

Conférence ALCO – IRE – IACI – OEC du 18 janvier 2005 : L'évolution de la législation anti-blanchiment au Luxembourg et dans le contexte européen.

Allocution de Me Laurent Mosar, Député, Rapporteur de la loi anti-blanchiment du 12 novembre 2004, Président de la Commission des Finances de la Chambre des Députés.

---

Monsieur le Président,

Rares sont les projets qui ont ému et continuent à émouvoir 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 différentes catégories de droit qui, en peu de temps, sont passées de l'insignifiance totale au stade de préoccupation de tous les acteurs de notre place financière qui s'occupent de près ou de loin de la manipulation des fonds. J'ai fait l'expérience personnelle de cette profonde préoccupation des acteurs de la place financière lors de l'adoption du projet de loi sur le blanchiment en 1998 dont j'ai eu le plaisir d'en être déjà le rapporteur. J'en ai refait l'expérience lors des discussions que nous avons eues au sujet de la loi dont j'ai le plaisir de vous entretenir et qui a soulevé beaucoup de vagues dans le secteur financier et parmi les professions concernées, professions qui nous ont fait parvenir des avis en général très critiques par rapport au projet initial.

Pour comprendre cette agitation autour d'un projet de loi qui intéresse très peu le commun des mortels, il faut revenir en arrière avant 1990, quand la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ne faisaient pas partie du domaine de la compétence des acteurs financiers. C'est en fait avec la loi du 7 juillet 1989, puis celle du 5 avril 1993 relative au secteur financier, que la lutte anti-blanchiment a fait son entrée dans la législation luxembourgeoise. L'affaire BCCI, qui avait pour la première fois réveillé l'attention des milieux financiers sur les dangers qu'encourent ceux qui manipulent de près ou de loin des fonds, d'un côté comme la constitution d'organismes internationaux se consacrant à la lutte contre l'argent sale tels le GAFI, et en conséquence le souci grandissant aussi bien du Gouvernement que des milieux intéressés, d'être une place financière propre, ont été des stimulants puissants pour assurer la mise en œuvre pratique et rapide des dispositions anti-blanchiment de la loi elle-même comme des circulaires de l'IML respectivement de la CSSF, qui ont détaillé les obligations en découlant.

Mais c'est surtout depuis le 11 août 1998 que nous avons en fait franchi un pas supplémentaire avec la première loi portant introduction de l'incrimination du blanchiment au Code Pénal. C'est en fait par cette loi que la lutte anti-blanchiment a fait, si je puis m'exprimer ainsi, son entrée en force dans la législation luxembourgeoise. La loi du 7 juillet 1998 a consacré pour la première fois en droit luxembourgeois l'infraction pénale particulière de blanchiment du produit d'une activité illicite, en l'occurrence le trafic de stupéfiants. J'ajouterai que la législation luxembourgeoise en matière de trafic de stupéfiants a été renforcée suite à l'adoption de la Directive 91/308 CEE. Quant à la

loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, elle définit pour la première fois un certain nombre d'obligations professionnelles à respecter par les professionnels du secteur financier dont la portée est générale.

Un pas important est cependant franchi avec l'adoption de la loi du 11 août 1998 qui étend le champ d'application de la lutte anti-blanchiment tant *ratione personae* que *ratione materiae*. Ce faisant, le législateur a anticipé en fait et en droit l'évolution législative européenne en la matière ce qui a forcé le respect et la reconnaissance d'un certain nombre d'autorités étrangères, notamment américaines.

Mises à part les attaques régulières et écoeurantes contre le place financière de Luxembourg et fondées le plus souvent sur un amalgame malsain 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 à New York et à Washington n'auraient pas précipité les choses et fait de la lutte contre le blanchiment mais surtout de la lutte contre le terrorisme une priorité pour les gouvernements du monde entier. Or, en se référant toujours à ces événements, on a tendance à oublier que depuis les négociations des Traités de Maastricht et d'Amsterdam, la lutte contre le financement du terrorisme était devenue une des top-priorités de l'Union Européenne et il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 29 du Traité sur l'Union Européenne qui dispose à cet effet que, et je citerai l'objectif de l'Union : « est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. Cet objet est atteint par la lutte contre le terrorisme », fin de la citation.

