



Association Luxembourgeoise
des Compliance Officers
du Secteur Financier

Le Bulletin d'informations

N°19

FEVRIER 2010

Editorial



Chers membres de l'ALCO, chers amis lecteurs,

Permettez-moi tout d'abord, à l'aube d'une année pleine d'incertitude, de vous présenter les meilleurs vœux de l'association et de son président.

Comme le dit Monsieur Mersch, Gouverneur de la banque centrale du Luxembourg, qui a volontiers accepté de se prêter au jeu de l'interview, nous devons nous attendre à de nouvelles réglementations internationales et notamment de nouvelles directives européennes. Le rôle du Compliance Officer ne pourra que s'accroître.

Notre confrère Patrick Schott qui a personnellement vécu les évolutions législatives et réglementaires en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, nous explique quant à lui

Le Bulletin

combien les renforcements et la multiplication des obligations professionnelles ne conduisent pas nécessairement à un « *texte ... plus précis et plus facile à appliquer* ». C'est d'ailleurs cette imprécision qui conduit à des réactions parfois très différentes d'un établissement financier à l'autre : par exemple, la mise en place d'un « comité ad hoc [qui] décide de la dénonciation à faire [ou à ne pas faire] » est interprétée par certains comme propice à aider le Compliance Officer à établir son opinion définitive et par d'autres comme susceptible de brider son indépendance ou son autonomie.

Les incertitudes risquent de s'accroître. L'activité de plus en plus soutenue des GT33, GT34 et GT35, traitant suivant leur approche spécifique les questions soulevées par les membres, est là pour le prouver. Au-delà des publications relatives à chacun de ces groupes de travail sur le site de l'ALCO, nous avons, avec le comité de rédaction (le GT16), souhaité aborder dans votre bulletin quelques thèmes majeurs traités par les GT concernés. Vous trouverez dans le bulletin 19 réponse à une question liée aux commissions dans le cadre MIFID et la synthèse réalisée après la table ronde consacrée au « Filtrage des transactions » dans le cadre anti-terrorisme.

En vous souhaitant à nouveau une bonne année 2010.
Bien cordialement vôtre.

Jean Noël Lequeue
Président

* *

Interview

Interview de M. Yves Mersch, Gouverneur de la Banque Centrale de Luxembourg

LA COMPLIANCE ET LA CRISE FINANCIERE

Nous publions ci-dessous une interview de Monsieur Yves Mersch, Gouverneur de la Banque Centrale de Luxembourg qui a bien voulu accepter de recevoir les représentants de l'ALCO sur le thème de « la Compliance et la crise financière » qui a secoué le secteur financier.

- 1) La fonction de Compliance appartient à l'ensemble des fonctions de contrôle, elle y inclut de plus, selon nous, une dimension éthique. A ces deux titres, on pourrait penser que, si elle avait pu ou su mieux jouer son rôle, elle aurait sans doute en partie atténué l'impact de la crise chez les établissements financiers. Etes-vous de cet avis ?

Il est nécessaire dans l'analyse de la situation de bien clarifier ce qui appartient au secteur privé et ce qui relève par nature des missions d'intérêt général normalement rattachées au secteur public. La Compliance est une fonction qui, sous la responsabilité d'un Conseil d'administration ou de la Direction Générale, doit être essentiellement liée à l'intérêt de l'institution dont elle dépend. Est-elle faite pour privilégier cet intérêt ou faire prévaloir la protection des consommateurs ? Doit-elle, à l'intérieur du secteur privé, jouer un rôle de « shérif adjoint » ?

Pour ma part, je définis la Compliance comme destinée à la fluidification des prises de décisions des institutions du secteur privé, en s'assurant que toutes les règles ont bien été prises en compte. Jusqu'à là, tout est clair.

Maintenant, vous me parlez d'une dimension éthique. Sur ce point, je crains une certaine confusion des rôles. La morale et le droit sont deux cercles qui se recoupent partiellement. Dans une entreprise privée, la Compliance ne peut pas être un « in-built circuit breaker » au nom de valeurs peu claires.

Cependant la puissance publique a bien délégué au secteur financier des missions d'intérêt général telles que la lutte anti-blanchiment, par exemple.

Il est vrai que c'est une exception. La lutte anti-blanchiment était au début limitée à des crimes contre l'humanité comme le trafic de la drogue. L'exception a maintenant tendance à s'élargir.

- 2) La crise financière n'est-elle pas née du fait d'institutions financières qui, ne voyant que leur intérêt à court terme, ont placé des crédits sans considération des besoins et des possibilités de leurs débiteurs. N'y a-t-il pas là une déficience des autorités américaines ainsi que des forces de contrôle des institutions concernées ?

Les principaux créateurs des actifs structurés compliqués censés diversifier le risque de crédit ont été les banques d'investissement qui, aux Etats-Unis, n'étaient pas directement soumises à supervision. La titrisation est un instrument permettant le transfert du risque de crédit. Celui-ci s'est opéré par des contrats de plus en plus complexes, des produits financiers peu lisibles, le tout étant souvent étiqueté AAA. Les promoteurs de ces produits se sont contentés le plus souvent de produire un rating par le biais de cash-flows fondés sur des hypothèses insuffisamment solides, plutôt que d'analyser les risques à long terme. Quand la confiance s'est évaporée entraînant la liquidité cela a déclenché la crise que nous avons vécue ou, espérons-le, traversée.

Il s'agit de l'emballage d'une machine financière qui pendant une génération a pompé les meilleurs cerveaux : juristes, ingénieurs, mathématiciens... On a ainsi construit une hypertrophie du risque alors que pendant ce temps, le rating des produits tenait lieu de religion.

