



Association Luxembourgeoise
des Compliance Officers
du Secteur Financier

Le Bulletin d'informations

N°24

Février 2013

Editorial



Chers membres de l'ALCO, chers amis lecteurs,

Le bulletin de l'ALCO constitue le support idéal pour traiter plus en profondeur de grands thèmes relatifs à notre profession. C'est certainement le cas de l'article de Guillaume Bègue qui aborde un sujet important pour la réputation de la place financière de Luxembourg. Il s'adresse à un auditoire composé essentiellement de juristes français dans un pays où tout ce qui touche aux dispositions légales de leur petit voisin du Nord est pour le moins controversé. Il convenait donc d'éviter tout angélisme pour rester convaincant. L'article de G. Bègue reste purement juridique et est à ce titre très instructif.

Un autre thème qui prend de l'ampleur pour certains d'entre nous est celui de la protection des données. Le secret bancaire n'est pas la seule règle à appliquer aux données de nos clients. La notion de données nominatives et personnelles visées par ce secret recouvre partiellement mais pas complètement celle de données à caractère personnel. L'article de Gary Cywie et de Charles-Henri Laevens, juristes spécialisés en la matière, apporte un éclairage complémentaire sur l'usage de ces données en interne dans nos établissements mais aussi en international, notamment au sein d'un groupe bancaire.

Le Bulletin

Le bulletin présente aussi, en plus de la consultation spécifique du site privé de l'association, l'opportunité de partager largement le résultat de groupes de travail lorsque le sujet abordé est particulièrement important. C'est le cas de la Table Ronde tenue en septembre par le GT 34 et qui traitait des implications Compliance de FATCA. le Luxembourg n'a pas encore décidé du contenu exact de la convention que le pays compte signer avec les Etats Unis et suit attentivement les négociations menées par la Suisse en la matière. Il n'est cependant pas trop tôt pour se préoccuper du sujet et pour anticiper les conséquences de FATCA pour nos activités de Compliance Officers.

Le GT 33, auquel vous pouvez adresser toutes les questions directement en rapport avec la Compliance, s'est penché sur un problème qui peut concerner beaucoup d'entre vous, au-delà du cercle strict des sociétés de gestion. L'obligation d'établir un analyse du risque AML/CFT s'adresse à tous les établissements de crédit (CSSF 11/519) mais aussi à tous les professionnels soumis à la supervision de la CSSF et à la loi modifiée de 2004 (CSSF 11/529). Ceci a créé une polémique sur la nécessité de réaliser une telle analyse pour chacun des fonds d'investissement répondant à ces conditions. La réponse du GT 33 devrait constituer la pratique normale de la place.

Voici donc un bulletin copieux et fort technique qui j'en suis persuadé vous aidera dans votre métier.

Bonne lecture à toutes et tous.

Jean Noël Lequeue
Président de l'ALCO

* *

Article

LA REPRESSION PENALE DU BLANCHIMENT AU GRAND DUCHE DE LUXEMBOURG

*Par Guillaume Bègue¹
Membre du Centre Sorbonne Finance – IRJS, Paris 1
Administrateur - ALCO²*

Etude réalisée dans le cadre du colloque international intitulé « La répression pénale du blanchiment - Les leçons du droit comparé », organisé par le Groupe de Recherches Actions sur la criminalité Organisée (GRASCO), le Centre du droit de l'entreprise (CDE, Université de Strasbourg) et le Cercle des comparatistes droit et finance (Paris), et qui s'est tenu le 27 mai 2011 à Strasbourg. Les Actes du colloque sont publiés dans la revue du GRASCO.

Introduction

Le Luxembourg est devenu en l'espace de trente ans un centre financier de premier ordre³. Forte de ses deux activités phares que sont les services de gestion de fortune et son industrie des fonds d'investissement, cette place financière est aujourd'hui reconnue dans le monde entier⁴. Non pas que les activités économiques classiques y soient inexistantes, mais il faut admettre que le poids relatif du secteur financier les éclipse sans grande difficulté. Cette renommée est le fruit d'une politique volontariste favorisant depuis de nombreuses années l'expansion des activités bancaires et financières⁵.

Malheureusement, ce dynamisme a aussi ses inconvénients puisqu'il attire aussi bien les acteurs de la sphère légale que les criminels qui cherchent à recycler leur argent sale. Ce phénomène inévitable a déjà affecté la Place, l'affublant d'une visibilité dont elle se passerait bien⁶. Souvent montré du doigt par nombre de pays et notamment ses proches voisins⁷, le Luxembourg n'a pourtant pas chômé cette dernière décennie pour redorer un blason quelque peu terni. De nombreux textes ont ainsi étoffé un insuffisant *juris corpus* longtemps décrié, sacralisant

¹ Les propos tenus dans cette étude sont strictement personnels et n'engagent que leur auteur.

² Association Luxembourgeoise des Compliance Officers du secteur financier.

³ Pour un aperçu du poids des services financiers dans l'économie luxembourgeoise et de leur évolution depuis les années 1980, v. le site internet de la STATEC : http://www.portrait.public.lu/fr/structures_economiques/structure/coups_de_projecteur/secteur_financier/developpement/index.html

⁴ Classée 2^{ème} mondiale derrière les Etats-Unis pour les fonds d'investissement, v. <http://www.lff.lu/fr/faits-marquants/la-place-financiere-luxembourgeoise/>; 21^{ème} à l'échelle mondiale en tant que place transnationale spécialisée, v. http://actu.efinancialcareers.lu/newsandviews_item/newsItemId-31635

⁵ Même si l'on constate depuis quelque temps un regain d'intérêt pour d'autres secteurs comme les télécommunications (satellites) ou encore les services aux multinationales (v. le site internet de la chambre de commerce de Luxembourg : <http://www.cc.lu/docdownload.php?id=83>), les services financiers représenteraient près d'un quart du produit intérieur brut.