Ce qui a changé tout de même fondamentalement par rapport à la situation de 1998, c'est qu'à côté du blanchiment d'argent, on voit 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, le noircissement consiste dans le contraire, à salir des fonds ayant une origine à priori propre, en les affectant au financement du terrorisme. C'est d'ailleurs la loi du 12 août 2003 portant répression du terrorisme et de son financement, qui a introduit pour la première fois dans notre Code Pénal la définition de l'acte de terrorisme et a érigé le noircissement de fonds en infraction pénale.

Mesdames, Messieurs,

Toutes ces observations générales que je viens de vous faire montrent que depuis le début des années 1990, le Luxembourg s'est doté de façon continue d'un outil législatif de pointe pour combattre toutes sortes de transactions financières liées au blanchiment et au financement du terrorisme et cet outil législatif a été élaboré dans le dialogue et la recherche du consensus entre tous les acteurs de la place financière.

Ce qui a changé avec la discussion de la loi qui nous intéresse aujourd'hui, est le fait que les discussions entre les différents acteurs sont devenues beaucoup plus vives. D'un côté, le Gouvernement ne se satisfait plus d'une transposition à la lettre des directives européennes, mais entend profiter de cette transposition pour renforcer le cordon sanitaire

autour de notre place financière en le maintenant à un niveau de protection très élevé. D'un autre côté, tous les acteurs de la place financière qui estiment à bon droit qu'il faut éviter les dérives s'apparentant à une chasse aux sorcières et conduisant d'ailleurs souvent en pratique à une inefficacité totale de tout contrôle. Je vous renvoie à ce sujet aux différents avis qui ont été rédigés par les différents acteurs concernés et qui montrent bien le ton parfois passionné des débats et qui expliquent surtout combien il était difficile et délicat pour la Commission Juridique de trouver un milieu-chemin entre d'un côté l'absolue nécessité de combattre avec tous les instruments la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et d'autre côté le respect des libertés publiques et les nécessités pratiques de la place financière.

Le challenge qui se posait donc à la Commission Juridique était de se mettre d'accord sur un texte qui soit à la fois applicable dans la pratique et respectueux des obligations que la place de Luxembourg doit assumer pour rester un acteur sérieux et digne de confiance. Je ne saurais vous dire encore aujourd'hui si nous avons trouvé ce juste équilibre, mais ce que je puis vous assurer que dans nos discussions, nous nous sommes toujours laissé guider par la maxime « Toute la Directive, rien que la Directive ».

Mesdames, Messieurs,

Avant d'aborder quelques points particulièrement intéressants du projet, surtout pour les banquiers que vous êtes, permettez-moi de vous rappeler encore une fois brièvement les points saillants du projet de loi.

Le projet opte en fait pour une approche novatrice tant horizontale qu'intersectorielle et ce sans pour autant remettre en question les acquis actuels. La future loi constituera à l'avenir un texte unique intersectoriel dédié aux thématiques du blanchiment et du financement du terrorisme. Au lieu de parler tout simplement du blanchiment, le législateur emploiera dorénavant l'expression « le blanchiment ou le financement du terrorisme ». Ainsi, tout doute quant à l'extension de l'infraction de blanchiment ou financement du terrorisme est levé. Le texte suit de même une approche horizontale dans la mesure où toutes les dispositions, cela bien entendu sous réserve de règles spécifiques applicables à certaines professions, sont applicables à toutes les professions visées, ce qui a comme avantage d'améliorer la visibilité de l'action des pouvoirs publics en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme en soumettant tous les professionnels visés aux mêmes règles.