Les bonus ont-ils eu un rôle ?

Les bonus en tant que rémunération liée à la performance sont légitimes, mais ils ne doivent pas être distribués en avance avant d'avoir pu mesurer la performance sur le cycle de vie d'un produit par exemple.

- 3) Qu'aurait pu faire la Compliance ?

La Compliance n'est pas Dieu tout puissant. Elle est là pour assister et non pour décharger la Direction, ultime responsable après le Conseil d'administration. Elle doit disposer d'autonomie plutôt que d'indépendance, terme que je n'utilise qu'avec parcimonie. Elle doit avoir une réelle capacité d'injonction et contribuer au fonctionnement harmonieux de la gouvernance. Les différentes fonctions de contrôle doivent former un ensemble qui rapporte au CEO.

Dans tout cela, j'aurais tendance à distinguer le **concept de déontologie**, concept « Macro » qui a une réelle responsabilité dans l'émission des normes éthiques, de la Compliance anglo-saxonne, concept « Micro » en charge du respect de la réglementation du haut au bas de l'échelle. Ces deux concepts ne se mélangent pas.

4) Après la crise, y-a-t-il des attentes nouvelles pour la Compliance ?

Après la crise, il y aura plus de réglementation, en vue d'une diminution de risques, et notamment du risque systémique. La Compliance doit jouer son rôle de réduction des risques de réputation, des risques juridiques. Elle s'inscrit aussi dans la dimension Déontologique.

La Compliance n'a pas pour objectif la productivité financière à court terme mais elle contribue à endiguer la sur-réglementation. Les professionnels peuvent à travers la Compliance et la Déontologie offrir une réponse aux questions soulevées par la crise.

Il faut surtout une meilleure réglementation. Le rôle de la Compliance a une dimension d'autocontrôle éthique. Il faut éviter la lourdeur opérationnelle engendrée par la sur-réglementation. Au sein de l'industrie financière on cite MIFID par exemple, qui visait la protection du consommateur et qui s'étend maintenant au fonctionnement du système financier dans son ensemble.

5) Il semble qu'au niveau de la Commission Européenne, l'on considère maintenant que les banques sont trop grandes ?

Cette question est complexe et les interventions de la Commission engendrent parfois paradoxalement des banques de taille plus importante.

Certains grands groupes bancaires mondiaux éprouvent des difficultés à se gérer correctement mais ce n'est pas vraiment le cas en Europe. Réduire la taille des groupes bancaires peut aussi conduire à constituer des banques spécialisées plutôt que des banques universelles. Or, il me semble que ces dernières sont intrinsèquement plus solides que les premières et que la prise de risque systémique est plus lourde de par l'effet d'accumulation dans les banques spécialisées.

La taille d'une banque doit être estimée par rapport à celle du pays, par rapport aussi au secteur. Il y a des risques de position dominante, de concentration, de peser sur la société, de ne plus présenter d'utilité sociale.

6) Préférez-vous la supervision de proximité ou la supervision consolidée ?

Je ne suis pas totalement convaincu que la recherche de l'efficience financière rencontre toujours le besoin d'efficience sociale, surtout dans les entreprises trop grandes. En cas de crise, on constate vite un retour au national : voyez la protection des dépôts bancaires. Il y a débat sur la structure européenne de la supervision. La Compliance, dans sa définition la plus mécaniste, peut-elle viser à la conformité au niveau européen ?

En tout cas la BCL a pris l'initiative de lancer une analyse comparative de la fonction Compliance au sein des banques centrales de l'Union européenne.

7) Merci Monsieur le Gouverneur. Avez-vous un message final pour les membres de l'ALCO ?

Nos sociétés ont un besoin accru de valeurs et l'ALCO joue un rôle notable et important dans cette dimension.

Propos recueillis par Jean-Marie Legendre et Jean-Noël Lequeue, le 8 décembre 2009

Déclaration de soupçon

L'ère du soupçon ? Réflexions autour de la déclaration de soupçon

Le développement et l'internationalisation des activités de « Private banking » sur la place de Luxembourg se sont accompagnés d'un resserrement progressif de l'état législatif et réglementaire applicable à la prévention de l'utilisation du secteur financier à des fins de blanchiment des capitaux.

Après des débuts surtout axés sur la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes¹, le mouvement s'est accéléré et a pris de l'ampleur, et ce tant au niveau des infractions dites primaires² que des obligations mises à charge des professionnels visés dont le cercle, également, n'a cessé de s'étendre.

De tout temps, le banquier a été au centre des débats et vu ses obligations s'étoffer considérablement au fil du temps ; ainsi, les débuts « timides », consistant en 1989 dans l'obligation faite aux banques d'identifier les clients, de suivre les transactions significatives et de veiller à la sensibilisation et formation de leur personnel faisaient de l'obligation de collaboration dans le cadre de la législation relative à la lutte contre le blanchiment AML une contrainte somme toute encore « contrôlable ». Un tournant décisif a été marqué en 1993 avec la loi du 05 avril 1993 laquelle a défini, pour la première fois en droit luxembourgeois, un certain nombre d'obligations professionnelles à respecter dans le secteur financier. Si toutes ces obligations n'ont pas été nouvelles, l'élément-clé de ces nouvelles dispositions a résidé, ainsi que le relevait l'Institut Monétaire Luxembourgeois, dans sa circulaire 94/112³, « dans l'obligation faite aux professionnels financiers d'informer de leur propre initiative le Procureur de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ». Les articles 40 et 41 de la loi du 05 avril 1993 précisaient dans ce contexte les principes à respecter : désignation de personne(s) de contact pour le Parquet/l'IML, abstention d'exécution de la transaction, non communication au client, dispense de l'obligation au secret.