⁶ On retrouve régulièrement dans les médias le nom du pays associé à de grands scandales financiers et des affaires de blanchiment du produit de la corruption ou du trafic de stupéfiants.

⁷ Encore récemment avec la crise économique démarrée en 2008 et le sujet de la coopération fiscale internationale ainsi que celui du secret bancaire.

notamment la répression pénale du blanchiment en tant qu'outil juridique de lutte globale contre les activités de blanchiment.

Ces efforts semblaient en 2010 néanmoins insuffisants si l'on en croit le rapport⁸ d'évaluation mutuelle du Luxembourg publié par le Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux (ci-après GAFI). A sa lecture, d'aucuns pourraient croire à la perdurance d'une place financière ouverte à tous les excès et indifférente au danger que représente l'argent des criminels en tous genres. Une vision simpliste et parfois injuste pour l'Etat membre des Communautés européennes qui fut le premier à transposer en avance une très grande partie de la 3ème directive sur la prévention du blanchiment de capitaux⁹. Si des carences existaient ou persistent en la matière, notamment lors de la mise en œuvre de l'infraction, il convient d'en connaître les raisons (II) à la lumière du parcours théorique relativement classique que présente ladite infraction (I).

I Un parcours théorique relativement classique

1) Evolution législative de l'incrimination

i. Une lente et progressive croissance

A l'instar de nombreux pays, le Luxembourg s'est longtemps contenté d'une infraction spécifique de blanchiment du produit du trafic de stupéfiants¹⁰.

Son législateur a inséré pour la première fois l'infraction de blanchiment d'argent dans l'arsenal répressif par une loi de 1989¹¹, année de création du GAFI. Par celle-ci, ont été ajoutés à l'article 8 de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie¹², deux articles supplémentaires incriminant expressément mais non littéralement le blanchiment du produit de trafic de stupéfiants¹³. Après avoir transposé la Convention de Vienne votée par les Nations-Unies le 20 décembre 1988 par une loi du 17 mars 1992¹⁴, le législateur adoptera un texte coordonné quelques mois plus tard afin de sceller la matière des drogues et celle du blanchiment de leur produit¹⁵.

⁸ Rapport d'évaluation mutuelle du Luxembourg par le GAFI, 19 février, 2010, v. le site internet du GAFI : http://www.fatf-gafi.org/document/20/0,3746,fr_32250379_32236963_44660308_1_1_1_1,00.html

⁹ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO L 309 du 25.11.2005. V. à ce sujet G. Bègue, *Le droit luxembourgeois, nouveau référent dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ?*, RD Banc. Fin., janvier-février 2006, p.50.

¹⁰ V. A. Jonckheere, et M. Capus-Leclerc, V. Willems, D. Spielmann, *Le blanchiment du produit des infractions en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*, Les dossiers du Journal des tribunaux, éd. Larcier, p. 105 et s.

¹¹ 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, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 50, 19 juillet 1989, précédée quelques jours avant de la loi du 16 juin 1989 portant modification du livre premier du code d'instruction criminelle et de quelques autres dispositions légales, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 41, 26 juin 1989. V. M.-L. Casenave-Decheix, *Le blanchiment de la drogue (Journées d'étude de la Section luxembourgeoise de l'IDEF Institut international de droit d'Expression et d'Inspiration Française, 28-29 mai 1992)*, Revue Internationale de Droit Comparé, vol. 46 n°1, janv. 1994, p.155.

¹² Loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 12, 3 mars 1973.

¹³ « Art.8 -I. Seront punis d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 5 000 francs à 50 000 000 de francs, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui auront sciemment facilité ou tenté de faciliter la justification mensongère de l'origine des ressources ou des biens de l'auteur de l'une des infractions mentionnées à l'article 8 sous a) et b) ou ceux qui auront sciemment ou par méconnaissance de leurs obligations professionnelles apporté leur concours à toute opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit d'une telle infraction.

Art. 8-2. Dans les cas prévus à l'article 8 sous a) et b), le tribunal, sans préjudice de l'article 42 du code pénal, ordonne en outre la confiscation des biens meubles ou immeubles, divis ou indivis, du condamné qui auront été acquis au moyen du produit de l'infraction».

¹⁴ Loi du 17 mars 1992 portant approbation de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne, le 20 décembre 1988, modifiant et complétant la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie; modifiant et complétant certaines dispositions du Code d'instruction criminelle, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 15, 26 mars 1992.

¹⁵ Texte coordonné du 29 octobre 1992 de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, telle qu'elle a été modifiée.

Hormis le coup d'éclat des tribunaux luxembourgeois qui ont fait usage plein de l'infraction spécifique de blanchiment dans la fameuse affaire Jurado¹⁶, les dispositions précitées n'ont pas eu l'effet escompté de multiplication des mises en cause sur le fondement du blanchiment de produit de trafic de stupéfiants. La spécificité de l'infraction pénale couplée à un champ d'application *rationae materiae* restreint de l'obligation de coopération active prévue par la loi du 5 avril 1993¹⁷ dans sa rédaction de l'époque, même agrémentée de circulaires de l'autorité de surveillance compétente¹⁸, n'apportait guère satisfaction.

