

Luxembourg, le 30 juin 2008

Objet: Projet de loi no 5821 visant l'interdiction de la fabrication, de la vente, de l'acquisition, du stockage, du transport, de l'utilisation et du financement des armes à sous - munitions (BASM). (3364BJO)

Auto saisine de la Chambre de Commerce

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Résumé

Le projet de loi n°5821 vise à interdire à toute personne physique ou morale toute activité en relation avec les armes à sous - munitions, y compris le financement de ces dernières. Par ailleurs, le dispositif excède le champ d'application matériel de la convention internationale, intervenue au terme du processus d'Oslo qui, elle ne visait que l'interdiction de la fabrication, de la vente, du stockage et de l'utilisation des armes à sous munitions. Le présent projet de loi introduit en outre de l'avis de la Chambre de Commerce, une limite à la libre circulation des capitaux au sein de l'Union européenne.

Si la Chambre de Commerce approuve le principe de l'interdiction du financement, direct ou indirect de ces armes, elle considère que l'incrimination de l'infraction, telle qu'elle ressort du dispositif, manque de fondement car elle laisse de côté l'élément intentionnel, principalement la faute ou le dol. Pour des raisons de sécurité juridique, la Chambre de Commerce demande d'introduire cet élément intentionnel dans le projet de loi.

La Chambre de Commerce considère en outre que le projet de loi sous avis risque d'être en contradiction avec les principes fondamentaux du droit international et du droit communautaire, à savoir la primauté des règles qui dans l'ordre national découlent de la transposition d'une directive entrée en vigueur - et, par conséquent avec le droit financier applicable en matière d'organismes de placement collectif.

Par ailleurs, elle craint que le dispositif, faute d'apporter un éclairage suffisant sur la façon d'interpréter les termes « *financement direct ou indirect* » des armes à sous - munitions, compromet sérieusement sa mise en application.

Afin de faciliter la mise en conformité par les acteurs du secteur financier ou les opérations qu'ils réalisent susceptibles d'être reliées aux armes à sous - munitions, la Chambre de Commerce recommande

- l'établissement d'une liste européenne des investissements visés par le projet de loi sous avis ;

- l'aménagement d'une période transitoire, particulièrement pertinente s'agissant des investissements réalisés par les sociétés visées avant l'entrée en vigueur d'un nouveau dispositif ;

- la mise en place d'une clause de transparence de manière à faciliter l'identification des investissements sous - jacents par des véhicules de type fonds de fonds, produits dérivés ou d'assurances ;

- la différenciation des obligations de vigilance au regard du financement des armes à sous - munitions, entre les différents intervenants d'un fonds d'investissement.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous rubrique que sous réserve expresse de la prise en considération de ses remarques formulées dans le présent avis.

Appréciation du projet de loi :

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

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

Le projet de loi n°5821 vise à interdire à toute personne physique ou morale toute activité en relation avec les armes à sous - munitions, y compris le financement de ces dernières.

La Chambre de Commerce, tout en approuvant la volonté politique du Gouvernement de se joindre aux initiatives internationales visant une interdiction générale des armes à sous munitions (« BASM ») regrette que le texte proposé intervienne avant même l'adoption définitive d'un traité d'interdiction, prévue pour fin 2008 dans le cadre du processus d'Oslo¹, ce qui aurait pu permettre de mettre le texte luxembourgeois en adéquation avec la convention internationale.

La Chambre de Commerce s'étonne également de l'extension du champ d'application du projet de loi au financement direct ou indirect des armes à sous - munitions alors que l'engagement pris par le Luxembourg dans les instances internationales est de « *procéder à l'élaboration d'un projet de loi visant l'interdiction de la fabrication, de la vente, du stockage et de l'utilisation des BASM* ».

L'accord sur la convention, intervenu le 28 mai 2008, prévoit en effet que chaque Etat signataire "*s'engage à ne jamais, en aucune circonstance, employer d'armes à sous - munitions; mettre au point, produire, acquérir de quelque autre manière, stocker, conserver ou transférer à quiconque, directement ou indirectement, des armes à sous - munitions; assister, encourager ou inciter quiconque à s'engager dans toute activité interdite à un Etat partie en vertu de la présente Convention*".