Dans leur substance, les obligations introduites de manière précise en 1993 et reprises très sommairement ci-dessus, restent valables – elles ont cependant été affinées lors des étapes législatives successives et notamment lors de la transposition dans le droit luxembourgeois des deuxième⁴ et troisième⁵ directives AML européennes.

La première de ces directives avait imposé aux professionnels, dans la transposition qui en avait été faite dans le nouvel article 5 de la loi du 12 novembre 2004 « d'informer, de leur propre initiative, le procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg *de tout fait qui pourrait être l'indice d'un blanchiment ou d'un financement du terrorisme, 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* ».

Suite à la transposition de la troisième directive AML/CFT européenne, l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004 est maintenant libellé comme suit : les professionnels sont tenus « d'informer *promptement, de leur propre initiative, le procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg lorsqu'ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'un blanchiment 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* ».

Force est de constater qu'au fil du temps, le texte gouvernant la collaboration spontanée des banques et autres professionnels avec les Autorités s'est considérablement étoffé : de tout fait pouvant être l'indice d'un blanchiment et qu'il faut porter à la connaissance des Autorités, la coopération spontanée est de nos jours requise lorsque le professionnel sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'un acte de blanchiment est en cours, a eu lieu

¹ Loi du 7 juillet 1989 portant modification de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie (Mémorial A, , 50,19.07.1989 ;Circulaire IML 89/57)

² infraction primaire – infraction(s) dont est dérivé le produit du blanchiment

³ Circulaire IML 94/112 « Lutte contre le blanchiment et prévention de l'utilisation du secteur financier à des fins de blanchiment ;

⁴ Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 04.12.2001

⁵ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 et directive 2006/70/CE de la Commission du 01 août 2006

ou a été tenté en raison des critères légaux indiqués ». Est-il pour autant devenu plus précis et plus facile à appliquer ? Nous nous permettons d'en douter, et ce notamment pour les raisons suivantes :

- Mis à part les cas et situations déviant manifestement de la norme, c.a.d des pratiques habituelles eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il sera pour le professionnel – sur base de la démultiplication des infractions primaires – impossible de savoir quand il sera en face d'un acte de blanchiment en cours, tenté ou consommé. Même si le législateur luxembourgeois a restreint les infractions primaires à tout délit puni d'une peine d'emprisonnement d'un minimum supérieur à six mois et a écarté du champ des infractions primaires tant l'évasion que l'escroquerie fiscale, il sera extrêmement difficile au professionnel de savoir si les avoirs confiés à la banque proviendront d'infractions considérées comme « infractions primaires » en l'état actuel du droit – comment savoir par exemple que les avoirs déposés proviennent d'infractions « chewing gum » comme l'abus de biens sociaux ou difficiles à mettre en relation comme des infractions concernant l'environnement, etc. On ne peut, dans ces circonstances, que partager l'avis émis à différentes reprises⁶ par le Conseil d'Etat qui, devant la tendance volontariste de greffer l'infraction de blanchiment sur quasiment toutes les infractions primaires, a émis de sérieuses réserves. Ces réserves visaient 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 le fait que cette approche aboutit sinon en droit, du moins en fait à un renversement de la charge de la preuve ; en effet, la généralisation de l'incrimination du blanchiment pourra conduire à cette conséquence que la poursuite du délit de blanchiment ne dépend plus de la preuve du délit sous-jacent. Il suffira 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 ont une origine illicite et elles n'auraient plus l'obligation de constater de quel crime ou délit spécifique proviennent les biens à blanchir⁷. 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 tel bien n'est pas illicite, mais au contraire licite ;
- Les situations visées par la loi – dénonciation au Parquet et à la CSSF lorsque le professionnel sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner – restent, mise à part la première, imprécises et souffrent d'un certain « flou artistique ». En effet, où commence le soupçon et quand dispose-t-on de bonnes raisons de soupçonner ? Qu'il soit naturel d'alerter les Autorités quand le professionnel a acquis la certitude et partant sait qu'un acte de blanchiment a été commis ou tenté, semble naturel. Au-delà d'une obligation professionnelle, il s'agit déjà d'un devoir civique faisant de chaque citoyen - en présence d'une atteinte à la loi - un auxiliaire de justice. En revanche, le soupçon et l'élément constitutif à sa base, le doute, sont beaucoup plus difficiles à appréhender – l'étymologie ne nous renseigne pas à ce sujet – dérivé du verbe « suspicere », regarder de bas en haut, le « Larousse » définit le soupçon comme une opinion défavorable sur quelqu'un, son comportement, fondée sur des indices, des impressions, des intuitions, mais sans preuves précises – il s'agira donc d'une appréciation hautement subjective qui sera fonction des impressions recueillies, de l'expérience de la personne, et qui donc, de par sa nature intrinsèque sera appelée à varier en fonction de la personne appelée à apprécier les indices pouvant se présenter – d'aucuns verront le mal partout et feront des déclarations à profusion, alors que d'autres, plus indulgents ou moins critiques n'auront que peu de doutes/soupçons et n'y procéderont qu'à de rares occasions ;
- La position du Parquet est à ce niveau très tranchée et a le mérite de la clarté : comme le souligne la Cellule de Renseignement Financier dans son rapport relatif à l'année 2008 « le professionnel ne doit pas avoir une preuve de blanchiment ou de financement du terrorisme, tout soupçon étant à déclarer. Le soupçon peut naître d'un fait (relatif à la personne concernée, à l'origine de ses avoirs) et/ou d'une transaction (nature, finalités ou modalités). Lorsque le professionnel a un tel soupçon, il est légalement tenu de le déclarer à la CRF. L'approche en fonction du risque n'est pas applicable à ce stade, cette démarche n'étant admise qu'en ce qui concerne l'obligation d'identification du client et les mesures de suivi de celui-ci » ;
- Il appartiendra, dans ces conditions, au professionnel, de saisir le Parquet et la Commission de Surveillance du Secteur Financier chaque fois qu'il aura des doutes sur un client, son comportement ou l'arrière-plan économique d'une transaction. La locution « en cas de doute, abstiens-toi » se mue ici en « en cas de doute, déclare » - il faudra procéder à une déclaration – d'ailleurs la Cellule de Renseignement Financier souligne à ce propos la « ratio legis » telle qu'elle se dégage des travaux préparatoires des lois du 11 novembre 1998 et 12 novembre 2004 en ce sens que « le professionnel n'a pas à rechercher ni si l'indice de blanchiment est suffisamment concluant pour y asseoir une enquête, voire une poursuite, ni quelle est l'infraction primaire