La loi continue de distinguer entre trois types d'obligations professionnelles : d'abord l'obligation de connaître les clients, ensuite l'obligation de disposer d'une organisation interne adéquate et finalement l'obligation de coopérer avec les autorités, et j'aurai l'occasion encore d'y revenir. Ces obligations ne sont pas nouvelles alors qu'elles étaient déjà largement incluses dans les textes de loi précités. Permettez-moi cependant de revenir encore une fois brièvement sur ces obligations.

Il y a donc d'abord pour les professionnels du secteur financier l'obligation d'identifier leurs clients et le cas échéant les personnes pour lesquelles ces clients agissent lorsqu'ils nouent des relations d'affaires et en particulier dans le cadre de certains professionnels lorsqu'ils ouvrent un compte ou offrent des services de garde des avoirs. Ils sont tenus de

recueillir toutes les informations destinées à réduire le plus possible le risque d'être utilisés à des fins de blanchiment ou de financement dans le cadre de leurs relations d'affaires. Ces obligations étaient déjà largement comprises dans la loi de 1993. Ce qui vient de s'ajouter maintenant est que l'exigence d'identification vaut également pour toute transaction dont le montant atteint ou excède la valeur de 15.000,- € qu'elle soit effectuée en une seule ou en plusieurs opérations. Les professionnels sont même tenus de procéder à une identification si le montant de la transaction est inférieur au montant de 15.000,- € dès qu'il y a un soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme. Par contre, et c'est important pour les clients des banques, c'est que cette obligation d'identification n'est pas prescrite lorsque le client est une institution financière nationale ou étrangère soumise à une identification équivalente. En ce qui concerne l'obligation d'avoir une organisation de contrôle adéquate, il faut également préciser que les professionnels sont tenus de prendre des mesures appropriées pour sensibiliser et former leurs employés aux dispositions du projet et la conférence d'aujourd'hui est un bon exemple pour une telle sensibilisation.

Enfin, et comme je viens de le dire, les professionnels ainsi que leurs dirigeants et employés sont tenus de coopérer pleinement avec les autorités luxembourgeoises compétentes. Ainsi, ils doivent fournir au Procureur d'Etat lorsqu'il le demande, toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable. Ils sont ainsi tenus d'informer de leur propre initiative les autorités compétentes de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement du terrorisme et ils sont interdits d'exécuter une transaction qu'ils savent ou soupçonnent d'être liée au blanchiment ou au financement du terrorisme avant d'en avoir informé le Procureur d'Etat qui peut donner instruction de ne pas exécuter la transaction concernée.

Mesdames, Messieurs,

Je voudrais maintenant entrer un peu plus en détail sur quelques dispositions particulières intéressant plus particulièrement les banquiers respectivement tous les cadres travaillant pour une institution financière.

Une première question est celle de savoir quelles sont les catégories de professionnels qui tombent maintenant dans le champ d'application du projet de loi. Je vous renvoie à ce sujet à l'article 2 de la loi. Je ne voudrais plus revenir à l'énumération de ces catégories, mais uniquement faire quelques remarques sur le problème des organismes de placement collectifs.

Tombent donc dans le champ d'application tous les organismes de placement collectif visés par la loi du 20 décembre 2002 comme tous les organismes collectifs visés par la loi du 19 juillet 1991 concernant les organismes de placement collectif dont les titres ne sont pas destinés au placement dans le public. Je précise tout de suite que les organismes de titrisation situés au Luxembourg de même que les sociétés d'investissement en capital à risques de droit luxembourgeois sont expressément exclus. En effet, la Commission a estimé que aussi bien les SICAR que la titrisation sont des activités très récentes de la place financière luxembourgeoise et requièrent une promotion conséquente pour assurer leur succès. Or, leur inclusion dans le champ d'application aurait rendu l'accès à ces

investissements et leur gestion excessivement compliqué et lourd en termes procéduraux. Les organismes de placement en général ne sont donc couverts par le présent projet de loi que pour autant qu'ils commercialisent eux-mêmes leurs produits. Dans la mesure où les OPC en général ne sont couverts par le présent projet de loi que pour autant qu'ils commercialisent eux-mêmes leurs produits, la Commission a estimé donc qu'en analogie avec la situation, la très grande majorité des OPC et SICAR comme la titrisation, ne devraient pas tomber dans le champ d'application de la nouvelle loi.