Aussi, l'infraction de blanchiment a vu son cercle d'infractions primaires s'élargir avec une loi du 11 août 1998¹⁹ portant introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au code pénal. Le nouvel article 506-1 et suivants inséré dans le code pénal luxembourgeois donnait alors une définition juridique de l'infraction du blanchiment tout en énumérant les faits constitutifs de ce délit et en spécifiant les catégories d'infractions primaires pouvant donner lieu à ce délit.

Ce panel comprenait les infractions primaires suivantes :

- les crimes ou délits commis dans le cadre ou en relation avec une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle au sens des articles 324bis à 324ter du code pénal;
- l'enlèvement de mineurs (articles 368 à 370 du code pénal);
- l'infraction de proxénétisme (articles 379 et 379bis du code pénal);
- l'infraction de corruption;
- l'infraction à la législation sur les armes et munitions.

Parallèlement, le texte de l'article 38 (3) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier sera complété par un renvoi à l'article 506-1 nouveau du code pénal de manière à assurer que la notion de blanchiment couvre, en sus de tout acte défini à l'article 8-1 de la loi de 1973, également tout acte défini audit article 506-1.

ii. La maturité

La loi du 14 juin 2001²⁰ accentuera un peu plus cette extension en incriminant l'« *avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions* », ajout dont nous aurons l'occasion de reparler ultérieurement²¹, tandis que le produit de l'infraction primaire de terrorisme ou de financement du terrorisme sera couvert en vertu d'une loi du 12 août 2003 portant répression du terrorisme et de son financement²². La loi du 12 novembre 2004²³ étant plus axée vers les

¹⁶ Franklin Jurado Rodriguez, économiste colombien diplômé de Harvard et Columbia, a blanchi à la fin des années 1980 plus de 90 millions de dollars U.S. provenant du trafic de drogues organisé par le cartel de Cali. Il fut condamné par un tribunal luxembourgeois en avril 1992 à cinquante quatre mois de prison ferme et 5 millions de francs d'amende. Il sera finalement extradé aux Etats-Unis en 1994.

¹⁷ Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 27, 10 avril 1993. Son article 38.3 aujourd'hui abrogé prévoyait que « Par «blanchiment» au sens de la présente partie, est désigné tout acte, notamment de dissimulation, de déguisement, d'acquisition, de détention, d'utilisation, de placement, de conservation, de transfert, auquel la loi confère expressément par rapport à des crimes ou délits y précisés le caractère d'infraction pénale spécifique et qui a trait au produit, c'est-à-dire à tout avantage économique, tiré d'une autre infraction pénale. ». Ce fut la première fois que le terme « blanchiment » apparut, mais toujours circonscrit à la lutte contre le trafic de stupéfiants. Le projet de loi de l'époque prévoyait en marge « Voilà pourquoi il est proposé de donner au présent paragraphe (3) un libellé qui permet à la fois d'assurer la sécurité juridique des professionnels financiers et d'éviter de devoir modifier la loi sur le secteur financier à chaque modification du droit pénal en la matière. La sécurité juridique des professionnels financiers est assurée par la disposition claire que le "blanchiment de capitaux" au sens de la présente loi ne peut être qu'un acte reconnu comme une infraction pénale spécifique en droit luxembourgeois, de sorte qu'il sera toujours possible de se référer pour la définition du blanchiment à une disposition juridique précise et limitative, même si le droit pénal devait changer à l'avenir pour inclure d'autres actes de blanchiment que ceux visés actuellement par la loi de 1989 contre la toxicomanie. A cet effet le type d'acte visé est décrit en s'inspirant des formulations utilisées aussi bien par les Conventions de Vienne et de Strasbourg, par le GAFI et par la directive CEE. », v. projet de loi n°3600, p.6.

¹⁸ Circ. IML 89/57 et IML 94/112.

¹⁹ RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 73, 10 septembre 1998.

²⁰ RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 81, 17 juillet 2001.

²¹ Cette loi est en réalité la transposition en droit interne de la convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime -autrement connue sous le nom de Convention de Strasbourg- et qui aura surtout un impact en matière de confiscation.

²² RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 137, 15 septembre 2003.

considérations préventives que sur l'aspect purement répressif, elle n'innove pas véritablement sur ce dernier volet, se contentant d'ajouter à la liste susmentionnée d'infractions primaires recevables celle de fraude aux subventions publiques prévue aux articles 496-1 à 496-4 du code pénal.

Il faudra attendre une loi du 17 juillet 2008²⁴ pour constater l'élargissement significatif du champ d'application de l'infraction de blanchiment conformément aux dispositions prévues par la 3ème directive européenne et aux recommandations du GAFI révisées en 2003²⁵. Douze ans après que la France ait inséré dans son code pénal les articles 324-1 et suivants, le Parlement luxembourgeois entérine la création de l'infraction dite générale de blanchiment de capitaux, un peu tard diront les détracteurs. Mais si cette très large couverture d'infractions primaires n'a éclos que progressivement, elle restait centrée sur les infractions présentant une gravité certaine et donc plus à même de donner lieu à une opération massive de blanchiment subséquente. Elle a en outre assuré pendant tout ce temps une sécurité juridique bienvenue pour les professionnels assujettis aux obligations LAB/CFT²⁶ en laissant le champ d'application pénal du blanchiment aligné sur celui de l'obligation de coopération active. Ce ne fut malheureusement pas le cas en France où les professionnels ont subi, de 1996²⁷ à 2009, les conséquences du non-alignement du champ d'application de la déclaration à celui de l'infraction de blanchiment²⁸.

iii. Description détaillée de l'infraction de blanchiment

A l'instar de la France qui maintient encore aujourd'hui plusieurs infractions spéciales de blanchiment, le législateur luxembourgeois n'a pas fait table rase de son infraction primaire originelle par le jeu d'empilement législatif. Les nouvelles infractions primaires ont été consolidées dans les articles 506-1 et suivants au fur et à mesure de leur adoption, sans que l'article 8-1 de loi 1973 ne soit abrogé pour autant²⁹. Cette incrimination spéciale est la seule à exister en sus de l'incrimination générale (le Luxembourg ne connaît pas le blanchiment douanier).