⁶ Avis des 22 avril 2008 (doc. parl. 47.755 et 47.883), 30 mars 2004 (doc. parl. No. 5165), 17 mars 1998 (doc. parl. 4294

⁷ Cass. Belge 31.10.1995, inédite

susceptible d'être à la base d'une éventuelle opération de blanchiment, ni si les conditions d'une poursuite sont données. Cette recherche appartient à l'autorité chargée de traiter les informations reçues. Ainsi, la démarche du professionnel ne devra pas consister à procéder à une analyse approfondie des faits qui lui semblent douteux, ni à procéder à une qualification pénale de ces faits qui elle est réservée aux autorités judiciaires » ;

- En pratique, dans quelles circonstances le professionnel sera-t-il appelé faire une déclaration ? Quid du client potentiel ayant sollicité l'ouverture d'un compte, mais qui aura été refusé pour des doutes tenant à la véracité de ses allégations, à l'origine des fonds, au manque de transparence (pays lointain) ou simplement parce qu'il apporte un gros montant « cash » ? Faudra-t-il, dans le doute, précurseur et élément constitutif du soupçon, faire une déclaration ?
- Quelle est, d'autre part, la conduite à tenir lorsque le professionnel diligent, se posant des questions sur l'origine des avoirs du client, aura reçu toutes assurances (écrits/confirmations) sur l'origine des fonds, mais conserve néanmoins un/voire des doute(s) ? Lorsqu'il décide de confier à une société spécialisée le mandat de conduire un « due diligence » approfondi et que le rapport transmis laisse subsister des zones d'ombre, doit-on dénoncer ?
- Certes, des indices de blanchiment (généraux/particuliers/qualifiés) ont été mis à disposition des professionnels⁸, mais la liste fournie ne sera pas à elle seule suffisante pour guider les pas des professionnels – ceux-ci devront se forger une « intime conviction de soupçon » et décider ou de faire ou de s'abstenir de faire une déclaration.

Quelle est, par ailleurs, la différence entre « soupçon avéré » et les « bonnes raisons de soupçonner » évoquées par le texte légal ? L'exégèse de celui-ci conduit à penser qu'il y a une gradation dégressive entre les stades « sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner » amenant à faire une déclaration. Quelle est la différence entre les situations où le banquier « soupçonne » et la situation « où il a de bonnes raisons de soupçonner ». Comme le requiert le modèle de déclaration fourni par le Parquet à son point 5⁹, le professionnel devra décrire les indices ayant généré le soupçon de blanchiment et motiver la déclaration faite. Cette obligation de motivation contraste quelque peu avec l'invitation faite aux professionnels (v. supra) de ne pas rechercher eux-mêmes la preuve du blanchiment (difficile à faire sur un plan pratique), mais de déclarer directement lorsqu'il y a soupçon ;

- La Cellule de renseignement financier du Parquet précise ainsi dans son rapport d'activité de 2008¹⁰ que les éléments ayant généré en 2008 le soupçon de blanchiment sont :
 - les informations sur des enquêtes pénales en cours ou des décisions judiciaires relevées par la presse, des informations trouvées dans certaines banques de données privées, plus rarement des informations rassemblées par une entreprise privée d'enquête de notoriété ;
 - le comportement atypique du client (refus de justification, justification peu crédible ou fausse de l'origine des avoirs,
 - opérations complexes sans justification économique.

A ces éléments classiques s'ajoutent désormais la connaissance précise d'infractions, comme tiers ou victime, que constituent le faux, l'usage de faux et l'escroquerie (p.ex. déclarations liées à un ordre de virement ou d'un instrument financier qui se révèlent être falsifiés).

En matière de lutte contre le financement du terrorisme, le soupçon est généré par la présence supposée du nom du client sur les listes officielles (cas d'homonymie).

- Un autre effet de la dénonciation, voire un risque de dommage collatéral a également été souligné par certains auteurs¹¹ (A. Steichen) ; comme le Parquet a comme vocation de rechercher et de poursuivre toutes les infractions aux lois pénales, le principe de spécialité ne lui est pas applicable de telle sorte qu'un certain risque de débordement ne saurait être évité ; en effet, si les banques manquent de discernement en faisant

⁸ Circulaire CSSF 08/387, annexe II

⁹ Rapport d'activité pour 2008, juillet 2009 et circulaire 20BIS/08 CRF
www.justice.public.lu/circulaires/declaration20-08-fr.pdf

¹⁰ Rapport d'activité pour 2008, Page 11, littera b) – la motivation du soupçon

¹¹ A. Steichen – Le secret bancaire face aux autorités nationales et étrangères et « Le blanchiment du produit des infractions en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg » par Alexia Jonckheere

preuve de trop de zèle en matière de dénonciation, on pourrait très bien imaginer que le parquet puisse de la sorte détecter d'autres infractions que le blanchiment d'argent, notamment déclencher des poursuites pour escroquerie fiscale.

