctionnée, une omission au niveau des prescriptions de l'article 23(2) et (3) C.I.C. ne l'est pas, de sorte que ce texte conduirait à une inégalité devant la loi injustifiée.

Enfin, d'après le commentaire des articles, cet article aurait pour objet de transposer l'article 10 de la directive. Or, cet article se rapporte aux autorités compétentes en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et aux autorités de surveillance dans différentes activités financières. Il ne vise nullement à imposer à tout fonctionnaire une obligation spécifique de dénonciation en matière de blanchiment.

Pour toutes les raisons qui précèdent, l'article 11 doit être supprimé.

*Articles 12 et 13 (11 et 12 selon le Conseil d'Etat)*

Sans observation.

*Articles 14 et 15 (13 et 14 selon le Conseil d'Etat)*

Ces articles ont une valeur descriptive plus que normative, en ce qu'ils dressent, d'un côté, le tableau de l'organisation de la cellule de renseignement financier, et, de l'autre côté, confirment les compétences de la CSSF. Ils n'appellent pas d'observations particulières.

*Article 16 (15 selon le Conseil d'Etat)*

L'article 16 apporte une série de modifications à la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Ces modifications sont devenues nécessaires soit pour compléter la loi de 1993 conformément au projet sous avis, soit pour éviter des redites, voire des incohérences, alors que la nouvelle loi relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme est appelée à devenir le texte horizontal transsectoriel en la matière.

Le texte prévoit que les établissements de crédit et les PSF sont obligés d'incorporer aux virements et transferts de fonds ainsi qu'aux messages s'y rapportant, des renseignements exacts et utiles relatifs à leurs clients donneurs d'ordre des opérations en question.

En premier lieu, il faut constater qu'en vertu des articles 9 et 22(1) du projet, l'article 39 de la loi de 1993 n'est plus pénalement sanctionné, sauf via les références aux articles 3 à 5 de la nouvelle loi. Les prescriptions en matière de mentions sur les virements sont par contre exemptées de toute sanction. Dès lors, de deux choses l'une: soit le texte afférent est une simple redite (incomplète) de la recommandation spéciale VII du GAFI, auquel cas il est inutile de le reproduire dans un texte de loi dépourvu de sanction, soit les auteurs du projet sous avis ont oublié la sanction. Si cette seconde hypothèse devait être la bonne, le Conseil d'Etat annonce d'ores et déjà et sous réserve des précisions qu'il apportera ci-après qu'il n'accorderait pas la dispense du second vote constitutionnel si la formulation „des renseignements exacts et utiles“, elle-même imprécise et floue, devait être maintenue dans le texte, et le Conseil d'Etat de renvoyer à ce sujet à ses observations faites à l'endroit de l'article 2 du projet sur la différence de nature qui existe entre une recommandation du GAFI et un texte contraignant pénalement sanctionné. Il conviendrait dès lors dans ce cas d'énumérer limitativement dans le texte de la loi même quelles informations sont requises.

De l'avis du Conseil d'Etat, l'exigence devrait se limiter au choix du client, et alternativement soit au nom du donneur d'ordre, soit à son numéro de compte, et cette exigence ne devrait viser que les transferts vers des pays n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'Espace économique européen, ni au GAFI. En effet, à l'intérieur de ce cercle de pays, soit les exigences en matière d'identification des clients sont équivalentes, de sorte que la banque émettrice possède par définition toutes les données requises sur le donneur d'ordre, soit il existe des moyens d'entraide judiciaire permettant de retracer l'origine des flux en cas de soupçons. La transmission de telles données vers des pays tiers amènerait cependant d'autres problèmes, dont on traitera ci-après.

Par ailleurs, il faut noter que la directive n'exige nullement la révélation de données relatives au donneur d'ordre d'un transfert de fonds. Le Conseil d'Etat insiste par conséquent une fois de plus qu'il n'est pas dans l'intérêt ni des professionnels financiers ni de l'immense majorité des clients honorables

d'entériner des atteintes au secret bancaire ou à la liberté des flux financiers quand celles-ci ne sont pas commandées par des textes auxquels le Luxembourg a donné son *licet* sur le plan communautaire.

Enfin, si les auteurs du projet devaient maintenir la solution d'une exigence d'indication de données limitativement énoncées, ceci conduira à un dilemme précisément concernant les transferts hors de l'Union européenne.

En effet, d'après l'article 18(1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, „le transfert vers un pays tiers de données faisant l'objet d'un traitement ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si le pays en question assure un niveau de protection adéquat et moyennant le respect de la présente loi et de ses règlements d'exécution“. La loi du 2 août 2002 énonce ensuite différentes modalités de détermination du niveau de protection dans les pays tiers, avant de conclure que „quiconque effectue un transfert de données vers un pays tiers en violation des dispositions ... qui précèdent est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement“. La juridiction compétente *peut* par ailleurs ordonner la cessation des transferts concernés. Dans la mesure où il n'est pas clairement établi si les dérogations prévues à l'article 19 de la loi du 2 août 2002 peuvent couvrir les virements, le professionnel financier se trouverait dès lors confronté à un véritable dilemme, une aporie, à savoir un conflit de lois positif produit par son propre ordre juridique. En effet, le professionnel financier ne sait pas ce qu'il advient des données de clients qu'il a transmises via l'ordre de virement à une banque correspondante d'un quelconque pays tiers. Déjà à l'heure actuelle, la question des transferts de données liées à des transferts de fonds est une pierre d'achoppement potentielle dans la procédure de notification des traitements prévue par la loi du 2 août 2002 et applicable évidemment aux établissements de crédit.

