

AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG (20.07.2018)

Le projet de loi (le « Projet ») commenté est l'un des textes de transposition de la directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015.

Le Projet de loi énonce dans l'exposé des motifs (p. 7 in fine) qu'il poursuit deux objectifs :

- Premièrement celui de réorganiser la cellule de renseignement financier (ci-après « CRF ») en tenant compte des évolutions et besoins actuels de celle-ci ;
- deuxièmement celui d'adapter le fonctionnement de la CRF aux exigences résultant du standard du GAFI et aux dispositions de la directive 2015/849 du parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 (ci-après « 4^{ème} directive AML »).

Il est sans doute bon de rappeler que la 4^{ème} directive a déjà fait l'objet de deux transpositions partielles dans la loi luxembourgeoise (loi 23 décembre 2016 et loi du 13 février 2018) et qu'elle fait encore l'objet de quatre projets de loi toujours à l'étude (Projets n° 7216 A, 7216B, 7217 ainsi que le présent projet 7287).

Dans le souci d'une meilleure cohérence, le Conseil de l'ordre du barreau de Luxembourg (ci-après « l'Ordre ») déplore cette transposition en plusieurs étapes, lesquelles n'est pas de nature à garantir la cohérence de la législation luxembourgeoise.

A l'instar de ce qu'a fait le législateur européen, il aurait sans doute été beaucoup plus judicieux que toutes les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment soient réunies dans un seul texte, y incluses notamment celles relatives aux compétences et pouvoirs de la CRF.

L'avis de l'Ordre porte essentiellement sur la question de la déclaration de soupçon de blanchiment et ne commentera ci-après que des dispositions concernant plus directement la profession d'avocat.

Parmi les lois qui seront modifiées par le Projet, le présent avis ne fera référence qu'à la loi préventive du blanchiment du 12 novembre 2004 (ci-après « Loi AML »).

Le Projet prévoit (i) d'ajouter une nouvelle définition et (ii) de modifier l'article 5 (1) a) de la Loi AML, ce qui provoque, suite à celle opérée par la loi du 13 février 2018, la 13^{ème} modification de la Loi AML.

A la suite de cette modification, le texte de l'article 5 (1) a) se présenterait comme suit (les modifications figurent en italique et en gras):

Art.5

(1) Les professionnels, leurs dirigeants et employés sont tenus de coopérer pleinement avec les autorités luxembourgeoises responsables de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Sans préjudice des obligations leur incombant à l'égard ~~des autorités de surveillance ou de tutelle respectives en la matière~~ **des autorités de contrôle ou organismes d'autorégulation**, les professionnels, leurs dirigeants et employés sont tenus :

a) d'informer sans délai, de leur propre initiative la cellule de renseignement financier lorsqu'ils savent, soupçonnent ou ont ~~de bonnes raisons de soupçonner qu'un blanchiment ou un financement du terrorisme~~ **des motifs raisonnables de soupçonner qu'un blanchiment, une infraction sous-jacente associée ou un financement du terrorisme** est en cours, a eu lieu, ou a été tenté, notamment en raison de la personne concernée, de son évolution, de l'origine des avoirs, de la nature, de la finalité ou des modalités de l'opération. Cette déclaration devra être accompagnée de toutes les informations et pièces qui ont motivé la déclaration.

Toutes les opérations suspectes, y compris les tentatives d'opération suspectes doivent être déclarées, quel que soit leur montant.

... »

Le commentaire des articles rédigé par les auteurs du Projet (p.15) énonce qu'il s'agit de « modifications ponctuelles ... visant à adapter le libellé de de l'article 5, paragraphe 1^{er} aux exigences résultant de l'article 33, paragraphe 1^{er} de la directive (UE) 2015/849 et des paragraphes 1 à 4 de la Note Interprétative à la Recommandation 20 du GAFI (tels que reflétés dans les critères 20.1 et 20.2 de la Méthodologie du GAFI) ».

Or la Recommandation 20 du GAFI qui énonce le principe de déclaration des opérations suspectes à l'égard des « fonds (qui) sont le produit d'une activité criminelle ou ont un rapport avec le financement du terrorisme » ne contient aucune référence aux infractions sous-jacentes associées (donc aucune obligation de déclarer de telles infractions), sauf pour définir la notion d'activité criminelle, laquelle définition est contenue au point 1 de la Note Interprétative. De la même façon, les critères énoncés dans la Méthodologie en ce qui concerne la Recommandation 20 ne contiennent aucune obligation de dénoncer une infraction sous-jacente associée, ce concept étant uniquement utilisé pour définir la notion d'activité criminelle.

Dans le même ordre d'idées, l'article 33 1. a) de la 4^{ème} Directive AML institue une obligation de déclaration à l'égard de **fonds provenant d'une activité criminelle ou liés au financement du terrorisme**.

L'on cherchera donc en vain dans ces textes l'obligation de déclarer, outre un blanchiment ou un financement du terrorisme, une infraction sous-jacente associée.