Figurent désormais au titre des infractions primaires prévues par cette dernière, d'une part, les infractions listées par le GAFI et nommément désignées (ex : la participation à un groupe criminel organisé ; le terrorisme y compris son financement ; la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants ; l'enlèvement de mineurs ; le trafic d'armes ; le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ; la corruption ; le vol simple ; la contrebande ; etc...) et, d'autre part, une liste non limitée d'infractions punies d'une peine privative de liberté d'un minimum supérieur à six mois (ex : l'abus de biens sociaux ; le faux ; l'extorsion ; la piraterie ; les meurtres et blessures corporelles graves ; les crimes contre la sûreté de l'Etat ; l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otages ; etc...).

²³ Loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme portant transposition de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 183, 19 novembre 2004.

²⁴ Loi du 17 juillet 2008 portant transposition de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 106, 23 juillet 2008.

²⁵ Pour des commentaires sur cette directive, voir notamment : C. Cutajar, *Prévention et répression du blanchiment d'argent : bilan et préconisations à l'aube de la troisième directive*, Bull. Joly Bourse, septembre-Octobre 2004, p. 567 ; E. Gastebled, *Etat du dispositif juridique de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la troisième directive européenne*, Banque et droit n°105 – Janvier-Février 2006, p.3.

²⁶ Abréviation de Lutte Anti-Blanchiment/Contre le Financement du Terrorisme communément utilisée.

²⁷ En France, la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 crée le délit général de blanchiment du produit de « tout crime et délit ».

²⁸ G. Bègue, *Lutte contre le blanchiment de capitaux et secret professionnel : extension des obligations de contrôle et de déclaration de soupçon*, Revue Lamy Droit des Affaires, Avril 2006, N°4, p. 56.

²⁹ L'article 8-1 a été modifié pour la dernière fois par la loi du 11 août 1998. Il dispose que : « sont punis d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1 250 EUR à 1 250 000 EUR, ou l'une de ces peines seulement :

1) ceux qui ont sciemment facilité par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou revenus tirés de l'une des infractions mentionnées à l'art. 8 sous a) et b) ;

2) ceux qui ont sciemment apporté leur concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de l'objet ou du produit direct ou indirect de l'une des infractions mentionnées à l'art. 8 sous a) et b) ;

3) ceux qui ont acquis, détenu ou utilisé l'objet ou le produit direct ou indirect de l'une des infractions mentionnées à l'art. 8 sous a) et b), sachant au moment où ils le recevaient, qu'il provenait de l'une de ces infractions ou de la participation à l'une de ces infractions.

4) La tentative des infractions prévues aux points 1 à 3 ci-dessus est punie des mêmes peines ».

Le Bulletin

Cette liste d'infractions compose une partie de l'article 506-1 du code pénal actuellement en vigueur et rédigé comme suit :

"Sont punis d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1250 euros à 1.250.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement:

1) ceux qui ont sciemment facilité, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens visés à (loi du 17 juillet 2008) "l'article 31, alinéa premier, sous 1)," formant l'objet ou le produit, direct ou indirect,

-[... des infractions figurant sur la liste non exhaustive évoquée ci-avant]

-de toute autre infraction punie d'une peine privative de liberté d'un minimum supérieur à 6 mois;»

-ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions;

2) ceux qui ont sciemment apporté leur concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de l'objet ou du produit des biens visés à l'article 32-1, alinéa premier, sous 1), formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, des infractions énumérées au point 1) de cet article ou constituent un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions;

3) ceux qui ont acquis, détenu ou utilisé des biens visés à l'article 32-1, alinéa premier, sous 1), formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, des infractions énumérées au point 1) de cet article ou constituent un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions, sachant, au moment où ils le recevaient, qu'ils provenaient de l'une ou de plusieurs des infractions visées au point 1) ou de la participation à l'une ou plusieurs de ces infractions;

4) La tentative des infractions prévues aux points 1 à 3 ci-avant est punie des mêmes peines."

Les articles 506-2 à 506-7 existent depuis 1998 et n'ont pas subi de modifications depuis lors. L'article 506-2 fait référence à la possibilité de prononcer la déchéance de droits ou les interdictions d'exercices telles que prévues par l'article 24 dudit code, tandis qu'une aggravation des peines est permise par les articles 506-5³⁰ et 506-7³¹. Le traitement équivalent de la tentative³² et l'exigence de double punissabilité³³ sont également posés de manière très claire.

Quant au principe *non bis in idem*, il tombe avec l'article 506-4 qui prévoit que « les infractions visées à l'article 506-1 sont également punissables lorsque l'auteur est aussi l'auteur ou le complice de l'infraction primaire ». Cette possibilité d'inculpation de l'auteur de l'infraction principale non seulement au titre de cette dernière mais aussi pour délit de blanchiment est explicitement prévue. Le législateur français, moins prolixe, a laissé la jurisprudence française trancher ce débat par des arrêts³⁴ qui ont mis fin à une polémique doctrinale impliquant des auteurs opposés dans leur manière d'interpréter le silence de la loi.

