

**N^{os} 5756⁴
5811⁴**

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

**relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement
du terrorisme et modifiant:**

- 1) l'article 506-1 du code pénal,
- 2) la loi du 14 juin 2001 portant
 1. approbation de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg, le 8 novembre 1990;
 2. modification de certaines dispositions du code pénal;
 3. modification de la loi du 17 mars 1992
 1. portant approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne, le 20 décembre 1988;
 2. modifiant et complétant la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie;
 3. modifiant et complétant certaines dispositions du code d'instruction criminelle

PROJET DE LOI

portant transposition de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme,

portant transposition de la directive 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures de mise en oeuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des „personnes politiquement exposées“ et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée et modifiant:

1. la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme;

2. la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire;
3. la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;
4. la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances;
5. la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat;
6. la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
7. la loi modifiée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseurs d'entreprises;
8. la loi du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert comptable

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(22.4.2008)

Par dépêche du 29 août 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sub I), élaboré par le ministre du Trésor et du Budget. Le texte était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'un tableau de correspondance donnant un aperçu de la couverture des différentes catégories d'infractions en droit luxembourgeois.

Les avis de la Chambre de travail, de la Chambre des employés privés et de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'Etat par dépêches respectivement du 19 novembre 2007, du 26 novembre 2007 ainsi que du 1er février 2008.

Alors que le Conseil d'Etat était sur le point de finaliser ses travaux sur le projet sub I), c'est par dépêche du 6 décembre 2007 que le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sub II), élaboré à son tour par le ministre du Trésor et du Budget. Le texte fut accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que d'un tableau de transposition des directives 2005/60/CE et 2006/70/CE.

Quant au projet sub II), l'avis de la Chambre des employés privés a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 14 mars 2008, celui de la Chambre des métiers par dépêche du 4 avril 2008.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Au vu du lien étroit entre la substance des deux projets, le Conseil d'Etat entend les traiter dans un seul et même avis, alors que les dissocier serait dépourvu de cohérence.

Concernant le projet sub I), le Conseil d'Etat est quelque peu étonné de lire à l'exposé des motifs que l'objectif du projet est la mise en conformité du dispositif luxembourgeois de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme „avec les exigences internationales en ce qui concerne la définition du blanchiment“. On pourrait donc croire que le Luxembourg ne remplit pas les exigences internationales non autrement définies que par une référence aux 40 recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) de 2003. Or, lesdites recommandations avaient déjà été prises en compte dans le cadre de ce qui est devenu la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Quant au fond, le projet sub I) traduit en droit pénal luxembourgeois ce que les auteurs appellent une „approche générale par seuil“, ce qui revient en pratique à greffer l'infraction de blanchiment sur quasiment toutes les infractions primaires, étant donné que tout produit généré par une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'un minimum supérieur ou égal à 6 mois est désormais visé. Tout en sachant que telle est la tendance volontariste qu'on peut dégager de la directive 2005/60/CE („3e directive blanchiment“), le Conseil d'Etat se doit de rappeler les réserves qu'on peut lire dans ses avis du 30 mars 2004 (*doc. parl. No 5165*⁵) et du 17 mars 1998 (*doc. parl. No 4294*⁶) face à une

généralisation de l'infraction de blanchiment. Ces réserves concernent tant le risque d'implosion systémique des mécanismes de contrôle lorsque le soupçon devient le principe et que la bonne foi doit être prouvée que, et surtout, le fait que l'approche projetée risque d'aboutir à un renversement de la charge de la preuve. En effet, ainsi que déjà développé dans l'avis précité du 17 mars 1998:

„Une généralisation de l'incrimination des opérations de blanchiment risque d'avoir des répercussions considérables, sinon en droit, du moins en fait, au niveau de l'administration de la preuve: selon le droit commun de la preuve en matière pénale, c'est au ministère public qu'il incombe de prouver la culpabilité du prévenu. S'agissant du délit de blanchiment, délit de conséquence, il appartient en premier lieu au ministère public de rapporter la preuve de l'origine délictueuse des biens à blanchir.