La Chambre de Commerce ne met pas en doute la volonté des auteurs du projet de loi sous avis qui, en intégrant dans le dispositif, l'interdiction du financement direct ou indirect de telles armes, visent certainement à moraliser la vie des affaires. Il faut souligner dans ce contexte que le financement des armes n'appartient pas aux créneaux occupés par la place financière de Luxembourg. Cependant, les nettes réserves que celle-ci se doit néanmoins d'émettre ne portent pas dès lors, sur le principe de l'interdiction du financement de telles armes, mais sur la formulation et la manière utilisée par le présent projet de loi sous avis pour y parvenir. En effet, selon son libellé actuel, il existe un risque de voir des activités

¹ Conférence diplomatique initiée par la Norvège en février 2007 sur les mines antipersonnel afin de parvenir à un traité d'interdiction des bombes à sous - munitions (BASM), pour 2008.

parfaitement normales dériver dans une zone d'insécurité juridique, ce qui pourrait s'avérer préjudiciable pour la place financière.

1. Les principes généraux du droit sont-ils bien respectés ?

A. Le principe de légalité des infractions

Le principe de légalité des incriminations dicte qu'une personne ne peut être condamnée pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair. Or, la Chambre de Commerce s'interroge sérieusement si le texte sous avis respecte ce principe dans la mesure où les termes « *financement, directement ou indirectement* » sont extrêmement généraux. Elle considère que les infractions incriminées par le projet de loi sous avis ne sont pas définies avec suffisamment de clarté. A son avis, seul l'établissement d'une liste européenne officielle des investissements visés par une telle législation permettrait de clarifier les termes « *financement, directement ou indirectement* ».

Dans cette perspective, la Chambre de Commerce souhaite rappeler et soutenir l'avis du Conseil d'Etat du 17 décembre 1993 portant sur le projet de loi n°3442 sur les armes et munitions. En effet, le texte de ce projet de loi présente de larges similitudes avec le présent projet de loi relatif à l'interdiction des BASM, dans la mesure où chacun de ces textes interdit le financement direct et indirect d'armes.

Le Conseil d'Etat estimait alors que « *le terme financement peut paraître à première vue comme constituant un terme idéal de par sa généralité. Il est pourtant un principe fondamental dans un Etat de droit, qui est le principe de légalité des incriminations, et qui impose de définir les infractions avec clarté, le droit pénal étant d'interprétation stricte. Or, force est de constater que le terme financement est susceptible de couvrir une multitude d'opérations (...). La question revient à s'interroger sur les éléments constitutifs de l'infraction : le financement à lui seul, en tant qu'élément matériel, n'est susceptible d'être constitutif d'une infraction que si cet acte peut être imputé au dol, à la faute de l'auteur. Cet élément intentionnel requiert dès lors la connaissance par l'auteur de ce que l'acte de financement concerne une transaction portant sur des armes prohibées* »².

La Chambre de Commerce recommande au législateur de s'inspirer des développements du Conseil d'Etat ci-dessus.

B. La libre circulation des capitaux et la législation sur les OPCVM, en Europe

La Chambre de Commerce entend mettre en lumière le fait qu'à l'exception de la Belgique et de l'Allemagne qui ont légiféré en ce domaine, le présent projet de loi, luxembourgeois, constitue une initiative isolée en Europe. Par conséquent, l'absence d'initiative européenne en la matière, fait que le financement des armes à sous - munitions dans les autres pays européens, n'est pas illégal. Partant, il en résulte que le projet de loi sous avis introduit au Luxembourg une limite à la libre circulation des capitaux.

En outre, elle souligne que le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet de loi n°3442, soulevait déjà ce problème en ces termes:

« *Dans la mesure où le financement a trait à une opération commerciale licite au regard des législations des Etats concernés, et dans la mesure encore où ces Etats peuvent être des Etats membres des Communautés européennes, il y a lieu d'examiner si une telle incrimination n'est pas de nature à entrer en conflit avec des dispositions de droit communautaire en matière de libre circulation des mouvements de capitaux à l'intérieur de la Communauté, dispositions qui, dans la hiérarchie des normes prennent le pas sur les dispositions des lois nationales* ».

² Il est à noter également que le Conseil d'Etat, dans son avis du 3 décembre 1997 sur le projet de loi 4356 sur les armes et munitions, développait des arguments similaires.