³⁰ Art. 506-5. Les infractions visées à l'art. 506-1 sont punies d'un emprisonnement de quinze à vingt ans et d'une amende de 1250,00 à 1.250.00,00 euros ou de l'une de ces peines seulement, si elles constituent des actes de participation à l'activité principale ou accessoire d'une association ou organisation.

³¹ Art. 506-7. En cas de récidive dans le délai de cinq ans après une condamnation du chef d'une infraction prévue à l'art. 506-1, les peines pourront être portées au double. Les condamnations définitives prononcées à l'étranger sont prises en considération aux fins d'établissement de la récidive pour autant que les infractions ayant donné lieu à ces condamnations sont également punissables suivant l'art. 506-1.

³² Art. 506-6. L'association ou l'entente en vue de commettre les infractions prévues à l'art. 506-1 est punissable de la même peine que l'infraction consommée.

³³ Art. 506-3. Les infractions prévues à l'art. 506-1 sont également punissables lorsque l'infraction primaire a été commise à l'étranger. Toutefois, à l'exception des infractions pour lesquelles la loi permet la poursuite même si elles ne sont pas punissables dans l'Etat où elles ont été commises, cette infraction doit être punissable dans l'Etat où elle a été commise.

³⁴ Cass. Crim., 25 juin 2003, n°02.86-182, aff. Sediki et autres ; et Cass. Crim., 14 janvier 2004, Recueil Dalloz 2004 n°19, Note Chantal Cutajar (la chambre criminelle de la Cour de Cassation vise l'article 324-1 alinéa 2 du code pénal qui est « applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise »).

D'un point de vue normatif, les dispositions luxembourgeoises sont donc conformes aux canons internationaux. Sur la complétude des éléments matériels du blanchiment, le GAFI lui-même reconnaît que l'expression « *faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou revenus* » couvre théoriquement une grande variété d'actes visant à masquer l'origine délictueuse/criminelle des biens ou revenus. La notion de « *concours* » couvre l'aide et la participation à un acte ou à un fait, mais semble plus spécifique en ce qu'elle vise « *une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de l'objet ou du produit, direct ou indirect, des infractions* »³⁵. Moins évidente est l'interprétation du champ d'application des dispositions de l'article 506-1 et suivants en matière de « *déguisement* »³⁶. Enfin, sur la notion de « *biens* », la définition semble conforme à celle donnée par les conventions internationales tandis que le sujet de l'inexistence de responsabilité pénale des personnes morales est dorénavant couvert³⁷.

2) Autonomie de l'infraction – Interaction avec le recel

i. Degré d'autonomie

Au Luxembourg, aucune disposition légale n'impose qu'une personne soit condamnée préalablement pour l'infraction sous-jacente d'où proviennent les avoirs blanchis. Si elle est une infraction de conséquence ou secondaire, l'infraction de blanchiment n'en reste pas moins autonome au regard de la qualification nécessairement passée ou non en force de chose jugée de l'infraction primaire. Autrement dit, aucune condamnation préalable ou concomitante n'est dès lors nécessaire en ce qui concerne l'infraction primaire pour poursuivre et condamner sur le fondement du blanchiment.

Cependant, les experts du GAFI ont récemment estimé qu'en pratique, la preuve de l'infraction primaire et non seulement celle de l'origine illicite des capitaux est nécessaire pour condamner du chef de blanchiment. L'exigence d'un tel niveau de preuve en ce qui concerne l'infraction primaire serait de nature à poser des difficultés pratiques dans l'établissement qu'un bien constitue le produit d'un crime ou d'un délit, rendant difficile la poursuite et la condamnation du chef de blanchiment³⁸.

Pourtant, un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg en date du 3 juin 2009 confirme que la preuve de l'infraction primaire est libre et qu'elle ne dépend pas d'une condamnation préalable : « *Les juges peuvent asseoir leur conviction sur un ensemble de présomptions précises et concordantes, puisant leur conviction dans n'importe quel élément de preuve direct ou indirect, à condition qu'il soit versé aux débats et soumis à la libre discussion des parties* »³⁹. Les juges s'attachent également à la condition de l'auteur de l'infraction primaire en statuant qu'il « *n'est toutefois pas requis que l'auteur de l'infraction primaire ait fait l'objet de poursuite ou qu'il ait fait l'objet d'une condamnation identifiant le crime ou le délit à l'aide duquel les avantages patrimoniaux ont été obtenus* »⁴⁰. Et d'ajouter qu'il suffit mais qu'il faut que l'existence des

³⁵ Rapport d'évaluation mutuelle du Luxembourg par le GAFI, 19 février, 2010, p.41.

³⁶ La notion de déguisement au sens des conventions de Vienne et de Palerme (art. 3.1 b de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, faite à Vienne, le 20 décembre 1988 ; art. 6.1 de la Convention des Nations-Unies, dite de Palerme, contre la criminalité transnationale organisée du 2004, ratifiée par le Luxembourg le 12 mai 2008) ne figure pas expressément dans l'arsenal législatif, la jurisprudence n'ayant jusqu'alors pas dissipé les doutes existants en la matière.