- Il nous semble, dans ces conditions, qu'une approche raisonnable et pragmatique de la dénonciation doive reposer sur un faisceau d'indices¹² concordants étayant les doutes que la banque, voire une des personnes (normalement le gérant) en relation avec le client aura pu ressentir dans ses contacts avec ce dernier¹³. Afin de ne pas se fier au seul jugement d'une personne par définition subjectif et quelquefois emprunt de partialité, il paraît judicieux qu'un Comité « ad hoc » décide de la dénonciation à faire – ce Comité réunira un membre de la Direction agréée, le responsable-clientèle et le responsable de la Fonction Compliance; comme le « timing » est important et que la dénonciation devra se faire, selon l'ajoute opérée par la loi du 17.07.2008, « promptement », ce Comité devra se réunir très rapidement en cas de besoin et prendre la décision qui s'impose et qui, en cas de conclusion négative, sera dûment documentée.

Doit-on se réjouir de cette évolution législative ou, au contraire, la déplorer, alors que le banquier se voit, à côté de ses attributions traditionnelles, confier également un rôle d'auxiliaire de justice ? S'il est malaisé de prendre position, il nous paraît évident cependant que les obligations relatives au KYC/KYB des clients devront encore être appliquées avec davantage de rigueur par les professionnels bancaires et que, face à l'impossibilité du professionnel de rattacher ses doutes à une/des infractions primaires précises, le nombre de déclarations ne pourra que s'orienter à la hausse. On ne peut que saluer, dans ce contexte, que la « matière fiscale » soit tenue – du moins pour l'instant - à l'écart du dispositif « anti- blanchiment » – ne pas le faire aurait contribué à affaiblir encore davantage le « private banking » luxembourgeois déjà suffisamment éprouvé par les attaques répétées lancées contre son secret bancaire.

¹² Des listes d'indices de blanchiment se retrouvent notamment à la suite de la circulaire CSSF 08/387 (Annexe II)

¹³ v. également : Vademecum des obligations professionnelles AML/CFT , page 51 « Pour établir son jugement, le banquier est tenu à une appréciation globale de tous les éléments du dossier »

Question de Membres

Question :

In what circumstances are MiFID Best Execution requirements compatible with the practice by a financial institution of taking a spread or margin in the price of a security or derivative instrument being traded by a client (retail or professional) ?

Réponse :

First of all, each institution has to refer to its own Best Execution Policy, where different criteria have been defined.

Indeed, the principle of best execution means that credit institutions and investment firms have to take reasonable measures to obtain the best possible result for their clients when they execute orders for them. For this, they have to take into consideration the price, the cost, the speed and the likelihood of the execution and the settlement, the size, the nature of the order. Based on this, it depends on how each credit institution has defined its best execution policy as it has to take into consideration these different criterias being fair to the clients.

As any institution must also be able to prove that it has applied the best execution for any trade, taking a margin or a spread out of the price of a security is not easy to fit into the best execution principle :

- **for shares** : as we have to compare the share price paid by the client to the market price, such practice seems incompatible to us, at least when the financial intermediary does not act as systematic internaliser or MTF;
- **for bonds** : as there is no official market price, financial institution could feel inclined to apply a margin to cover the risk they take when establishing a position in a certain bond. This issue and possibility to have such a margin, with or without disclosing it to the client, is still a "grey" zone. It might be a good idea to mention the fact that the bank may take a margin in the best execution policy. Furthermore, some banks consider that a bonds transaction may be seen as a request for quote (the client requests a quote, the bank gives it, and the client agrees) and as such triggers a "specific client instruction", liberating the bank of its best execution duties. This argument is however only accepted by CESR¹ for professional clients; for retail clients, CESR guidance is still awaited;
- **for derivatives** : if the client agrees with the trading rate, we could consider such instruction as a "specific instruction", or a "request for quote".

In summary, some uncertainties still exist around this issue. It is nevertheless worthy to note that upon a recent CESR consultation, the industry seemed to feel comfortable with this situation. It will still await CESR's guidance resulting from the consultation.

In the meantime, should a financial institution decide to be more transparent towards their clients on this issue, this will certainly not contravene MiFID provisions.

ALCO - GT 33 – October 2009

**Troisième table ronde thématique
« Filtrage des transactions »
24 novembre 2009**

Quinze personnes avaient répondu présentes pour cette 3e table ronde.

Le référent technique invité à éclairer nos discussions était M. Serge Wagener, *Vice President*, Service Paiements, de la BCEE et président de la Commission 'Moyens de Paiements, Systèmes Informatiques et Standardisation' au sein de l'ABBL. Nous le remercions pour sa disponibilité et sa participation. Xavier Leydier et Charles van Doorslaer du GT 34 coordonnaient la réunion. Une quinzaine de banques étaient représentées autour de la table.

Synthétiser en quelques pages deux heures de discussions variées et intenses n'est pas chose aisée. Rappelons que l'objectif de la table ronde est d'échanger librement, entre compliance officers, les expériences, idées et questions sur un sujet choisi. Les discussions ne peuvent donc pas être assimilées à des prises de positions, que ce soit de la part des banques dont font partie les participants ou de l'ALCO.



