

Objet: 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, à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 novembre 1990 ;
 2. modifications 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. (3260BJO)

Saisine : Ministre du Trésor et du Budget (30 août 2007)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme a pour objet de transposer une partie de la troisième directive anti-blanchiment, 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, ci - après la « Directive » et de mettre la législation luxembourgeoise en conformité avec les exigences internationales en ce qui concerne la définition du blanchiment et la liste des infractions primaires. En cela, il vise également à s'aligner sur les recommandations du Groupe d'Action Financière (ci - après le « GAFI ») concernant les infractions sous-jacentes. De manière accessoire, le présent projet de loi opère un certain nombre d'ajustements techniques à des dispositions du Code pénal qui tiennent compte de l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2007 sur la confiscation.

L'extension du champ d'application des infractions primaires de blanchiment, (qui est le fait de nouvelles catégories d'infractions sous-jacentes, rattachées à la liste des infractions graves du Code pénal) - sur base des recommandations I et II du GAFI et de la législation communautaire - élargit considérablement la définition de l'infraction de blanchiment de capitaux en droit luxembourgeois. Elle a pour conséquence majeure de pouvoir plus largement incriminer cette infraction.

En ce qui concerne la définition des catégories d'infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux, le projet de loi sous avis fait une transposition exacte des recommandations du GAFI et, s'agissant seulement des dispositions qui s'y rapportent, est conforme à la Directive tout en relevant que la notion de seuil minimal qui sert à définir les différentes catégories d'infractions primaires figure déjà dans la législation luxembourgeoise.

La Chambre de Commerce ne s'oppose pas en pratique à l'extension de la qualification d'infractions primaires de blanchiment, respectivement à la banqueroute, aux abus de confiance et à l'escroquerie, infractions graves définies dans le Code pénal luxembourgeois. En particulier, elle relève l'introduction d'une nouvelle infraction primaire de

blanchiment, *la fraude aux intérêts financiers des communautés européennes*¹ dont la définition reconnaît également le caractère intentionnel de cet acte ou de cette omission.

D'une manière générale, s'agissant des nouvelles infractions primaires de blanchiment, la Chambre de Commerce fait remarquer que celles-ci sont plus difficilement décelables alors qu'elles ne sont très souvent que commises de façon isolée. La Chambre de Commerce est d'avis que la nouvelle réglementation ne devra pas aboutir à une mise en cause quasi-automatique de la responsabilité du banquier dans le sillage d'une infraction primaire telle qu'un abus de confiance, une escroquerie ou un faux.

En effet, faute de se limiter à cet objectif, il est à craindre que la multiplication des déclarations de soupçons qui suspectent des infractions de blanchiment, n'altère gravement la relation de confiance existant normalement entre les professionnels visés - plus spécifiquement les banques et les professionnels du secteur financier - et leurs clients.

Pour ces raisons, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il convient d'apprécier concrètement les nouvelles catégories d'infractions primaires en s'appuyant avant tout sur des preuves qui autorisent effectivement la mise en œuvre d'une instruction pénale. A cet égard, la responsabilité d'un professionnel pour manquement grave à ses obligations de communiquer aux autorités compétentes des informations, soupçons ou indices constitutifs d'une infraction de blanchiment, ne devrait pouvoir être mise en cause sans la mise en évidence d'un élément qui prouve que ce dernier avait connaissance ou l'intention de dissimuler ou de participer aux agissements constitutifs d'infractions primaires de blanchiment. De plus, elle estime que ces obligations déclaratives devraient clairement exclure l'obligation pour le banquier ou tout professionnel visé de mener des diligences particulières en vue d'une qualification de l'infraction primaire dans le chef de son client ou du « blanchisseur » avec lequel il est directement ou indirectement en relation d'affaires.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce approuve le présent projet de loi sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation du projet de loi :

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	0
Impact financier sur les entreprises	0
Transposition de la directive	+
Simplification administrative	-
Impact sur les finances publiques	n.a.