³⁷ V. la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle, RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 36, 11 mars 2010. L'article 37 de cette loi prévoit que le taux maximum de l'amende encourue selon les dispositions de l'article 36 (750.000.000 euros) est quintuplé lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée pour, entre autres infractions, celle de blanchiment et de recel. En outre, son article 40 instaure le principe d'une confiscation spéciale (définie à l'article 31) prononcée à titre de peine principale à l'égard de la personne morale lorsque le délit puni prévoit pour les personnes physiques une peine d'emprisonnement.

³⁸ Rapport d'évaluation mutuelle du Luxembourg par le GAFI, 19 février, 2010, p.42. Ses auteurs retiennent que les « *autorités luxembourgeoises ont en effet admis que « l'infraction primaire constitue un élément de l'infraction de blanchiment » et qu'il appartient au juge « de disposer des éléments permettant de constater que les éléments constitutifs de cette infraction primaire sont réunis pour pouvoir condamner le prévenu du chef de blanchiment ».*

³⁹ CSJ corr., 279/09 X, 3 juin 2009.

⁴⁰ *Ibid.*

éléments constitutifs de l'infraction primaire soit constatée, ce qui signifie que même de manière implicite mais certaine, cette infraction doit être identifiée de manière spécifique afin de préciser l'origine délictueuse des fonds blanchis.

Ces derniers éléments paraissent porter préjudice à une incrimination effective et pratique de l'infraction de blanchiment et entravent, selon les évaluateurs du GAFI, l'efficacité du dispositif luxembourgeois de lutte contre le blanchiment de capitaux, même en l'absence *stricto sensu* d'une obligation légale d'obtenir une condamnation préalable du chef de l'infraction primaire⁴¹.

ii. Le rapport entre le recel et le blanchiment

Concernant le rapport existant entre l'infraction de recel et celle de blanchiment, il pourrait être qualifié de parallèle à défaut d'être devenu filial. En effet, l'incrimination générale de recel, prévue à l'article 505 du code pénal⁴², précède historiquement l'infraction de blanchiment de plusieurs décennies dans la mesure où il figurait déjà dans le code pénal de 1879. La notion de recel est aujourd'hui présente accessoirement dans de nombreuses autres dispositions du code pénal⁴³. Doté du bénéfice de l'âge, il est donc naturel de constater sa beaucoup plus grande utilisation en comparaison avec celle du blanchiment. Dès 1904, la jurisprudence consacre la particularité de l'infraction de recel⁴⁴, tandis que son autonomie est affirmée quelques années plus tard dans une décision de 1919⁴⁵. Les décisions contemporaines nous apportent quant à elles confirmation de sa vigueur judiciaire actuelle.

Tantôt infraction instantanée, dès lors que le receleur appréhende un objet avec la connaissance que celui-ci provient d'une source délictueuse, peu importe la brièveté ou la durée de la période pendant laquelle le receleur reste en possession de l'objet⁴⁶, tantôt infraction continue⁴⁷, le recel requiert toujours la réunion de deux éléments. Un élément matériel (l'appréhension d'un objet dont l'origine est délictueuse), et un élément moral (aussi appelé psychique : le *dol* ordinaire) qui implique la connaissance de l'origine criminelle ou délictuelle de l'objet recelé mais aussi la volonté consciente de commettre le fait ainsi incriminé⁴⁸.

Sur la première condition de ce second élément, précisons que de très nombreuses décisions viennent confirmer qu'il n'est pas nécessaire que le receleur ait eu la connaissance précise de la nature, des circonstances de temps et de lieux, d'exécution, de la personne de la victime ou de celle de l'auteur de l'infraction originaire⁴⁹, la preuve de l'élément intentionnel devant néanmoins être rapportée par le ministère public⁵⁰. En outre, contrairement à l'infraction de blanchiment, celle de

41 Rapport d'évaluation mutuelle du Luxembourg par le GAFI, 19 février, 2010, p.43.

42 Art. 505. (L. 14 août 2000) : « Ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros. Ils pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24. Constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit ».

43 Par exemple, en matière de banqueroute avec l'article 490 (« [...] Ceux qui, dans l'intérêt du failli, auront soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens, meubles et immeubles [...] »); de cel frauduleux avec l'article 508 (« Il y a recel punissable non seulement lorsque la possession de l'objet recelé a été obtenue par l'effet d'un hasard pur, mais encore, lorsque cette possession a été le résultat de l'erreur d'un tiers »), Cour 23 mars 1895, p.4, 99.

44 « L'infraction prévue par l'article 505 du Code pénal constitue un délit particulier dont la répression a pour but d'empêcher que des tiers, en assurant après coup le butin obtenu au moyen d'un crime ou d'un délit, ne prêtent aux auteurs de ces crimes ou délits une assistance propre à faire échouer les poursuites judiciaires. Eu égard à cette intention du receleur, suivant laquelle la possession des objets recelés apparaît «per se» comme exécution continue de la résolution criminelle, l'infraction prévue par l'article 505 du Code pénal constitue un délit continu, qui n'est consommé que lorsque les dits objets ne se trouvent plus en possession du délinquant. Pourra par suite, être puni dans le Grand-Duché l'étranger, qui, à l'étranger, est entré en possession des objets par lui recelés, lorsqu'il appert de l'instruction, que dans le Grand-Duché il a continué à détenir ces objets dans une intention frauduleuse ». Cour, 20 février 1904, p.6, 434.