Un questionnaire relatif au filtering des transactions avait préalablement été envoyé à tous les membres. Il avait pour but de servir de base à la discussion. Quatorze formulaires ont été renvoyés complétés¹⁴ avant la réunion. Une synthèse des réponses est annexée.

Les grandes lignes sont les suivantes (% en fonction des réponses reçues):

- 79% des établissements bancaires ont acheté une solution externe de filtrage automatique ;
- Dans 93% des cas, la responsabilité de la fixation des critères du filtering relève de la fonction Compliance ;
- Seulement 29% pratiquent une externalisation des contrôles de 1^{er} niveau des hits reçus vers un autre département. A une exception près, la responsabilité finale continue dans ces cas de relever de la compétence du compliance officer ;
- A part les messages MT103 qui sont filtrés dans 100% des cas à l'entrée et dans 79% des cas à la sortie, il existe une grande disparité concernant le filtrage des messages ;
- 86% estiment que les nouvelles réglementations (SEPA, MT 202Cov...) en matière de paiements n'ont eu que peu d'incidence sur leur activité de filtering (voire aucune).

¹⁴ Les membres qui n'ont pas encore pu nous renvoyer le questionnaire peuvent encore le faire. Nous mettrons à jour le résultat du 'sondage' en annexe avec les nouvelles réponses obtenues, afin de lui donner une plus grande représentativité.

Discussions

Un tour de table est organisé afin de connaître les réactions des participants vis-à-vis des résultats du sondage ci-dessus. Il en ressort que les participants sont interpellés par la grande disparité des messages filtrés. Seuls les messages MT 103 et MT202 semblent recueillir une majorité des avis quant à la nécessité d'être filtrés. Certains font part de leur étonnement quant à la constatation que bon nombre de message ne semblent filtrés qu'à l'entrée et pas à la sortie. L'utilité de remplacer un filtrage en temps réel par un filtrage a posteriori a été abordée. La question de l'endroit où, au sein de l'organisation, se situent les niveaux de contrôle en matière de filtrage des transactions a été évoquée.

Les modalités de paramétrage du système de filtrage sont un élément essentiel de la pertinence des contrôles.

Le filtrage de l'ensemble des champs de l'ensemble des messages SWIFT est rare mais réalisable. L'analyse des alertes est alors effectuée, dans un service dédié, selon les exigences locales et les exigences du Groupe financier. Afin de gérer au mieux les alertes, et d'en réduire le nombre pour les rendre plus pertinentes, il y a lieu de paramétrer le système en intégrant une identification des « good guys » au sein du système.

Les banques présentes reconnaissent la nécessité d'intégrer le rapport risque/coût tout en se conformant aux exigences légales. Ceci est particulièrement vrai dans le cadre du filtrage des noms d'individus pour lesquels il existe beaucoup d'alias (ou, au contraire, d'homonymes). Cela constitue un problème de maintenance des listes internes.

Toute alerte doit faire l'objet d'une vérification. Le contrôle se doit d'être documenté et le risque sous-jacent explicitement accepté par la Direction Générale en cas d'alerte. Il est généralement admis que la responsabilité du Compliance Officer est engagée et qu'il faut faire la différence entre la responsabilité réglementaire et la responsabilité opérationnelle. Certaines banques pratiquent des tests sur retour du filtrage afin d'analyser la pertinence des filtres et le suivi des alertes. Ces statistiques sont remises à la Direction Générale.

En règle générale, pour les banques faisant partie d'un groupe international, il ressort que le choix du logiciel a été un choix du Groupe financier tout en laissant une large marge de manœuvre au niveau local pour le paramétrage. Ce paramétrage a fait l'objet d'arbitrages internes. Ces arbitrages ont pu être basés par exemple sur le niveau de risque (pays, nationalité...) ou sur l'activité du client en elle-même. Il ressort des discussions que les messages de réparations (corrections envoyées à la demande du destinataire) ou les messages textes ont tendance à être exclus du filtrage alors que ces messages peuvent comporter des informations nécessitant d'être filtrées.

Plusieurs participants semblent regretter qu'il n'existe pas de produit par métier mais seulement des produits standards. Les grands groupes internationaux peuvent donc opter pour un routage des flux par spécialité afin d'optimiser les revues d'alertes. Il ressort qu'un travail important d'adaptation du système utilisé (tuning) est à mener de concert entre le service concerné et le fournisseur informatique afin de pouvoir utiliser au mieux le système choisi : en fonction de son activité et de ses critères de risque.

Une banque nous fait part d'une technique afin de limiter le nombre de fausses alertes : en supprimant les champs « donneur d'ordre » sur les messages sortants (champ 50) et « bénéficiaire » sur les messages entrants (champ 59), ou en supprimant la zone adresse en Worldcheck, le nombre d'alertes a chuté de façon drastique. L'assemblée constate qu'effectivement, puisque ces deux champs sont relatifs aux données personnelles d'un client de la banque, elles font partie des données vérifiées lors des opérations de Due Diligence et lors des screening périodiques. Il n'y a donc en principe aucun risque sur ces champs là, pour les messages concernés.

Aucun n'utilise d'autres moyens de transfert que SWIFT. Il est évident que les paiements par chèques ne doivent pas être exclus des contrôles. Cependant le contrôle des paiements par chèque ne relève pas d'une procédure de filtrage mais relève d'une procédure interne spécifique.

Pour la plupart, les flux domestiques ne sont pas traités de façons différentes des flux transfrontaliers. Les mêmes critères de filtrages s'appliquent aux deux types de messages, en fonction des critères de l'établissement. Les transferts de compte à compte ne sont, en règle générale, pas filtrés mais seulement contrôlés à posteriori (monitoring).