Appréciations:	++	:	très favorable
	+	:	favorable
	0	:	neutre
	-	:	défavorable
	--	:	très défavorable
	n.a.	:	non applicable
	n.d.	:	non disponible

1. Une transposition partielle de la troisième directive anti - blanchiment.

De l'aveu même de ses rédacteurs, l'objectif du présent projet de loi n°5756 ne vise qu'à transposer une partie de la Directive.

¹ Article 1^{er}, paragraphe 1^{er} de la Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité de l'Union européenne relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

En adoptant ce texte, le Luxembourg se conformera à ses obligations internationales pour ce qui est de la définition des infractions primaires de blanchiment. Il lui restera ensuite à transposer les autres dispositions de la Directive, en particulier celles relatives à l'approche basée sur le risque, aux obligations de vigilance simplifiées ou renforcées à l'égard de la clientèle.

La transposition de ces dispositions fait l'objet du projet de loi n^o 5811 dont la Chambre de Commerce est également saisie pour avis.

2. Une nouvelle définition des infractions primaires de blanchiment.

La directive 2001/97/CE (dite 2^{ième} directive anti-blanchiment) se limitait à déterminer les infractions sous-jacentes au blanchiment par référence à une liste d'infractions appelées infractions graves. La Chambre de Commerce rappelle que la notion d'infraction primaire a donné lieu à de plus amples développements, à l'occasion de la révision en 2003 des 40 recommandations du GAFI, en 2003. En effet, celui-ci a précisé le contenu de la notion de blanchiment en recommandant que les pays appliquent l'infraction de blanchiment de capitaux « *à toutes les infractions graves, afin de couvrir la gamme la plus large possible d'infractions sous-jacentes (...)* ».

Il a ensuite clarifié ce qu'il convenait d'entendre par « *infractions sous – jacentes* ». Celles-ci peuvent être définies « *par rapport à l'ensemble des infractions ou par rapport à un seuil lié soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine privative de liberté (...)* (méthode du seuil), ou par rapport à une liste d'infractions sous-jacentes ou par rapport à une combinaison de ces méthodes ».

Concernant les pays qui adoptent la méthode du seuil, le GAFI recommande une seconde option selon laquelle les infractions sous-jacentes « *...devraient inclure les infractions qui sont passibles d'une peine maximale de plus d'un an d'emprisonnement ou, pour les pays qui ont un seuil minimum pour les infractions dans leur système juridique, les infractions sous-jacentes devraient englober toutes les infractions passibles d'une peine minimale de plus de six mois d'emprisonnement* ».

La Chambre de Commerce retient que c'est cette seconde option qui est donc d'application pour le Luxembourg, étant donné que son système juridique reconnaît la notion de seuil minimal pour définir les différentes catégories d'infractions et que ce seuil englobe pour qualifier les infractions sous-jacentes, celles passibles d'une peine minimale de plus de six mois d'emprisonnement.

C'est ainsi que la recommandation I du GAFI préconise d'inclure une gamme d'infractions sous-jacentes au sein de chacune des catégories d'infractions suivantes:

- la participation à un groupe criminel organisé et à un racket ;
- le terrorisme, y compris son financement ;
- la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants ;
- l'exploitation sexuelle, y compris celle des enfants ;
- le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ;
- le trafic d'armes;
- le trafic illicite de biens volés et autres biens;
- la corruption;
- la fraude et escroquerie;
- la contrefaçon de monnaie ;
- la contrefaçon et le piratage de produits;
- les crimes contre l'environnement ;

- les meurtres et les blessures corporelles graves;
- l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otages;
- le vol;
- la contrebande;
- l'extorsion;
- le faux;
- la piraterie;
- les délits d'initiés et la manipulation de marchés.

La Chambre de Commerce est d'avis que le GAFI accorde aux Etats membres une relative marge de manœuvre pour définir le contenu des nouvelles infractions sous-jacentes de blanchiment qu'il s'agit d'introduire dans leur ordre interne. En effet, il prend soin de préciser que «...*lorsqu'il détermine l'éventail des infractions constituant des infractions sous-jacentes dans chacune des catégories énumérées ci-dessus, chaque pays peut décider, en conformité avec son droit interne, comment il définira ces infractions et la nature de tout élément de ces infractions qui en fait une infraction grave* ».