45 « Sous le régime du Code pénal de 1879, les délits de vol et de recel constituent des infractions juridiquement indépendantes l'une de l'autre, le vol qui est toujours antérieur au recel et a toujours un auteur différent, formant un fait distinct du recel, c'est-à-dire un autre fait; il en résulte que si la citation donnée au prévenu, énonce le recel, le juge ne peut, sans le consentement du prévenu, le condamner pour vol ». Cass. 7 février 1919, p.10, 414.

46 CSJ corr., 109/08 X, 27 fév. 2008.

47 CSJ corr., 250/10 V, 2 juin 2010.

48 CSJ corr., 18/07 V, 9 janv. 2007 ; CSJ corr., 443/01 V, 11 déc. 2001.

49 CSJ corr., 77/06 V, 14 fév. 2006 ; CSJ corr., 468/01 V, 18 déc. 2001.

50 CSJ corr., 142/08 X, 5 mars 2008.

recel suppose nécessairement que l'infraction de base doit avoir été commise par un tiers et non le prévenu lui-même⁵¹. Notons à cet égard la décision condamnant deux professionnels de la finance qui, ayant négligé de vérifier l'activité d'un client (pourtant inscrit sur une liste de surveillance) et l'origine des fonds reçus sur le compte de ce dernier, ont, pour les juges, dû nécessairement se rendre compte de l'origine frauduleuse des fonds dont ils ont pris la « détention », de sorte que leur mauvaise foi est établie⁵².

De manière générale, si le recel de biens volés est visé par la combinaison de l'article 506-1 (3) du code pénal et de la catégorie « vol » (art. 463 à 479 du code pénal), on ne peut pas dire qu'il a perdu en intensité et en nombre d'invocation au profit du blanchiment. Il faudra probablement attendre encore quelques années pour que l'infraction de blanchiment soit mise en œuvre de manière plus systématique et supplante de fait le recel.

II Des difficultés de mise en œuvre pratique

L'emploi récurrent du recel tranche avec l'atone utilisation du blanchiment comme outil juridique de lutte contre la délinquance financière. Cet outil a tout de même servi, les poursuites pénales du chef de blanchiment de capitaux étant au Grand-Duché essentiellement engagées sur la base des articles 8-1, al. 1er, 2) de la loi de 1993 et 506 al. 1er, 2) du code pénal⁵³. Pour la période 2003-2008, une soixantaine d'enquêtes préliminaires ou d'informations judiciaires du chef de blanchiment⁵⁴ ont été ouvertes, 18 d'entre elles étant confiées *in fine* à un juge d'instruction. Au final, sur 16 décisions judiciaires prononcées, seules 8 sont des décisions de condamnation⁵⁵.

Ce faible nombre de décisions avant 2010 a provoqué l'ire des évaluateurs du GAFI qui ont considéré que l'absence de condamnations significatives du chef de blanchiment, compte tenu de l'importance de la place financière, n'est pas un élément dissuasif pour les criminels. S'il est indéniable que les amendes infligées sont effectivement de faibles montants (entre 1200,00 euros et 25.000,00 euros) il faut tout de même souligner que les peines d'emprisonnement prononcées peuvent, dans certaines décisions, être sévères (jusqu'à 7 ans)⁵⁶. Par ailleurs, il semblerait que les magistrats instructeurs poursuivent dorénavant à double titre : en sus du chef d'accusation d'infraction primaire, celui d'infraction de blanchiment serait invoqué de manière beaucoup plus systématique⁵⁷. Au-delà de ces résultats chiffrés⁵⁸ et du caractère peu garni du panorama jurisprudentiel, les motivations des décisions le composant sont sujettes à critiques, que les experts du GAFI n'ont pas manqué de signaler. Ces constats s'expliqueraient notamment par les difficultés juridiques de mise en œuvre de l'incrimination, exposées ci-après.

1) Carences de l'infraction de blanchiment

i. La difficulté de la preuve (élément matériel et moral)

⁵¹ CSJ corr., 226/10 X, 19 mai 2010 ; CSJ corr., 301/05 V, 21 juin 2005.

⁵² CSJ corr., 250/10 V, préc.

⁵³ Soit le fait d'« apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion de l'objet ou du produit, direct ou indirect des infractions », incrimination qui serait plus large que celle de « faciliter par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens » qui ne s'appliquerait pas aux auteurs de l'infraction mais plutôt aux co-auteurs et complices de celle-ci, v. rapport préc. p.41.

⁵⁴ A titre principal.

⁵⁵ Chiffres tirés des tableaux de statistiques tenus par le Procureur d'Etat et reproduits dans le rapport du GAFI précité.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Preuve en est l'augmentation des toutes récentes décisions de condamnation pour blanchiment de capitaux, intervenues en 2011 et 2012. L'une de ces décisions n'est d'ailleurs pas passée inaperçu, puisque condamnant en novembre 2010 un avocat de la Place à des peines sévères alors même que les faits remontaient à 1996.

⁵⁸ Ils jugent que le nombre de condamnations est faible par rapport au nombre de dossiers qui est en lui-même faible également, que le montant des amendes est particulièrement bas alors que le maximum légal est de 1.250.000 euros, et que la confiscation, lorsqu'elle est prononcée, porte sur des biens mineurs, v. rapport préc. p.50.

A l'instar de l'infraction de recel, l'infraction de blanchiment requiert, en sus de l'élément légal, la coexistence des éléments matériel et moral. L'élément matériel doit être rapporté par la preuve de l'existence d'un crime ou d'un délit ayant procuré à son auteur un profit direct ou indirect. L'élément moral, lui, trouve sa source dans l'intentionnalité de l'auteur de l'acte de blanchir le produit de biens dont il sait qu'il provient de la commission d'un crime ou d'un délit. C'est la réunion de ces éléments constitutifs qui permettra au juge de condamner un prévenu poursuivi sur le fondement de l'infraction spéciale ou de l'infraction générale de blanchiment.