Les listes internes, qui complètent les listes 'internationales' sont en générales alimentées par :

- Une analyse des revues de presse
- L'expérience de l'établissement
- Les données fournies par la CRF dans ses circulaires
- Des alertes internet spécifiques

L'assemblée reconnaît l'impact limité de ces listes. La fréquence de leur mise à jour peut effectivement être un frein à leur efficacité. On insiste sur la différence importante dans l'utilisation des listes internes en matière de contrôle AML ou en matière de filtrage.

Il n'existe pas d'obligation de blocage d'une transaction en faveur d'une PEP. Dès lors, pour ce type de clientèle, un contrôle à posteriori peut être suffisant. Chaque banque, connaissant le niveau de risque associé à sa clientèle PEP, appréciera le fait de devoir faire un contrôle à priori ou à posteriori sur ce type de clientèle à l'aune de ses propres critères. Les listes internes se doivent d'être déclarées à la Commission Nationale de Protection des Données (CNPD). Elles relèvent de l'obligation de notification.

L'utilisation d'internet - et des outils de recherche y disponibles - semble d'usage généralisé pour conforter ou infirmer une alerte. Un résultat positif en ce sens se doit de faire l'objet d'une mise à jour du paramétrage de filtrage. L'entité se doit d'organiser le flux d'information vers le Compliance Officer afin que celui-ci valide les changements tant au niveau de la liste interne qu'au niveau du paramétrage.

L'assemblée ne reconnaît aucun risque financier à pratiquer le filtrage des transactions. Si un blocage devait intervenir suite à une alerte, celui-ci est couvert tant par la loi AML que par la loi PSD car celle-ci prend en compte la législation existante afin de déterminer les délais de transfert. Pour autant qu'un blocage puisse être dument justifié, et que l'établissement financier puisse prouver que le blocage a été analysé dans un délai raisonnable, si un établissement financier agit dans le cadre de la loi, il ne pourra pas lui être réclamé un quelconque dédommagement financier pour compenser des pertes occasionnées par un transfert effectué avec retard.

De même, l'assemblée reconnaît que l'institution émettrice du transfert ne saurait être tenue pour responsable d'un blocage effectué par une banque correspondante. L'assemblée reconnaît aussi que les règlements internationaux s'imposent aux acteurs de la place financière et qu'elle ne peut pas s'exonérer des demandes d'information sur des ordres de transfert émis par des institutions étrangères, américaines par exemple.

Le filtrage des transactions peut aussi être utilisé pour protéger le client lorsque ce dernier demande d'effectuer des transferts effectués vers une institution financière à risque. Sa banque pourra en effet attirer son attention et éviter que le transfert se fasse sur un compte auprès d'une contrepartie sur le point de faire défaut.

Enfin, il ressort des discussions que le filtrage des transactions peut aussi être utilisé à posteriori. Ceci afin de déterminer ou contrôler le risque de «patterning» dans les transactions de certains clients. Mais cela relève plus du contrôle interne que de l'obligation du filtrage des transactions. Cela demande aussi un paramétrage spécifique soit du système de filtration lui-même, soit du « core system » de l'établissement financier.

Conclusion

Cette table ronde met en évidence, une fois de plus, la diversité de notre métier et sa capacité d'adaptation à l'environnement dans lequel il s'opère. Ainsi, la mise en place de l'obligation légale de contrôle des transactions (pour lutter contre le blanchiment et le terrorisme) est différente selon que l'institution financière est spécialisée dans les métiers de banque commerciale, de banque privée ou dans les fonds d'investissements.

Les participants reconnaissent qu'il n'y a pas de réponses standard mais une approche prudentielle certaine. Il aurait été intéressant, à l'issue de cette table ronde, de poser la question si les participants sont toujours aussi satisfaits du niveau de filtrage à la lumière des discussions du jour.

L'analyse des formulaires d'évaluation complétés par les participants à l'issue de la réunion confirme que les participants ont apprécié les discussions et la formule de réunion. L'utilisation d'un questionnaire préalablement complété semble recueillir tous les suffrages. La table ronde permet ainsi de confronter les points de vue et de partager les interprétations de la réglementation. Ce type d'exercice permet ainsi à chacun de se « *benchmarker* » par rapport à la pratique professionnelle de la place.

A l'issue de la réunion, certains participants ont exprimé le souhait qu'un groupe de travail soit créé au sein de l'ALCO, afin de prolonger les discussions. Ils ont été encouragés à manifester leur envie de participer à un tel projet en complétant le formulaire ad hoc disponible en ligne sur le site de l'ALCO. Certains participants ont également pris soin d'échanger leurs cartes de visites pour poursuivre le débat entre eux.

Vie associative

VIE ASSOCIATIVE

GROUPES DE TRAVAIL ACTUELS

Groupe de travail 11

Site Internet

Responsable Olivier GILSON
Téléphone +352 48 48 80 51 08
olivier.gilson@efa.eu

Groupe de travail 16

Commission permanente juridique et relations publiques

Responsables Claudine FRUTSAERT
Téléphone +352 44 24 24 43 15
claudine.frutsaert@axa.lu

Jean-Marie LEGENDRE

Téléphone +352 24 67 26 07
Jean-Marie.LEGENDRE@ca-luxembourg.com

Groupe de travail 20

Funds practices and recommendations AML

Responsable Patrick Watelet
Téléphone +352 45-14-14-231
patrick.watelet@citi.com

Groupe de travail 21

Interprétation pratique des restrictions d'investissements de fonds

Responsable Tim WINFIELD
Téléphone +352 34 10 23 85
tim.winfield@jpmorgan.com

Groupe de travail 27

Formations IFBL

Coordinateur Sundhevy GOÏOT
Téléphone +352 621 30 23 63
sundhevy.goiot@maycoso.lu