De même, la Directive procède, dans une perspective de transposition, par une approche similaire vis-à-vis des Etats membres. En ce qui concerne l'infraction de «*fraude*» par exemple, l'article 3 paragraphe 5 d) de la Directive vise par renvoi² au minimum la fraude grave, laquelle cible essentiellement la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes.

Ainsi, l'infraction de «*fraude et escroquerie*» peut être définie par chaque Etat membre dès lors que la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes y est incluse.

Concrètement, la Chambre de Commerce fait remarquer que les infractions actuellement visées par le Code pénal luxembourgeois en ce domaine, concernent la fraude aux subventions publiques visée aux termes des articles 496-1 à 496-4.

Le projet de loi sous avis étend d'autre part le champ d'application des infractions primaires de blanchiment, respectivement à la banqueroute (article 489), aux abus de confiance (articles 491 à 495) ainsi qu'à l'escroquerie (article 496) du Code pénal.

S'agissant des *abus de confiance*, la Chambre de Commerce est d'avis que la liste des infractions visées peut paraître un peu trop étendue, rapportée à l'objectif principal poursuivi par l'arsenal anti – blanchiment, à savoir réprimer les systèmes organisés de blanchiment d'argent. En effet, les articles 491 à 495 du Code pénal englobent le fait, dans une intention frauduleuse, de se faire servir des boissons ou des aliments, de se faire donner un logement, de se faire transporter en taxi ou de remplir le réservoir de son véhicule sans en payer le prix (article 491, alinéa 2). Si la fraude peut être bien réelle dans de tels cas, le blanchiment l'est beaucoup moins. La Chambre de Commerce considère en effet que l'«*avantage patrimonial*» que constitue l'économie réalisée par le fraudeur ne peut être, en tant que tel, blanchi.

Elle estime par ailleurs que les auteurs du projet de loi sous avis devraient garder en mémoire le fait que d'une part, tant la Directive que les recommandations du GAFI ne visent que les infractions graves. D'autre part, la logique qui sous-tend le projet de loi est de prévenir et réprimer le blanchiment d'argent susceptible de déstabiliser les structures économiques et sociales de nos pays. Par conséquent, il ne semble pas qu'il soit dans l'intention ni du législateur européen, ni du GAFI de faire figurer parmi les infractions primaires des infractions qui ne peuvent générer un produit susceptible d'être blanchi.

² Résolution du Conseil et des représentants des Etats membres du 6 décembre 1994 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, article 1^{er}, paragraphe 1^{er} et article 2.

L'infraction d'*escroquerie* au sens de l'article 496 du Code pénal sanctionne l'utilisation de faux noms ou de fausses qualités, l'emploi de manœuvres frauduleuses « *pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité* », dans le but de s'approprier une chose appartenant à autrui.

Parmi les nouvelles infractions primaires, figurera désormais *le faux par défaut* puisque les peines applicables sont généralement supérieures à six mois de réclusion. Il s'agit en particulier des faux en écritures de commerce ou en écritures privées, en ce compris les actes sous seing privé électroniques « *soit par fausse signature, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans les actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater* » (article 196 du Code pénal).

La Chambre de Commerce ne s'oppose pas au fait que ces infractions soient constitutives d'infractions primaires de blanchiment. Elle redoute toutefois que leur mise en évidence ne s'avérera délicate. En effet, elle estime qu'il sera extrêmement difficile, même pour un professionnel du secteur financier (PSF) ou un banquier, d'identifier les faits sous-jacents d'une transaction. Elle est soutient d'autant plus cette opinion qu'elle estime qu'en dépit de l'application des dispositions relatives à la connaissance du client, celles-ci seront insuffisantes à cet égard pour détecter ce type d'infractions - à moins de considérer l'ensemble de la clientèle comme « sensible », alors que précisément la Directive ³ autorise les banques à appliquer une approche basée sur le risque.