La généralisation de l'incrimination du blanchiment peut conduire à cette conséquence que la poursuite du délit de blanchiment ne dépend plus de la preuve du délit sous-jacent. Il suffit que soit démontrée l'origine illicite des biens à blanchir. En d'autres termes, il suffirait aux juridictions de retenir, d'une manière générale, que les biens à blanchir ont une origine illicite, et elles n'auraient pas l'obligation de constater de quel(s) crime(s) ou délit(s) spécifiques proviennent les biens à blanchir (Cass. Belge 31.10.1995, inédite).

Une telle approche, appliquée au délit de blanchiment, risque de conduire à une sorte de renversement de la charge de la preuve: du moment que le ministère public rapporte la preuve de l'origine globalement illicite des biens à blanchir, le prévenu, pour échapper à une condamnation et à la confiscation des biens, doit prouver au cas par cas que l'origine de tel ou de tel bien n'est pas illicite, mais au contraire licite.

Même s'il n'y a pas de dérogation proprement dite au principe de la charge de la preuve, le Conseil d'Etat estime opportun de ne s'engager dans une telle voie que dans le contexte d'une lutte efficace de la menace que constitue la criminalité organisée.

La généralisation de l'incrimination des opérations de blanchiment pourrait par ailleurs faire naître la tentation de „privilegier“ cette incrimination au détriment de la poursuite des infractions de base, en considération notamment du fait que le ministère public n'a plus à rapporter la preuve spécifique du crime ou du délit dont le délit de blanchiment est la conséquence.“ (*Doc. parl. No 4294⁶, p. 4*)

L'infraction primaire est dès lors vidée de sa substance propre, et sa recherche risque d'être négligée au bénéfice de l'approche déductive découlant du primat de l'infraction de blanchiment.

De surcroît, le Conseil d'Etat attire une fois de plus l'attention sur, d'un côté, les difficultés considérables de mise en œuvre pratique que rencontreront notamment les professions non réglementées, et, de l'autre côté, sur la tendance inquiétante de faire des acteurs économiques des auxiliaires de justice, ce qui est d'autant plus vrai que la base des infractions visée est plus large.

Pour ce qui est du projet sub II), deux tendances nouvelles peuvent être relevées: en premier lieu, le projet traduit en droit luxembourgeois la „risk based approach“, consistant à dire que le degré de risque de blanchiment varie avec le type de client ou de transaction à vérifier. Il est vrai que face à une infraction de blanchiment généralisée, il faut trouver d'autres moyens de cibler et de trier les contrôles, afin de maintenir l'efficacité d'un système déjà fort encombré et tentaculaire.

Le second point à relever est la restriction de la définition du périmètre des „personnes politiquement exposées“. En effet, la directive 2006/70/CE en a délimité et réduit le nombre d'une façon fort salutaire, d'autant plus qu'une définition restreinte des „PEPs“ ne porte en rien atteinte au devoir de vigilance des professionnels face à la corruption active et passive.

D'un point de vue pratique, le Conseil d'Etat va examiner le projet de loi *No 5756* sous un chiffre I, et le projet de loi *No 5811* sous un chiffre II. Il recommande d'ailleurs aux auteurs des deux projets de faire de même, étant donné, premièrement, que cela facilitera la lecture aux justiciables et que, surtout, le projet de loi *No 5756* opère la mise à jour de l'article 506-1, point 1) du Code pénal sur base des exigences de la 3e directive, qui n'est pourtant transposée qu'au titre du projet de loi *No 5811*.

EXAMEN DES ARTICLES

I.

Le texte du projet de loi *No 5756*, qui ne comprend que trois articles, appelle les observations suivantes.

Article 1er

Dans le catalogue de l'article 1er, les auteurs du projet ont tâché de restituer le principe d'une approche générale par seuil, qui revient à instituer le blanchiment d'argent en une infraction généralisée, tous les crimes (sous réserve des observations que le Conseil d'Etat formulera ci-après) et la quasi-totalité des délits prenant le caractère d'infraction primaire dans ce contexte.

La technique législative proposée par les auteurs du projet ne trouve pas l'approbation du Conseil d'Etat. En effet, à l'énumération exhaustive d'infractions fournie par l'article 506-1, point 1) du Code pénal dans sa mouture actuelle, est substituée une liste plus longue, mais apparemment non exhaustive, d'exemples d'infractions primaires, complétée à la fin par un principe général „fourre-tout“ qui ramasse tout ce qui aurait pu être oublié.