Groupe de travail 29

Abus de marché

Coordinateur Cyril MATHIEU
Téléphone +352 40 46 46 400
cyrilmathieu@lu.hsbc.com

Groupe de travail 30

Domiciliation de société

Coordinateur Sophie RASE
Téléphone +352 40 25 05 408
sophie.rase@maitlandgroup.com

Coordinateur Jean-Noël LEQUEUE

Téléphone +352 26 63 86 27
jean-noel.lequeue@icesa.lu

ASSOCIATION ACTIVITIES

CURRENT WORKING GROUPS

Working group 11

Website

Owner Olivier GILSON
Phone +352 48 48 80 51 08
olivier.gilson@efa.eu

Working group 16

Legal and public relations

Owners Claudine FRUTSAERT
Phone +352 44 24 24 43 15
claudine.frutsaert@axa.lu

Jean-Marie LEGENDRE

Phone +352 24 67 26 07
Jean-Marie.LEGENDRE@ca-luxembourg.com

Working group 20

Funds practices and recommendations AML

Owner Patrick Watelet
Phone +352 45-14-14-231
patrick.watelet@citi.com

Working group 21

Practical interpretation of fund investment restrictions

Owner Tim WINFIELD
Phone +352 34 10 23 85
tim.winfield@jpmorgan.com

Working group 27

Training IFBL

Coordinator Sundhevy GOÏOT
Phone +352 621 30 23 63
sundhevy.goiot@maycoso.lu

Working group 29

Market abuse

Coordinator Cyril MATHIEU
Phone +352 40 46 46 400
cyrilmathieu@lu.hsbc.com

Working group 30

Domiciliary agent

Coordinator Sophie RASE
Phone +352 40 25 05 408
sophie.rase@maitlandgroup.com

Coordinateur Jean-Noël LEQUEUE

Téléphone +352 26 63 86 27
jean-noel.lequeue@icesa.lu

Groupe de travail 33

Réponses aux questions des membres

Coordinateur Carine VAN MULDER
Téléphone +352 47 97 28 15797 2815
vincent.willem@bdl.lu

Working group 33

Answers to questions of members

Coordinator Vincent WILLEM
Phone +352 49 924 3956
vincent.willem@bdl.lu

Groupe de travail 34

Tables rondes

Coordinateur Charles VAN DOORSLAER
Téléphone +352 47 97 39 09
charles.van-doorslaer@kbl-bank.com

Working group 34

Round tables

Coordinator Charles VAN DOORSLAER
Phone +352 47 97 39 09
charles.van-doorslaer@kbl-bank.com

Groupe de travail 35

Doctrine

Coordinateur Guillaume BEGUE
Téléphone +352 26 96 22 31
guillaume.begue@bnpparibas.com

Working group 35

Doctrine

Coordinator Guillaume BEGUE
Phone +352 26 96 22 31
guillaume.begue@bnpparibas.com

MEMBRES ET VIE ASSOCIATIVE

MEMBERS AND ASSOCIATION ACTIVITIES

Nombre de membres (au 31/01/2010):

Banques	215
Fonds	91
Fonds / Banques	32
Assurances	53
Consultants / Réviseurs	37
Admin. et domiciliation de sociétés	21
Avocats	9
PSF	46
Gestion de fortune	17
Autres	11
Effectif total:	532

Membres effectifs 433
Membres d'honneur 91

Effectif total: 532

Réunions et activités:

Mensuellement	Réunions du conseil d'administration
1 / 2 x par an	Réunions plénières
2 / 3 x par an	Rencontres informelles autour d'un thème

Number of members (as per 31/01/2010):

Banking sector	215
Funds sector	91
Funds / Banking sector	32
Insurance sector	53
Consultants / Auditors	37
Admin. and company domiciliation	21
Law firms	9
SFP	46
Asset management	17
Other	11
Total number:	532

Active members 433
Honorary members 91

Total number: 532

Meetings and activities:

Monthly	Board meetings
1 / 2 x per year	Plenary assemblies
2 / 3 x per year	Informal meetings on a subject

– **Conseil d’administration:**

Jean-Noël LEQUEUE	Président
Claudine FRUTSAERT	Vice-Président, section assurances
Patrick WATELET	Vice-Président, section fonds
Vincent SALZINGER	Vice-Président, section banques
Valerie ALEZINE	Trésorière
Guillaume BEGUE	Administrateur
Sundhevy GOÏOT	Administrateur
Jean-Marie LEGENDRE	Administrateur, Président honoraire
Custodio PORTASIO	Administrateur
Patrick CHILLET	Conseiller
Olivier GILSON	Conseiller
Thierry GROSJEAN	Conseiller
Karine VILRET-HUOT	Conseiller
Tim WINFIELD	Conseiller

– **Secrétariat de l’ALCO:**

Emilie Schmitt
secretariat@alco.lu
2 rue de l'Eau
L-1449 Luxembourg
Tél: 26-63-86-25

– **Secrétariat du Bulletin:**

Emilie Schmitt
secretariat@alco.lu

– **Comité de rédaction:**

Claudine FRUTSAERT (responsable), Patrick SCHOTT, Jean-Marie LEGENDRE, Julie BECKER, Leen BOM, Stefano PIERANTOZZI, Olivier GILSON, Jean-François PEMMERS

VISITEZ NOTRE SITE WEB : www.alco.lu