

N° 5165¹⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

2^{ème} Session extraordinaire 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 DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES

(8.10.2003)

La Chambre des Notaires se doit de prendre position par rapport au projet de loi No 5165 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme vu que le projet vise d'une façon expresse les notaires dans son champ d'application (art. 2) et que la législation qui sera adoptée en la matière aura sans aucun doute un impact considérable sur l'exercice de la fonction notariale.

La Chambre des Notaires entend dans une première partie invoquer des points en relation directe avec l'activité notariale. Dans une deuxième partie elle fera valoir des considérations générales sur le projet de loi non directement liées à l'activité notariale.

*

I) REMARQUES EN RELATION DIRECTE AVEC L'ACTIVITE NOTARIALE

– L'activité notariale a déjà fait l'objet d'une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment par la loi du 11 août 1998. Cette loi ayant eu pour objectif d'introduire en droit luxembourgeois la directive 91/308/CEE avait, en ce qui concerne le notariat, largement anticipé sur la directive 2001/97/CE, que le projet de loi sous examen entend actuellement transposer en droit luxembourgeois, et avait soumis les notaires luxembourgeois à une obligation d'identification très stricte du bénéficiaire de toute opération en relation avec un acte notarié ainsi qu'à une obligation de coopération active avec les autorités pour prévenir toute opération de blanchiment.

Les autres pays de l'Union ayant été moins zélés à l'époque, lors de la transposition de la directive 91/308/CEE par rapport aux notaires, le Grand-Duché de Luxembourg se caractérise depuis 1998 par la législation notariale de loin la plus stricte en matière de lutte contre le blanchiment. Les notaires luxembourgeois ont ainsi déjà acquis une certaine expérience en la matière. Il n'empêche, comme on le verra ci-après, que le champ d'application de la nouvelle réglementation est largement étendu et qu'une série importante de règles et de procédures actuellement appliquées devront être profondément modifiées. Il faut, à ce sujet, cependant faire remarquer que des modifications légales à courte échéance du champ d'application et des règles à observer, dans une matière aussi épineuse que la lutte contre le blanchiment, rendent difficile l'exercice de la fonction notariale.

– Par suite du fait que la loi requiert pour certains actes la forme authentique et que les notaires en qualité d'officiers publics ont seuls d'une façon générale qualité à conférer le caractère authentique aux actes, ils s'avèrent être dans une position clef par rapport à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Si les banques, établissements de crédits et autres professionnels du secteur financier sont incontournables lorsqu'il s'agit d'opérations financières d'une quelconque importance à accomplir, on a l'habitude de considérer le notaire comme le pivot incontournable lorsqu'il s'agit de réaliser des opérations immobilières ou de former des sociétés de capitaux. C'est d'ailleurs cette considération qui indéniablement a été à la base de l'extension de 1998 des règles relatives à la lutte contre le blanchiment aux notaires sans autrement attendre la directive 2001/97/CE. Les notaires, conscients de leur rôle d'officiers publics appelés à conférer le caractère authentique aux actes sont d'accord à assumer pleinement ce rôle de premier plan dans cette lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. La Chambre des Notaires donne toutefois à considérer que:

- a) le caractère authentique peut être conféré aux actes tels que des opérations immobilières également par d'autres personnes que les notaires tels par exemple les autorités publiques comme l'Etat, divers parastataux, les communes. Or, il ne semble pas que le texte proposé soumette ces personnes également aux mêmes devoirs que les notaires en ce qui concerne la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Notamment le texte ne leur impose pas l'obligation de procéder à des vérifications concernant les bénéficiaires économiques et l'origine des fonds. La loi devrait assurer un traitement égalitaire en la matière.
- b) Il y a lieu de rappeler que l'article 1 de la loi sur le Notariat prévoit également l'hypothèse du caractère authentique que les parties veulent donner à un acte en l'absence de toutes prescriptions légales obligatoires. S'il est vrai que ces actes authentiques volontaires renfermeront dorénavant pour ainsi dire un „label de qualité“ en ce sens qu'ils auront fait l'objet d'un contrôle par rapport à la lutte contre

le blanchiment et le financement du terrorisme par le notaire officier public, cela notamment en ce qui concerne les bénéficiaires réels et l'origine des fonds, il n'empêche qu'il y a lieu de craindre que, pour éviter de tels contrôles obligatoires du moment que l'acte adopte la forme notariée, les parties préféreront en rester à l'acte sous seing privé, et éviteront de recourir aux services d'un notaire.