Etant donné que la 3e directive adopte une approche comparable, le Conseil d'Etat n'entend cependant pas s'opposer à cette approche. Cela étant, s'il s'agit de transposer la directive, il convient de s'y limiter et de ne pas dépasser son cadre. Or, en vertu de l'article 44 de la directive 2005/60/CE, celle-ci abroge la directive 91/308/CE. De l'avis du Conseil d'Etat, il faut comprendre par là que la directive 91/308/CE est abrogée avec toutes ses modifications subséquentes, y compris la directive 2001/97/CE, qui avait été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 12 novembre 2004. Dès lors, la transposition correcte de la directive 2005/60/CE doit se limiter au champ qui est le sien et qui, pour ce qui est de la délimitation des infractions primaires, résulte notamment de l'article 3 de la directive.

Le Conseil d'Etat préconise dès lors l'approche suivante pour le nouveau libellé de l'article 506-1, point 1) du Code pénal: il convient d'énoncer en premier lieu le principe général, tout en le limitant aux infractions punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée minimale supérieure à six mois (et non pas égale ou supérieure), tel que prescrit par l'article 3, point 5) sous f) de la directive. Ce principe est à compléter par les autres infractions graves au sens de l'article 3, point 5) de la directive, en indiquant les articles afférents du Code pénal luxembourgeois, dans la mesure où ces infractions ne seraient pas encore visées par le principe général. En tout cas, les infractions visées par la directive se limitent

- à des actes qu'on peut qualifier de terroristes ou de préparatoires d'actes de terrorisme (décision-cadre 2002/475/JAI; ces actes sont visés par les articles 135-1 et suivants de notre Code;
- au trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes;
- aux différents types d'organisations criminelles;
- aux fraudes graves;
- à la corruption.

Or, toutes ces infractions sont couvertes soit par des textes spécifiques, soit par le texte actuel de l'article 506-1, point 1) du Code pénal, qui est partant à maintenir dans son libellé actuel et à compléter par un tiret énonçant le principe général. L'article 506-1, point 1) prendra le libellé suivant:

- „1) ceux qui ont sciemment facilité, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens visés à l'article 31-1, alinéa premier, sous 1), formant l'objet ou le produit, direct ou indirect
 - de toute infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'un minimum supérieur à 6 mois;
 - d'une infraction aux articles 135-1 à 135-6 du Code pénal;
 - de crimes ou de délits dans le cadre ou en relation avec une association au sens des articles 322 à 324ter du Code pénal;
 - d'une infraction aux articles 368 à 370 et 379 à 379bis du Code pénal;
 - d'une infraction aux articles 496-1 à 496-4 du Code pénal;
 - d'une infraction de corruption;

- d’une infraction à la législation sur les armes et munitions;
ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l’une ou de plusieurs de ces infractions.“

Le texte proposé par le Conseil d’Etat (reprenant comme principe général le dernier tiret du texte gouvernemental ainsi que les tirets actuels de l’article 506-1), a l’avantage d’éviter un écueil non abordé par les auteurs du projet de loi. En raison du principe de l’interprétation stricte des textes de droit pénal spécial, le dernier tiret du texte proposé vise uniquement les délits (seules infractions à pouvoir être punies d’une peine d’emprisonnement) et non pas les crimes, punis, eux, d’une peine de réclusion. Contrairement à ce qui est affirmé au tableau de correspondance, le meurtre, l’enlèvement, la séquestration et la prise d’otages pour ne citer que ces exemples, ne sont pas des infractions punies d’une peine d’emprisonnement d’un minimum supérieur à 6 mois.

Dans le texte proposé par le Conseil d’Etat et qui est celui de l’article 506-1 actuel, les crimes seront visés en tant qu’infractions primaires dans le cadre des associations de malfaiteurs et des organisations criminelles. Si la Chambre des députés décidait de ne pas suivre le Conseil d’Etat dans sa proposition de texte, il faudrait pour le moins remplacer „peine d’emprisonnement“ par „peine privative de liberté“, ou écrire „d’une peine de réclusion ou d’une peine d’emprisonnement d’un minimum supérieur à 6 mois“.