Il est donc erroné de faire référence à la 4^{ème} Directive AML ou aux recommandations du GAFI pour justifier une modification qui, loin d'être ponctuelle, constitue au contraire une extension exorbitante et inacceptable de l'obligation de déclaration d'opérations suspectes.

L'article 5 de la Loi AML trouve son origine dans une loi datant de 1993 et a connu une évolution significative dans son champ d'application tant personnel que matériel. A chaque étape de modification de ce texte, le Conseil d'Etat a mis en garde contre les excès ou dérives de la disposition relative à la délation.

Voulant intégrer dans la Loi AML le terme « infraction sous-jacente associée », qui est employé par la Directive dans ses considérants 14, 37 et ses articles 32 (3), (4) 37, 44, puis 53, le Projet introduit d'abord une nouvelle définition, qui est un renvoi aux infractions visées au premier paragraphe de l'article 506-1 du Code pénal.

Le terme « infraction primaire au blanchiment », qui n'était pas contenu ni défini dans la Loi AML (le même terme est contenu, mais non défini dans l'article 506-1 du Code pénal) semble ne plus être valable et est supplanté par le terme infraction sous-jacente associée.

Les multiples conséquences de l'introduction de ce nouveau terme dans l'article 5 (1) a) sont inacceptables.

La porte semble désormais ouverte à la délation généralisée de toutes les infractions.

Il est bon de rappeler certains éléments des débats qui eurent lieu au cours des 20 dernières années, marquées par les incessantes évolutions du droit anti-blanchiment.

A l'occasion des débats qui précéderont l'adoption de ce qui allait devenir la loi du 11 août 1998 portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au Code pénal, le Conseil d'Etat rappelait notamment que « *le caractère exceptionnel que revêt en particulier le devoir d'informer imposé actuellement aux professionnels du secteur financier et devant être imposé encore à d'autres professions. Les obligations assumées par ces professionnels, et en particulier l'obligation de dénoncer tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment, doivent rester confinées aux infractions de base revêtant une gravité et une complexité telles que le recours à cette méthode de détection exceptionnelle s'en trouve justifié¹.* »

Le caractère exceptionnel de cette obligation d'informer était également souligné par l'ABBL dans son avis rendu à propos du projet de loi : « *La matière est donc traitée avec circonspection, ce qui est d'autant plus de mise si celui à qui l'on impose une obligation de déclaration est soumis à un secret professionnel. Cette obligation de déclaration doit nécessairement porter en soi le caractère tout à fait exceptionnel de la lutte qu'il convient de mener. Une généralisation trop large ne saurait cadrer avec cette exception tout à fait particulière.* »²

Concernant l'article 5 de la Loi AML et le devoir de coopération, en particulier l'obligation de dénonciation, le Conseil d'Etat mettait à nouveau en garde contre toute dérive : « *Si, dans un mouvement d'autoprotection, les professionnels procédaient à des dénonciations tous azimuts, ceci risquerait d'avoir pour conséquence de noyer le procureur sous un amas de dénonciations, ce qui engendrerait la paralysie du système et donc la réduction à zéro de toute démarche efficiente.* »³

¹ Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 4294⁶, p.4.

² Avis de l'ABBL, Doc.Parl. 4294², p.4.

³ Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 5165⁵, p.7

A l'occasion de la transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 décembre 2001, qui a donné lieu à la loi du 12 novembre 2004, le texte a lui aussi été âprement débattu et ces débats, vieux de 14 ans, illustrent aujourd'hui encore les problèmes soulevés par le texte.

Ainsi le Conseil d'Etat recommandait ⁴ :

« Il faut éviter les dérives s'apparentant à la chasse aux sorcières et conduisant d'ailleurs en pratique à une inefficacité totale de tout contrôle, car si le soupçon devient le principe et que la bonne foi doit être prouvée, les mécanismes de contrôle, qui sont par définition faits pour détecter des dysfonctionnements exceptionnels, en arrivent à l'implosion systémique. »

Plus loin, le Conseil d'Etat mettait en garde:

« D'une manière très générale, le Conseil d'Etat doit cependant sérieusement mettre en garde contre une attitude consistant à « dépasser, à dessein, le cadre tracé par les directives » (cf. commentaire des articles, au sujet des points 2 et 3 de l'article 2). En effet, le Luxembourg s'est traditionnellement distingué par une transposition des directives laissant aux acteurs économiques assez de souffle et d'espaces de liberté pour épanouir leurs activités, tout en prenant conscience des responsabilités y liées.

Si le Luxembourg se doit d'être un pays modèle pour la promotion d'un cadre légal propre pour les activités qui d'y déroulent, cela ne doit pas pour autant mener à un niveau d'étranglement et de suspicion qui n'est ni indiqué, ni exigé par les textes. Il ne faut pas oublier que dans le domaine qui fait l'objet du projet de loi sous examen, les directives européennes établissent déjà un niveau de réglementation très élevé dont le respect est la condition nécessaire et suffisante dans le contexte d'une compétitivité internationale.