La Chambre de Commerce est d'avis que l'adoption d'une telle loi au Luxembourg, postérieurement à la conclusion du traité international, prévu dans le cadre du processus d'Oslo, aurait pour avantage de donner naissance à une situation juridique uniforme sur le territoire des Etats membres, à la condition toutefois que l'ensemble des pays adhère aux principes posés par la convention.

Elle considère que le projet de loi sous avis, dans sa version actuelle, pourrait également être contesté au regard du droit applicable aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières. (OPCVM), droit principalement communautaire. En matière d'OPCVM, il pourrait être opposé que le projet de loi sous avis, tel qu'il pourrait être voté, intervient dans un domaine qui ne relève pas de son champ d'intervention.

En conséquence l'application de la loi devrait être écartée sur le fondement de l'article 44 alinéa 1 de la Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), qui dispose qu' « *Un OPCVM [...] doit respecter les dispositions législatives [...] qui sont en vigueur dans cet Etat et qui ne relèvent pas du domaine régi par la présente directive* ».

Par ailleurs, se basant sur la jurisprudence de la CJCE³, un juge pourrait considérer que l'application de la loi luxembourgeoise concernant l'interdiction de financement des armes à sous - munitions doit être écartée en raison du fait qu'elle intervient dans un domaine régi antérieurement par une directive.

2. Une mise en œuvre très délicate et difficile

La Chambre de Commerce estime qu'en dépit des exigences qui s'imposent au banquier, liées à l'obligation de connaître son client, de plus en plus précise au regard des développements législatifs récents, il reste néanmoins difficile pour ce dernier de savoir si son client ou une opération réalisée par celui-ci est lié (e) « *directement ou indirectement* » au commerce des armes à sous - munitions. A cet égard, le terme « *financement* » utilisé dans ce contexte, est susceptible de couvrir de multiples situations, plus encore s'il se trouve associé aux termes « *directement ou indirectement* ».

La Chambre de Commerce est donc portée à considérer que le projet de loi sous avis, dans sa rédaction actuelle, laisse un certain nombre de questions ayant trait à la définition de l'élément intentionnel de l'infraction, sans réponse.

D'une manière générale, la Chambre de Commerce est d'avis que toute banque s'expose au risque de procéder à son insu, à des opérations financières portant sur des armes à sous - munitions. Ainsi une banque qui exécute un virement sur ordre de son client ne peut pas forcément déceler si ce transfert d'argent est lié, de près ou de loin, à un commerce ou un transport d'armes à sous - munitions. De même, elle peut être amenée à financer un industriel dont les implications dans « *la fabrication, la vente, l'acquisition, le stockage ou le transport* » d'armes à sous - munitions ne sont pas visibles. Un banquier pourrait également voir sa responsabilité pénale engagée du simple fait d'intervenir, en tant que banque intermédiaire, dans une transaction ou bien en procédant à l'escompte d'une lettre de change que lui remettrait un industriel, impliqué dans le commerce ou le transport de ces armes. Enfin, le financement de pièces métalliques - simplement en acier - pouvant le cas échéant entrer dans la composition de ces armes, pourrait également être visé par l'interdiction.

La Chambre de Commerce est d'avis que la problématique se pose en des termes identiques pour les fonds d'investissement, au Luxembourg. Elle estime que l'application du présent dispositif impliquerait logiquement que les promoteurs de fonds se retirent de sociétés dont les activités sont liées à la fabrication ou au transport de telles armes, à condition toutefois d'identifier d'une part les investissements sous-jacents réalisés, d'autre

³ CJCE - Arrêt du 13 Novembre 1990, C-106/89, Marleasing c/Comercial Internacional de Alimentacion.

part, les sociétés actives dans ce secteur ou simplement la prise de participations dans des activités liées à ce secteur. Elle en conclut que le maintien des termes « *directement ou indirectement* » dans la version actuelle du projet de loi sous avis, fait à son avis obstacle à la mise en œuvre de ce texte.

A titre de comparaison, elle se permet de mettre en avant le fait que la loi belge du 20 mars 2007 interdisant le financement de la fabrication, de l'utilisation ou de la détention de mines antipersonnelles et de sous - munitions, interdit clairement « *le financement d'une entreprise de droit belge ou de droit étranger dont l'activité consiste en la fabrication (...)* » des armes à sous munitions. Par ailleurs, la publication d'une liste publique d'entreprises concernées par une quelconque des activités liées aux armes à sous - munitions est prévue afin que les acteurs économiques belges aient clairement connaissance des entreprises visées.