Les sociétés de gestion qui commercialisent des parts ou des actions d'organismes de placement collectif ou qui exercent des activités additionnelles ou auxiliaires au sens de la loi du 20 décembre 2002 tombent sous la loi. Finalement, les fonds de pensions qui sont sous la surveillance prudentielle de la CSSF, tombent également sous la loi. Dans mon énumération, je m'abstiendrai d'énumérer encore toutes les autres professions qui ne concernent pas directement le secteur financier et que vous retrouverez sous les alinéas 8 à 15.

Permettez-moi ensuite de revenir encore une fois sur l'article 3 de la loi qui est relatif à l'obligation de connaître les clients. Cet article est largement inspiré de l'actuel article 39 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, mais il contient cependant également une série d'innovations.

Le projet initial avait prévu que, et je cite : « Les professionnels sont obligés de recueillir toutes autres informations au sujet de l'identité de leurs clients ». Suite à une opposition formelle du Conseil d'Etat qui a estimé à bon droit que le projet de loi ne devrait pas porter des atteintes démesurées à la vie privée constitutionnellement protégée, cette disposition a été retirée du projet.

Un troisième point sur lequel la Commission, en accord avec le Conseil d'Etat, a modifié le texte initial est celui de la délégation de l'obligation d'identification des clients. Le paragraphe 7 initial aurait en effet permis à tous les professionnels de déléguer indistinctement entre eux les obligations d'identification des clients. Or, le Conseil d'Etat a insisté à bon droit que cette faculté de délégation devrait être limitée aux seuls professionnels nationaux et étrangers relevant du même secteur d'activités et étant soumis à une obligation d'identification et la Commission Juridique a suivi sur ce point le Conseil d'Etat de sorte que dans le texte finalement retenu, seuls les professionnels nationaux et étrangers relevant d'un même secteur d'activité étant soumis à une obligation d'identification peuvent se déléguer entre eux l'obligation d'identification. Pour être plus clair, permettez-moi de vous illustrer pour exemple : une banque ne pourra donc pas déléguer à un casino l'obligation d'identification, mais pourra la déléguer à une autre banque avec un siège à l'étranger à condition que cette autre banque ait également dans sa législation une obligation d'identification.

Encore deux remarques en ce qui concerne cette obligation d'identification. Toutes les opérations commerciales à distance, donc entre autres les opérations par Internet, ne tombent pas sous le champ d'application du projet de loi étant donné qu'elles ne sont normalement pas payées en espèce. Deuxième et dernière observation : l'obligation d'identification ne vaut pas uniquement pour les nouveaux clients après l'entrée en vigueur de la loi, mais visent bien tous les clients actuels. Vu la difficulté pour les

établissement financiers de remonter pour un certain nombre de clients dans le temps, je vous conseillerais, et je suivrai dans ce sens les recommandations du Conseil d'Etat, que tous les professionnels qui ne seront soumis à des obligations d'identification des clients qu'en vertu que de la présente loi, sans l'avoir été par le passé, limiteront leurs obligations d'identification aux clients qui se présenteront après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Une autre exigence inscrite dans le projet de loi est l'obligation de disposer 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. Le projet de loi n'a fait en réalité que reprendre telquel l'article 11 de la Directive. Vous noterez que pour le domaine bancaire, il n'y aura pas de grands changements alors que ces exigences sont déjà actuellement inscrites dans la circulaire 94/112. J'ajouterais encore ici que selon les auteurs du projet, le degré de sophistication des mesures décrites devra dépendre des professionnels concernés et de leurs activités.