- c) Tel qu'on va le voir ci-après, le projet de loi imposera au notaire un important devoir de contrôle. L'inobservation de ce devoir de contrôle est sanctionnée sévèrement. En vue d'assurer un respect efficace des nouvelles dispositions législatives à intervenir il est important, indépendamment des sanctions en cas d'inobservation des règles de contrôle, que les nouvelles mesures de contrôle imposées aux notaires fassent l'objet d'une surveillance continue par l'organe professionnel chargé de la discipline, à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres professions (réviseurs d'entreprises). Dans un premier projet de la loi du 11 août 1998 la surveillance continue de l'observation des règles relatives à la lutte contre le blanchiment avait été confiée à la Chambre des Notaires. Ce pouvoir de surveillance fut cependant abandonné sur initiative du Conseil d'Etat. La Chambre des Notaires considère cet état des choses comme regrettable, car en présence d'un contrôle continu, il est plus certain que les nouvelles règles professionnelles seront strictement observées. Ainsi est-il proposé de modifier l'article 71 de la loi de 1976 telle que modifiée afin de ne plus laisser planer un doute sur l'autorité de la Chambre de faire contrôler les nouvelles règles professionnelles imposées par le projet de loi par une ajouture au numéro 6 dudit article, de façon à se lire comme suit: „contrôler la comptabilité notariale et l'observation des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme“.
- d) Comme la loi impose le recours obligatoire à un notaire pour la rédaction sous forme authentique de certains actes, le notaire, en sa qualité d'officier public, ne peut refuser à l'heure actuelle son office qu'au cas où l'acte en question violerait une disposition légale sanctionnée sur le plan pénal (article 21). Si l'acte ne contrevient pas à une disposition pénale, mais contient seulement des dispositions qui sont prohibées par d'autres lois et règlements, le notaire n'est pas en mesure de refuser son ministère, tout en étant obligé d'observer les prescriptions de l'article 22. Ces dispositions sont manifestement dépassées par les nouvelles missions publiques dont les notaires sont chargés par des lois récentes. L'article 1 de la loi du 9 décembre 1976 décrit parfaitement la mission du notaire telle qu'elle existait par le passé. L'article 1 définit les notaires comme suit: „*Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et des expéditions*“. A côté de ces missions classiques décrites ci-dessus sont venues s'ajouter des missions de contrôle de l'existence de certaines données que la loi requiert au moment où l'acte est passé par devant le notaire. Il en est ainsi dans le domaine du droit de la société anonyme où le notaire doit, sous sa responsabilité personnelle, contrôler l'existence des conditions de fond au moment de la constitution ou de l'augmentation de capital de ces sociétés. Le projet de loi No 5157 entend étendre cette responsabilité également aux sociétés à responsabilité limitée. Une responsabilité encore plus considérable est mise à charge des notaires en cas de fusion de sociétés de capitaux, scissions et opérations y assimilées où les notaires doivent vérifier et attester l'existence et la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle ils instrumentent et du projet de fusion ou de scission. Il est évident qu'au cas où les notaires devaient constater que les conditions et formalités de fait ou de droit que la loi leur donne comme mission de vérifier quant à leur existence et leur légalité font défaut, ils doivent refuser leur ministère afin de préserver le droit des parties et spécialement le droit des tiers. Le présent projet de loi confie la mission spéciale aux notaires de lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Pour faire droit à toutes ces nouvelles missions il est important de modifier l'article 3, troisième phrase de la loi sur l'organisation du notariat dans le sens du projet de loi. La Chambre des Notaires souscrit donc entièrement au texte de loi proposé même si l'amendement proposé par le projet dépasse quelque peu l'objet stricto sensu du projet de loi sous examen.
- e) La Chambre constate que le texte de la directive à mettre en œuvre s'exprime d'une façon différente que le projet de loi à l'article 2 (13), (14) et (15). Suite à cette différence de libellé, les notaires seront soumis à la nouvelle réglementation d'une façon générale, peu importe l'activité déployée, même en dehors du cadre notarial proprement dit, alors que les avocats, conformément au texte de la directive, ne seront soumis aux nouvelles règles que lors de l'exercice de certaines activités qui sont énumérées d'une façon exhaustive par le projet à l'instar de la directive. Pourquoi le texte de la directive n'a-t-il pas été transposé tel quel? Parce que le notaire est un officier public et que dès lors il devrait d'une