Cette approche vise à permettre aux banques de surveiller de plus près certains clients considérés, en raison de leurs activités, de leur origine géographique, ou bien d'autres critères comme des clients « *à risque élevé* ». Même si cette approche n'autorise pas les banques à abaisser leur vigilance concernant les clients à risque moins élevé, la Chambre de Commerce est d'avis d'une manière générale, que l'élargissement des infractions primaires ne devrait pas conduire le banquier à devoir soupçonner tous ses clients.

En effet, la relation qui lie le banquier à son client est en principe une relation de confiance qui s'accommode difficilement d'une surveillance dans laquelle chaque client pourrait être envisagé comme un suspect permanent. Elle estime que le banquier ne peut se transformer en enquêteur, même si la législation tend en quelque sorte à en faire un auxiliaire de justice.

La Chambre de Commerce se permet d'ajouter que si les banquiers sont actuellement familiarisés avec les techniques de blanchiment relatives au trafic de stupéfiants, au commerce illicite d'armes, à la corruption, etc. et sont donc en mesure d'identifier plus aisément des opérations qui pourraient être corrélées à ces infractions primaires, ils le sont nettement moins en ce qui concerne les nouvelles infractions primaires.

Pour ces raisons, la mise en œuvre du projet de loi sous avis impliquera d'intenses efforts de formation, notamment en direction des chargés de clientèle.

³ Directive 2006/70/CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures de mise en œuvre 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.

D'autre part, la Chambre de Commerce a particulièrement à cœur d'éviter que le défaut de dénonciation, s'agissant d'infractions primaires, ne se retourne contre le banquier. En effet, elle estime fondamental que les professionnels ne puissent être incriminés que dans les cas où il est possible de rapporter la preuve qu'ils se sont rendus coupables d'un manquement grave à leurs obligations professionnelles, et que ce manquement a été commis de façon intentionnelle.

Par conséquent, une banque ne saurait être soupçonnée de complicité du fait de s'être abstenue d'effectuer une déclaration d'infraction, liée par exemple à la réalisation d'un faux par son client, si elle n'en n'a pas eu connaissance.

Il est donc à craindre que l'élargissement des infractions primaires, ne se traduise par une inflation de déclarations de la part des professionnels ainsi visés dans le seul but de se prémunir en gardant à l'esprit que pour eux, le risque de commettre une infraction et de s'exposer à une sanction pénale augmente proportionnellement à l'élargissement des infractions primaires.

Au demeurant, la Chambre de Commerce tient à rappeler que ce texte n'oblige le professionnel à effectuer une déclaration au Parquet que dans l'hypothèse où il découvrirait des faits qui pourraient être l'indice d'un blanchiment. Il en résulte donc qu'il n'y a pas d'obligation pour lui de rechercher activement de tels faits, ni de rechercher si ceux-ci sont suffisamment concluants pour servir de fondement à une enquête, ni de qualifier les faits d'infraction primaire.

Partant, elle considère ce dernier point comme primordial. Si l'exigence de coopérer avec les autorités ne peut être contestée, pour autant, elle n'emporte jamais pour les professionnels l'obligation de se demander si les faits sous - jacents sont constitutifs d'un faux, d'une escroquerie ou d'une association de malfaiteurs.

Elle en conclut donc que cette obligation n'est pas nouvelle par rapport à l'obligation existante puisqu'il est simplement demandé aux professionnels, quelle que soit l'infraction en cause, d'identifier les faits qui constituent pour eux des indices de soupçons.

Par conséquent, la Chambre de Commerce considère que les autorités ne devraient pas surestimer les possibilités, pour les banques, de détecter des faits liés à de telles infractions.

De ce fait, afin de prévenir les dérives auxquelles pourraient donner lieu un nombre élevé de déclarations de soupçons, il lui paraît essentiel de garantir un équilibre raisonnable dans les obligations qui incombent aux professionnels.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce approuve le présent projet de loi sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

BJO/SDE