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi ensuite d'aborder l'article relatif à l'obligation de coopérer avec les autorités qui a donné lieu à de nombreuses critiques. Cet article est en fait un bon exemple pour illustrer comment les auteurs, dans leur texte initial, en apportant des petits changements apparemment anodins par rapport au texte actuel, auraient sacrifié le principe de la spécialité d'une dénonciation en ouvrant grandement la porte à des *fishing expeditions* comme on les appelle dans le langage courant. En effet, dans ce texte initial, les auteurs avaient remplacé le terme de « information nécessaire » par « information requise » ce qui aurait signifié que les autorités judiciaires auraient pu utiliser les informations obtenues à toutes les fins qu'elles auraient jugées utiles. Suite à l'opposition formelle du Conseil d'Etat et en accord avec la Commission Juridique, nous sommes revenus de nouveau au texte actuel de sorte que les autorités doivent se borner à utiliser les informations recueillies dans le seul contexte de la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Il me semble important que le devoir de coopération des professionnels soit apprécié par les autorités judiciaires compétentes avec un certain réalisme pour tenir compte des contraintes de la vie bancaire. Il est en effet improbable que des indices de blanchiment ou de noircissement de fonds sautent aux yeux, mais il s'agit le plus souvent d'un travail de bénédictin pour surveiller tel client sur une certaine durée dans le temps.

Il est par conséquent loisible de reprocher au professionnel qui agit de bonne foi et dans un esprit de coopération loyal d'avoir attendu trop longtemps avant de dénoncer, et à la fois injuste et irréaliste. Le risque est en effet trop grand de voir un moment tous les professionnels dénoncer tous azimuts même des opérations à priori propres avec comme résultat la paralysie du système et donc la réduction à zéro de toutes démarches efficaces. C'est dans ce souci que la Commission Juridique a adopté quelques amendements qui encadrent mieux une démarche des autorités judiciaires. Il est ainsi prévu dans l'article 5 paragraphe 3 alinéa 3 qu'une instruction du Procureur d'Etat de ne pas exécuter des opérations est limitée à une durée maximale de trois mois à partir de la

communication de l'instruction aux professionnels. En cas d'instruction orale, cette communication doit être suivie dans les trois jours d'une confirmation écrite et à défaut de confirmation écrite, les effets de l'instruction cessent le troisième jour à minuit. Cette disposition, qui a été donc intégrée dans le texte initial, me semble particulièrement importante alors que jusqu'à ce jour et sous l'enseigne de la loi de 1993, une instruction orale pouvait avoir une durée illimitée sans que le professionnel obtienne une communication écrite du Procureur d'Etat. Selon mes informations, cette pratique était couramment utilisée par les services du Parquet. Pour revenir au texte retenu, le Procureur d'Etat devra en cas d'instruction orale la confirmer endéans les trois jours sous peine d'annulation et en cas de confirmation écrite, elle aura au maximum une validité de trois mois. En plus, la loi prévoit que le professionnel peut faire état de cette instruction vis-à-vis de son client pour justifier la non-exécution d'une opération.

Finalement, je voudrais encore préciser en ce qui concerne cet article que les professionnels ainsi que leurs dirigeants et employés, n'ont pas le droit de communiquer au client concerné ou à de tierces personnes que des informations ont été transmises aux autorités ou qu'une enquête sur le blanchiment ou le financement du terrorisme est en cours. La loi prévoit cependant une dérogation dans la mesure où un professionnel, succursale ou filiale d'un groupe financier, est autorisé à communiquer aux organes internes de contrôle de ce groupe que des informations ont été transmises à condition toutefois d'avoir préalablement obtenu l'autorisation expresse écrite du Procureur d'Etat auprès du Tribunal d'Arrondissement.

J'ajouterais encore, pour être tout à fait complet, que cette défense de communication ne s'applique pas aux réviseurs d'entreprises, experts-comptables, notaires et avocats ou conseil fiscal.