La Chambre de Commerce souligne en outre, la clarté du texte belge qui rompt de manière flagrante avec le flou et la généralité des termes du texte luxembourgeois. Comme indiqué ci - avant, l'établissement d'une liste européenne des investissements visés par le projet de loi sous avis, constitue à son avis une condition indispensable pour que les banques et les promoteurs de fonds puissent se conformer aux nouvelles dispositions légales.

Ce commentaire appelle par ailleurs la question de savoir comment traiter les investissements réalisés dans les sociétés visées, avant l'entrée en vigueur de la future loi. A cette fin, la Chambre de Commerce estime qu'il serait utile de prévoir à l'intention des banques et des promoteurs de fonds, une période transitoire afin qu'ils puissent se mettre en conformité avec la loi. Cet aménagement présenterait notamment l'avantage de leur permettre de ne pas être amenés à devoir vendre subitement sur les marchés un nombre considérable de titres et d'actions prohibés des sociétés visées, ce qui en définitive serait préjudiciable aux intérêts des investisseurs et des porteurs de parts.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce s'interroge s'il est dans l'intention du législateur d'insérer une clause de « *look through* », c'est-à-dire une clause de transparence pour les investissements réalisés par le biais de fonds de fonds, de produits d'assurance vie ou des produits dérivés, visant en résumé les investissements sous-jacents réalisés sous l'investissement initial.

En matière d'OPCVM, elle suggère que les auteurs du projet de loi sous avis précisent si l'interdiction est prévue de s'appliquer également aux investissements effectués, avant l'entrée en vigueur du dispositif, et si elle vise également les fonds ou les produits financiers étrangers, commercialisés dans la juridiction du Grand Duché du Luxembourg.

Au regard de la situation pénale des justiciables et de l'exigence d'un élément intentionnel dans la qualification de l'infraction, il pourrait être utile que le présent projet de loi distingue clairement entre les obligations qui incombent au promoteur du fonds, au dépositaire, au manager, et à l'investisseur à proprement parler.

Par conséquent, dans la perspective d'autoriser une application raisonnable de l'interdiction du financement d'armes à sous - munitions, la Chambre de Commerce suggère aux auteurs du projet de loi sous avis de se limiter à sanctionner les interventions conscientes (en connaissance de cause) des professionnels financiers dans le financement de telles armes. L'élément moral de la nouvelle infraction serait ainsi présent alors que, sur la base du texte actuel, l'infraction par simple méconnaissance ou négligence est punissable.

A titre de comparaison, elle se permet d'attirer l'attention des auteurs du présent projet de loi sur le fait que l'article 506-1 du Code pénal, qui incrimine le blanchiment des biens, en relation avec des infractions, au titre desquelles figure le financement du terrorisme, ne punit que les personnes qui ont effectué « *sciemment* » de telles opérations.

Ainsi, l'article 2 du dispositif devrait par conséquent se lire comme suit :

« Il est interdit à toute personne physique ou morale de mettre au point, de fabriquer, d'assembler des pièces préfabriquées en arme complète, de transformer, de réparer, d'acquérir, d'utiliser, de détenir, de transporter, de stocker ou de conserver, de vendre ou de transférer, de financer, en connaissance de cause, à qui que ce soit des armes à sous - munitions ou des sous - munitions ».

La Chambre de Commerce suggère également de modifier l'article 5 du dispositif, comme suit :

« Sont punis d'une peine de réclusion de cinq à dix ans et d'une amende de 25.000 à 1.000.000 euros, ou d'une de ces peines seulement, ceux qui ont sciemment commis l'une des infractions aux dispositions des articles 2 à 4 (...) ».

Il découle de ce qui précède que si cette définition des sanctions pénales était retenue, le financement, direct ou indirect, des armes à sous - munitions ou des sous - munitions pourrait ainsi être qualifié d'infraction primaire de blanchiment d'argent. Les auteurs du présent projet de loi se limiteraient de cette manière à sanctionner les personnes qui ont effectué « *sciemment* » de telles opérations.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous rubrique que sous réserve expresse de la prise en considération de ses remarques formulées dans le présent avis.

BJO/PPA