façon générale tomber pour toute activité quelconque sous cette loi? Cette explication n'est pas satisfaisante. A première vue il semble s'agir en l'occurrence plus d'une question de principe étant donné que l'ensemble des activités énumérées par le numéro 14a et b de l'art. 2 semble représenter la totalité des prestations faites par le notaire à ses clients. Mais, en regardant de plus près, tel n'est pas le cas. Lors de la mise en œuvre de la loi du 11 août 1998, la Chambre des Notaires avait pris l'approche 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. En effet, le risque de blanchiment de capitaux (ou de financement du terrorisme) ne peut se concevoir que par rapport à des opérations entraînant directement ou indirectement un transfert de capitaux au sens large. Or, il existe 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 n'est d'aucune utilité. A titre d'exemple, on peut citer une modification statutaire d'une société relative à des règles de fonctionnement des organes sociaux, tel que la date de l'assemblée générale annuelle. La Chambre des Notaires est de l'opinion qu'il est plus sage de reprendre le texte de la directive. On pourra ainsi encore profiter de la doctrine et de la jurisprudence à intervenir en la matière tant au niveau communautaire qu'au niveau des autres pays de la communauté.

L'article 3 imposant l'obligation de connaître le client reprend le libellé de la directive. Ce texte se distingue de l'article 15 de la loi du 11 août 1998 et appert être fondamentalement en retrait par rapport à ce dernier. L'article 15 obligeait les notaires à faire, en dehors de l'identification classique des comparants à l'acte par document probant, une identification de tout bénéficiaire en relation avec l'opération à documenter par acte notarié (donc non seulement, par exemple en cas de vente, le vendeur et l'acquéreur mais également tout autre bénéficiaire en relation avec l'acte de vente, tel un tiers bénéficiaire de certaines dispositions de l'acte) et cela dans tous les cas, qu'il y ait doute ou non sur la question de savoir si le client qui comparait à l'acte ou le client mandant, pour compte duquel le comparant agissait, était le bénéficiaire réel. De plus, au cas où lors de l'indication des comparants à l'acte ou des mandants de ceux-ci comme bénéficiaires réels, il continuait à exister des doutes dans le chef du notaire sur la question de savoir si les bénéficiaires réels indiqués étaient les bénéficiaires réels effectifs, le notaire devait prendre des mesures raisonnables supplémentaires pour obtenir une information sur les bénéficiaires effectifs. Dans l'optique que l'art. 3 s'adresse non seulement aux notaires mais à toute personne énumérée au No 17 de l'art. 2, agissant dans l'exercice de sa profession pour une vente en espèces¹, il faut croire dans une première lecture du texte que l'identification à laquelle il est fait allusion dans cet art. 3(1) est l'identification classique que le notaire était, même avant 1998, obligé de faire en vertu de l'article 29 de la loi sur le notariat, tant pour le comparant que pour son mandant. L'identification du véritable bénéficiaire réel, notion économique ayant une portée différente de la notion de client comparant, ne devrait se faire que dans le cas où la situation visée à l'art. 3(3) vient à exister, à savoir lorsque le notaire a des doutes sur la question de savoir si le client comparant ou le mandant est également le bénéficiaire réel. En lisant le commentaire de l'art. 2 ad point 13 et de l'art. 3 on a cependant l'impression que l'interprétation des mots „des personnes pour lesquelles ils agissent“ ne vise pas le cas des mandants pour lesquels les comparants agissent mais les bénéficiaires réels, notion économique. Si cette interprétation large des mots „des personnes pour lesquelles ils agissent“ devait prévaloir, ceci aurait d'une part pour conséquence que l'obligation d'identification du bénéficiaire réel dans tous les cas (donc même en l'absence de doute) telle que la connaissait le notaire à l'heure actuelle resterait maintenue sans changement mais d'autre part que cette obligation d'identification deviendrait une obligation générale s'appliquant à toutes les personnes visées par le texte proposé. Dans ce cas il faut se demander, tout comme le fait l'ABBL, si l'extension du champ d'application de la loi au-delà de ce que requiert la directive à toutes personnes visées par l'article 2 No 17 est justifiée et raisonnable.