Pour autant que de besoin, le Conseil d’Etat tient encore à souligner que l’association de malfaiteurs et la participation à une organisation criminelle organisée sont de toute façon des infractions primaires qui permettent d’appréhender un éventail très large de comportements délictueux et d’en faire ainsi des infractions primaires de blanchiment.

Articles 2 et 3

Les articles 2 et 3 du projet de loi sous examen n’appellent pas d’observation de la part du Conseil d’Etat, qui tient à souligner cependant que s’il est suivi dans sa proposition de texte à l’article 1er, l’article 2 devient superfétatoire.

II.

Article 1er

L’article 1er du projet de loi *No 5811* regroupe toutes les modifications à apporter à la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Le paragraphe 1er vise à compléter l’article 1er de ladite loi par une liste étendue de définitions. On peut relever notamment les aspects suivants:

Le point (7) introduit pour la première fois dans le droit luxembourgeois une définition légale du bénéficiaire effectif, ce qui a des mérites de sécurité juridique notamment en ce qui concerne les personnes physiques possédant ou contrôlant des personnes morales ou d’autres types de structures disposant ou non de la personnalité juridique au niveau desquelles sont effectuées des transactions pour compte de personnes physiques.

Quant à la nouvelle définition des personnes politiquement exposées et des personnes exerçant une fonction publique importante (points (9) et (10)), elle a le mérite d’être à la fois plus claire et plus restrictive. L’interprétation à un moment très extensive de cette notion avait en effet donné lieu en son temps à des divergences d’application et à un mouvement de refus compréhensible de la part des personnes concernées.

En même temps, la définition claire et limitative résultant de la directive 2006/70/CE se rapproche à nouveau de la lecture initiale qu’avait l’OCDE desdites notions quand elles étaient introduites pour la première fois, il y a plus de 10 ans, dans le cadre de la lutte contre la corruption publique.

Le paragraphe 2 de l’article 1er du présent projet de loi n’appelle pas d’observation dans la mesure où il ne fait que tenir compte de l’extension des obligations prévues par la loi de 2004 aux intermédiaires d’assurances tout court.

Le paragraphe 6 de l’article 1er du projet de loi sous avis appelle une observation de principe: il étend les obligations en matière de blanchiment potentiellement à „d’autres personnes physiques ou morales négociant des biens“. D’après le considérant 18 de la directive 2005/60/CE, et suivant la lecture

que le Conseil d'Etat fait du texte sous examen, seuls les négociants agissant à titre professionnel sont visés. Dans le même contexte, le Conseil d'Etat relève que d'après l'exposé des motifs, on se réfère à la „compétence générale de la Chambre de commerce qui en vertu de l'article 35 de la loi modifiée du 4 avril 1924 veille à l'observation par ses ressortissants de la législation en matière commerciale et industrielle“. Tout d'abord, le Conseil d'Etat souligne que la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base électorale ne donne aucunement compétence à la Chambre de commerce (ni d'ailleurs aucune autre loi organique à une autre chambre professionnelle) d'exercer des contrôles sur ses membres face à un texte de nature pénale comme c'est le cas pour la matière sous avis. On ne saurait donc tirer un parallèle avec notamment la compétence expressément prévue du Bâtonnier pour recueillir les dénonciations émanant d'avocats inscrits au tableau de l'Ordre. Ensuite, à supposer même qu'une telle compétence puisse être créée un jour, elle ne pourrait s'exercer qu'envers les personnes membres de la chambre en question.

Le Conseil d'Etat note, à la lecture combinée du paragraphe 7, dernier alinéa, avec le commentaire afférent, que cette disposition est susceptible de viser les hôteliers faisant du change d'espèces et ne disposant pas d'un agrément en tant que professionnels du secteur financier.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au maintien de cet alinéa, alors qu'une loi ne peut pas introduire elle-même une appréciation hypothétique quant à son champ d'application. Dès lors, soit la disposition et le facteur d'imprécision sont supprimés, soit elle exprime péremptoirement à qui elle s'applique et dans quelles conditions.