Exiger formellement dans un texte de loi des professionnels financiers, que ce soit sous peine de sanctions pénales ou non, qu'ils transfèrent des données nominatives sur base d'une recommandation GAFI, mais en désaccord potentiel avec un texte communautaire (la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) et les textes nationaux de transposition en découlant, n'est pas acceptable. Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors formellement au maintien d'une telle obligation avant que l'interaction entre les textes en jeu ne soit clairement établie et appuyée par les avis des instances communautaires compétentes en la matière.

Les autres paragraphes de l'article 16 ne soulèvent pas d'observation, sauf celle déjà commentée à l'endroit de l'article 2, alinéa 4 ci-avant, concernant la notion de „sociétés“ qu'on retrouve à l'article 16, paragraphe 4.

#### *Article 17 (16 selon le Conseil d'Etat)*

Eu égard aux observations développées par le Conseil d'Etat concernant l'article 6 ci-avant, l'article 17 doit être modifié comme suit: En premier lieu, il convient de supprimer les références aux entreprises de réassurances à l'article 111-2. En second lieu, concernant le paragraphe 2 de l'article 111-2, le Conseil d'Etat relève que la précision „au Luxembourg et à l'étranger“ n'y figure pas. Afin de garder le parallélisme avec le libellé de l'article 2, alinéa 4, le Conseil d'Etat recommande de l'ajouter, tout en soulevant la même interrogation au sujet de l'imprécision de la notion de „sociétés dans lesquelles elles détiennent une participation qualifiée“.

#### *Articles 18 à 21 (17 à 20 selon le Conseil d'Etat)*

Ces articles énoncent des prescriptions équivalentes pour les professions de notaire, avocat, réviseur d'entreprises et expert-comptable. Dans la mesure où ces dispositions sont commandées par la directive, elles ne donnent pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat recommande cependant de libeller le texte proposé à l'article 18 (2) comme suit:

„Ils ne peuvent refuser leur ministère lorsqu'ils en sont requis, *sauf qu'ils doivent le refuser dans les cas ...*“. Le libellé proposé (qui figure d'ailleurs tel quel dans l'actuel article 3 de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat) laisse en effet entendre que les notaires garderaient une faculté d'appréciation quant à l'acceptation d'un tel mandat.

#### *Articles 22 et 23 (21 et 22 selon le Conseil d'Etat)*

Sans observation.

*Article 24 (23 selon le Conseil d'Etat)*

D'après l'article *2bis*, point 3 de la directive, les conseillers fiscaux tombent dans le champ d'application de ses dispositions. La technique de transposition choisie par les auteurs du projet de loi est fort intéressante: ils abrogent le paragraphe 197, alinéa 3, point 2 A.O., au motif que cette disposition est le siège d'une profession de „Steuerberater“ qui, d'après les auteurs, est restée purement virtuelle au Luxembourg, du moins au sens qui avait été prévu par la disposition afférente de l'A.O. Par contre, l'article 2, alinéa 1, point 15 attire dans la sphère de la loi toute personne qui exerce à titre professionnel au Luxembourg l'activité, non réglementée spécifiquement, de conseil fiscal.

Le Conseil d'Etat peut approuver cette méthode de transposition prudente et destinée à embrasser tous les cas de figure possibles, même s'il doit rendre attentif à ce qu'au vu du fait que le conseil fiscal n'est pas une activité réglementée au Luxembourg, il peut exister des cas-limites où il y aura des doutes si telle personne est effectivement visée par la définition de l'article 2, alinéa 1, point 15.

La question est pertinente alors que le non-respect des obligations professionnelles incombant à ces personnes est pénalement sanctionné. La difficulté est d'ailleurs la même pour d'autres professions non réglementées, dont notamment les agents immobiliers. Le Conseil d'Etat recommande dès lors au législateur de prévoir à terme un cadre réglementé pour toutes les professions auxquelles incombent des obligations et des responsabilités aussi lourdes que celles prévues par le présent projet. D'un autre côté, la formulation large et de ce fait pas assez précise de l'article 2, alinéa 1, point 15, risque de faire échapper à la loi certaines professions qui font effectivement du conseil fiscal, sans pour autant le faire paraître dans leur dénomination. Il faut entendre par là notamment la profession de conseil économique, dont les ressortissants agissent sur base d'une simple autorisation d'établissement. Afin de respecter l'esprit de la directive, et afin d'éviter toute discrimination injustifiée entre professionnels, le Conseil d'Etat recommande d'inscrire expressément dans la loi les conseils économiques.

*Article 25 (24 selon le Conseil d'Etat)*

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 30 mars 2004.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES