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi encore d'aborder rapidement le chapitre des sanctions pénales qui a été largement amendé par rapport au texte initial. Le point que j'aborderai est peut-être le plus important du projet alors qu'il rectifie le tir non pas seulement vis-à-vis du texte initial, mais encore vis-à-vis de la loi de 1993 sur le secteur financier. Dans ce contexte, permettez-moi de vous rappeler encore une fois que le projet initial du Gouvernement avait choisi une solution extrême en prévoyant indistinctement à l'égard de tous les professionnels visés par le projet de loi des amendes pénales potentiellement très élevées pour chaque infraction, fût-elle inconsciente, commise contre n'importe quelle obligation professionnelle imposée par le projet de loi. Cette approche, qui avait essentiellement le mérite apparent de l'uniformité, a de fait été critiquée à des degrés divers dans tous les avis reçus qui se sont exprimés à cet égard et je vous renvoie dans ce contexte à deux articles excellents de mon confrère Maître Dean Spielman qui a été entretemps nommé juge à la Cour de Justice des Droits de l'Homme, qui a très bien résumé la problématique.

Pour la Commission Juridique, il existe une différence fondamentale réelle et vérifiable entre la participation forcément intentionnelle ou délibérée à un acte de blanchiment et du financement du terrorisme d'une part, et une infraction à une obligation professionnelle sans intention de commettre par là un acte de blanchiment ou de financement du terrorisme d'autre part. Dans presque tous les avis produits, le risque de la surpénalisation

a été évoqué avec comme pendant que tout le système de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme s'écroule alors qu'une collaboration franche et efficace des professionnels n'est plus possible alors que ces professionnels préfèrent ne plus dénoncer même des actes manifestement criminels sous peine d'encourir des sanctions pénales très lourdes et pouvant même aboutir à une interdiction professionnelle. C'est dans le même ordre d'idées que le taux initialement prévu par le texte initial a été sensiblement révisé à la baisse alors que le projet initial prévoyait une amende de 1.250,- EUR à 1.250.000,- EUR. L'actuel projet ne prévoit plus qu'une amende de 1.250,- EUR à 125.000,- EUR. Je suis convaincu qu'avec cette dépenalisation de la négligence, nous avons nettement amélioré le projet également dans l'esprit de la Directive parce qu'il me semble évident qu'une collaboration franche et efficace des professionnels est uniquement possible si ces professionnels jouent correctement le jeu. Cela peut uniquement se faire dans une ambiance sereine et dans une ambiance où ils ne doivent pas craindre à chaque instant un engrenage pénal pour avoir omis par pure négligence d'avoir fait les déclarations précitées. Le résultat en sera encore moins satisfaisant pour les autorités que l'hypothèse inverse dans laquelle les professionnels submergent les autorités de déclarations inutiles. Il est d'ailleurs étonnant que le Conseil d'Etat ait choisi justement de formuler une opposition formelle à ce sujet, ce qui a obligé la Chambre des Députés à voter une deuxième fois le projet de loi, ce qui a donc retardé sa mise en vigueur.

En conclusion, je retiens que le texte finalement retenu et voté une première fois par la Chambre constitue un juste équilibre entre d'un côté la nécessité de combattre vigoureusement avec un arsenal juridique complet toutes formes de blanchiment et de financement du terrorisme et d'un autre côté le respect des libertés individuelles parmi lesquelles le secret bancaire.

Je suis par ailleurs convaincu que le texte en question constitue une avancée considérable pour les professionnels concernés par rapport à la loi du 5 avril 1993 dans la mesure où la simple négligence se trouve dépenalisée. Il faut cependant se garder de jubiler trop tôt et trop fort alors que la prochaine Directive sur le blanchiment est sur les rails et que la Chambre des Députés devra certainement s'atteler à sa transposition dans les années qui viennent.

Dans cette attente, le respect des libertés publiques et les nécessités pratiques de la place financière me paraissent plus ou moins sauvegardés.