Le paragraphe 8 amende l'article 3 de la loi de 2004, relatif aux obligations de vigilance à l'égard de la clientèle. Ce qui est actuellement un seul article 3, intitulé „*Obligation de connaître les clients*“ est ventilé en quatre articles distincts (articles 3 à 3-3 nouveaux) en fonction d'une approche basée sur le risque. Il est vrai que cette approche est plus judicieuse que l'approche „unitaire“ actuelle, alors que sur base de leurs activités et de leurs statuts juridiques respectifs, tous les clients ne présentent pas des caractéristiques de risque blanchiment de même niveau. Ainsi, le nouvel article 3 peut être considéré comme une sorte d'introduction, par rapport aux classifications plus spécifiques des dispositions subséquentes, et constitue une sorte de dénominateur commun en matière d'entrée en relation et de connaissance du client („know your customer“ (KYC)).

Quant au nouvel article 3-1, il énonce les obligations de vigilance simplifiée par rapport à une clientèle jugée peu risquée. Cet article soulève cependant plusieurs interrogations:

En premier lieu, on note que la vigilance simplifiée concerne avant tout le volet „entrée en relation d'affaires“ et „documentation sur le client“, mais qu'elle concerne beaucoup moins la vigilance systématique et régulière en matière de transactions, qui doit toujours exister si besoin en est.

Ensuite, on lit au paragraphe 2 de l'article 3-1 que „les professionnels peuvent ne pas appliquer les obligations de vigilance“ à l'égard d'une série de types de clients. Est-ce à dire que cela délie le professionnel de toute responsabilité dans le domaine qui relève du champ d'application dudit article?

Le Conseil d'Etat s'étonne par ailleurs que, parmi les clients y visés, figurent ceux qui occupent une fonction publique en vertu du droit communautaire originaire ou dérivé. Le Conseil d'Etat estime qu'il est nécessaire de fournir des précisions sur le point d). En effet, on ne le retrouve pas au niveau de la directive, qui se borne à prévoir une possibilité de vigilance simplifiée envers les autorités publiques nationales. Ensuite, à la lecture du point d), on croit devoir comprendre que ce sont des personnes physiques qui sont visées. Or, est-ce que cela englobe d'une manière générale les fonctionnaires européens qui, rappelons-le, figurent actuellement aux antipodes dans la catégorie des personnes politiquement exposées? Si tel n'est pas le cas, qui est vraiment visé?

Enfin, à titre légistique, le Conseil d'Etat recommande de supprimer les énumérations par lettres-prime et de les remplacer par des points-bullet ou des tirets.

A l'opposé, le nouvel article 3-2 énonce les obligations renforcées de vigilance envers des clients jugés plus enclins au blanchiment.

Quant à l'article 3-3, il reprend la possibilité déjà actuellement prévue de déléguer les obligations en matière d'identification des clients et d'analyse des transactions à des tiers dûment qualifiés, sans pour autant décharger le professionnel initial de ses responsabilités.

Le paragraphe 10 modifie légèrement l'article 4 de la loi de 2004. La seule innovation consiste dans la précision que les établissements de crédit et les établissements financiers doivent mettre en place des systèmes permettant une réponse „rapide“ aux demandes de la cellule de renseignement financier.

Les autres modifications apportées à la loi de 2004 n'appellent pas d'observations autres que celles déjà exposées au commentaire des articles de ce projet de loi.

Articles 2 à 8

Les articles 2 à 8 du projet sous avis apportent les amendements devenus nécessaires aux lois régissant plus spécifiquement l'organisation judiciaire et les professions réglementées concernées par le projet.

Une seule question se pose à cet effet: la modification à l'article 13 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire prévoit désormais un „retour d'information“ sur l'efficacité des déclarations de soupçons et sur les suites données à celles-ci. Les destinataires dudit retour d'information sont sans doute les déclarants eux-mêmes, ce qui peut présenter pour les professionnels une certaine utilité par exemple au niveau de la typologie des déclarations. La disposition soulève néanmoins quelques interrogations: surtout, il convient de supprimer, en début de phrase, „dans la mesure du possible“, alors que la loi n'a pas à disposer sur de pures potentialités. Or, si on érige le retour d'information en obligation, sous la seule réserve de ne pas compromettre les investigations en cours, on lie la main des autorités. Le Conseil d'Etat recommande dès lors de supprimer la proposition de modification de la loi sur l'organisation judiciaire, alors que ce qui peut se faire n'a pas besoin de faire l'objet d'une disposition législative.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 avril 2008.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Alain MEYER