Faut-il rappeler qu'il existe deux types de directives : celles traçant un cadre pour le développement des activités et où les Etats membres capables et désireux d'aller plus loin sont invités à le faire et celles qui s'apparentent à du droit communautaire pénal, et où il n'est ni souhaitable, ni bénéfique de les « surtransposer » ? La directive 2001/97/CE relevant de la seconde catégorie, le Conseil d'Etat met en garde contre toute dérive en la matière. ⁵»

Cette dernière remarque du Conseil d'Etat prend aujourd'hui encore plus de sens alors que ni la 4^{ème} Directive AML, ni même le GAFI ne sont allés aussi loin et continuent de ne viser que le seul blanchiment, c'est-à-dire, le produit d'une infraction criminelle.

Le texte proposé aujourd'hui entend imposer aux professionnels assujettis de dénoncer des soupçons liés aux infractions sous-jacentes associées en plus des opérations suspectées de constituer du blanchiment.

Il s'agit d'une extension incroyable du périmètre de l'obligation de dénoncer. Sans même que le professionnel ne puisse percevoir qu'une des hypothèses de blanchiment sera opérée ou tentée, il devra anticiper le comportement délinquant au point de devoir détecter les infractions primaires.

Par ailleurs, une contradiction serait introduite au sein du même article 5 : le professionnel assujetti devrait dénoncer une infraction sous-jacente associée sans qu'il qualifie cette même infraction sous-jacente.

⁴ Avis du Conseil d'Etat, Doc.Parl. 5165⁵, p.2

⁵ Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. 5165⁵, p.3

La commission juridique vient de relever à juste titre que l'article 74-2 (nouvellement introduit par le Projet) ne devrait pas contenir ce nouveau terme⁶. On aboutit à ce que les autorités elles-mêmes n'auront pas à déclarer une infraction sous-jacente associée, alors que les professionnels auraient cette obligation (sanctionnée pénalement par une amende d'un maximum de cinq millions EUR) !

Quant à la volonté de préciser que « *Toutes les opérations suspectes, y compris les tentatives d'opérations suspectes doivent être déclarées, quel que soit leur montant.* », le Conseil de l'Ordre voudrait mettre en garde contre de possibles dérives. Il est impensable de considérer que les tentatives d'opérations suspectes puissent viser les infractions primaires.

A l'instar de l'aberration se trouvant dans l'article 506-1 (1) tiret n° 25 depuis la modification apportée par la loi du 23 décembre 2016 (« *d'une fraude fiscale aggravée ou d'une escroquerie fiscale au sens (...) du paragraphe 397 de la loi générale des impôts;* » - ledit paragraphe concernant les tentatives de fraudes fiscales pénales⁷), englober les tentatives d'infractions primaires dans la liste des infractions menant au blanchiment serait une hérésie.

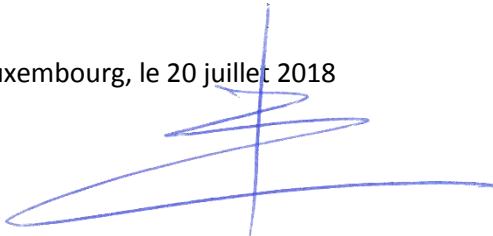
Contre le mécanisme même du blanchiment, alors qu'aucun produit, somme, bien ou avantage n'ayant pu être issu de la moindre infraction primaire, le Code pénal prévoit qu'il est possible de blanchir ce qui n'existe pas encore !

C'est ce qui avait conduit la CSSF et la CRF (dans le point n° 3.4 de leur circulaire 17/650) à affirmer de manière fort surprenante que « *Le blanchiment et la tentative de blanchiment s'appliquent également aux tentatives d'infractions primaires fiscales* ».

Le blanchiment est un processus par lequel le produit d'une activité criminelle est masqué afin de dissimuler son origine illicite. Le GAFI définit brièvement le blanchiment de capitaux comme le fait de retraiter ces produits d'origine criminelle pour en masquer l'origine illégale afin de légitimer ces gains mal acquis du crime. Le Larousse 2010 définit le blanchiment, dans son sens économique, comme étant l'action de faire subir à des fonds diverses opérations à la suite desquelles toute preuve de leur origine irrégulière ou frauduleuse peut être dissimulée. Si l'activité criminelle n'a pas eu lieu, ou si elle n'a pas engendré des capitaux, on ne peut pas être en présence de la moindre hypothèse de blanchiment, sous une quelconque forme.

Il est impératif de supprimer l'ajout proposé à l'article 5 (1) a) et de circonscrire l'obligation de dénoncer les tentatives d'opérations suspectes aux seules opérations de blanchiment.

Luxembourg, le 20 juillet 2018


François PRUM
Bâtonnier

⁶ Rapport de la Commission juridique du 19 juillet 2018, document 7287/05 p. 13

⁷ Le paragraphe 397 se lit désormais comme suit : « (1) La tentative de fraude fiscale aggravée au sens du paragraphe 396, alinéa 5 et la tentative d'escroquerie fiscale au sens du paragraphe 396, alinéa 6 sont punissables des mêmes peines. »