L'art. 3 ne reprend pas l'exception de l'obligation d'identification prévue par l'art. 15 de la loi du 11 août 1998 au cas où les fonds relatifs à l'opération à documenter par acte notarié se trouvent déposés auprès d'un établissement de crédit ou un PSF au motif que cette exception n'est plus visée par la directive. Il y a lieu de souligner toutefois que l'article 3 (7) fait mention conformément à la directive d'une possibilité de délégation par mandat du devoir d'identification par un des professionnels visés par la

¹ Il est curieux de constater que sont exclus des échanges, des datations en paiement et autres opérations similaires entraînant un transfert de capitaux ou de biens et donc par définition des opérations susceptibles d'être des opérations de blanchiment „élaborées“.

directive à un autre professionnel visé par la loi luxembourgeoise. Il est probable que cette délégation par mandat sera en fait largement utilisée par le notariat dans les cas où l'acte à documenter sous forme authentique (spécialement en matière de sociétés) se fera de l'intervention d'un établissement de crédit ou d'un PSF, lesquels sont plus outillés pour une identification efficace des bénéficiaires réels que les notaires. Suivant le projet de loi, la pratique, telle qu'elle existe à l'heure actuelle, devra être changée, car, pour chaque délégation du devoir d'identification lors de la passation d'un acte notarié, il devra exister un mandat écrit stipulant au notaire le droit d'accès aux documents d'identification. En plus, une copie au moins de ces documents doit être remise au notaire. Tout comme l'ABBL, la Chambre des Notaires considère que ces deux exigences se recouvrent. La loi devrait prévoir soit l'accès aux pièces d'identité copiées, soit la transmission des copies, mais pas les deux à la fois. En droit, la situation changera également. Alors qu'en vertu de l'exception prévue à l'art. 15 de la loi du 11 août 1998, le notaire n'avait plus aucune obligation légale par rapport à l'identification du bénéficiaire réel, l'art. 3 (7) impose au mandant, c'est-à-dire au notaire, la responsabilité du bon accomplissement du devoir d'identification du bénéficiaire réel par le mandataire.

En ce qui concerne le point de départ du délai de l'obligation de conservation des documents ayant servi à l'identification du ou des bénéficiaires réels, la Chambre, sur base du commentaire de l'article 3, 1er paragraphe, considère qu'il s'agit de la date à laquelle l'acte a été passé par devant le notaire. En effet, après la passation de l'acte devant le notaire, les relations entre le „client“ et le notaire prennent fin. Cette règle devrait être générale, ceci même au cas où le client est susceptible de se présenter auprès du même notaire pour un autre acte à une date ultérieure.

L'article 4 obligera les notaires à mettre sur pied dans leurs études une organisation interne adaptée aux nouveaux devoirs de contrôle et de communication auxquels les notaires seront soumis. C'est spécialement à ce niveau que le rôle de la Chambre, pour proposer aux notaires des types d'organisation internes à ce sujet, s'avérera important. Là encore la Chambre considère qu'il est important qu'il lui soit dévolu une mission de surveillance des études par rapport à la mise en place et l'exercice effectif de ces procédures adéquates de contrôle interne et de communication. La Chambre considère encore qu'elle aura un rôle important à jouer par rapport à la formation et la sensibilisation des notaires et de leurs employés en relation avec les nouveaux devoirs imposés aux études notariales.

*

II) REMARQUES GENERALES SUR LE PROJET DE LOI NON DIRECTEMENT LIEES A L'ACTIVITE NOTARIALE

La Chambre des Notaires estime que le Grand-Duché doit faire tous les efforts pour transposer d'une façon rapide et efficace la directive mais qu'il ne devrait pas aller au-delà, en introduisant des règles spéciales en la matière, différentes et plus rigoureuses que celles prévues dans la directive et non reprises dans les pays voisins, exposant ainsi le Grand-Duché de ne point pouvoir, en cas de litige, utiliser la doctrine et jurisprudence des grands pays voisins, circonstance qui aboutira à une insécurité juridique.

*Pour la Chambre des Notaires,
Le Secrétaire,
Me Henri BECK*