Or, il ressort des quelques décisions luxembourgeoises disponibles que la preuve de l'élément matériel, qui doit être rapportée par la partie poursuivante⁵⁹, est difficile à produire et ce, en dépit du fait que l'origine délictueuse de fonds peut être constatée par tous moyens⁶⁰. Les experts du GAFI ont ainsi mis en exergue la difficulté de rapporter la preuve qu'un bien constitue le produit d'une infraction primaire. En s'appuyant sur l'analyse faite de la jurisprudence⁶¹, ils indiquent que la poursuite dans le chef du blanchiment nécessite « *la preuve de l'infraction primaire et du lien entre celle-ci et le bien visé* ». L'absence d'exigence de condamnation préalable ou concomitante n'exonère cependant nullement de procéder à la vérification du contenu de l'infraction sous-jacente. Or, c'est bien cette condition de vérification nécessaire à l'établissement de l'infraction de blanchiment qui porte, selon eux, préjudice au champ d'application effectif de cette dernière infraction.

En résumé, l'incrimination de blanchiment semble reposer de manière excessive sur la preuve de l'infraction primaire, de celle de ses éléments matériels et du lien entre celle-ci et le bien qui en est le produit. Le niveau de preuve exigé semble, toujours selon eux, rendre pratiquement impossible la preuve du blanchiment en l'absence de condamnation du chef de l'infraction primaire. Cette exigence du niveau de preuve aurait un impact direct sur l'efficacité du dispositif anti-blanchiment et expliquerait notamment (selon les autorités luxembourgeoises elles-mêmes) le faible nombre de condamnations⁶².

Il est important de rappeler que l'élément moral est bien souvent l'élément constitutif le moins aisé à rapporter dans des affaires de criminalité financière, à tout le moins celui qui fait l'objet de vifs débats. Pour incriminer le blanchiment, le dol général, soit le fait pour le délinquant d'avoir la volonté de commettre l'infraction, est requis. Le présumé blanchisseur doit avoir en connaissance de cause, commis l'un des actes prévus par les dispositions sur le blanchiment, c'est-à-dire qu'il devait avoir connaissance de l'origine illicite des biens ou des fonds lors de leur réception.

Malgré les souplesses procédurales offertes par le droit pénal luxembourgeois (preuve libre et élément intentionnel déduit de circonstances factuelles objectives), il est parfois difficile de rapporter une preuve suffisamment étayée de l'existence de cet élément⁶³. Dans ce cas, un doute même léger sur la connaissance que le prévenu a de l'origine délictueuse des biens ou des fonds doit lui être favorable. En revanche, dès lors qu'un prévenu est en possession de « renseignements sérieux », cela suffit pour admettre la connaissance d'une origine illégale⁶⁴. Sans définition exacte de ces termes, nous en déduisons qu'ils sont avérés dès lors que l'intime conviction du juge est établie sur base d'éléments objectifs ou d'un faisceau d'indices suffisamment forts et déterminés pour caractériser l'intentionnalité.

⁵⁹ CSJ corr., 235/00 V, 7 juillet 2000.

⁶⁰ CSJ corr., 279/09 X, 3 juin 2009. Dans cet arrêt, les juges estiment que le ministère public n'a pas réussi à rapporter la preuve de l'existence de l'infraction primaire de proxénétisme (non retenue en Allemagne, lieu de commission supposée de ladite infraction) à partir des éléments du dossier répressif allemand.

⁶¹ CSJ corr., 250/10 V, préc.

⁶² V. rapport préc. p.43.

⁶³ CSJ corr., 235/00 V, préc. Le doute quant à la connaissance par le prévenu de renseignements suffisamment sérieux quant à l'origine exacte de montants placés sur des comptes doit s'interpréter en faveur de ce premier.

⁶⁴ *Ibid.*, « Il n'est pas ainsi nécessaire que les prévenus connaissent toutes les circonstances et les agissements de D., qu'ils en aient eu la certitude absolue, voire que D. ait été condamné définitivement, mais il suffit qu'ils aient des renseignements sérieux pour admettre que les fonds avaient été acquis à la suite de ses activités de trafiquant de drogues ».

ii. Lieu de l'infraction sous-jacente : pragmatisme finaliste vs application formaliste?

Quelque soit le type de blanchiment en cause, le lieu de commission de l'infraction sous-jacente importe peu dans la possibilité de poursuivre ou pas à Luxembourg sur le fondement du blanchiment⁶⁵. Plusieurs décisions viennent confirmer ce principe législatif, notamment une décision du 7 juillet 2000⁶⁶ concernant l'infraction primaire de proxénétisme, ou encore en matière de trafic de stupéfiants perpétré aux Etats-Unis⁶⁷. On constate cependant que, dans un tel cas, les autorités du Luxembourg semblent privilégier, pour des raisons d'efficacité selon elles, la dénonciation des faits au pays étranger où a eu lieu l'infraction sous-jacente, au détriment d'une poursuite à Luxembourg sur le fondement du blanchiment.

Pourquoi ne pas poursuivre localement alors que l'outil juridique est en place et permettrait une telle action ? Tout simplement en raison d'une forme de pragmatisme finaliste : la rationalité de la procédure justifierait la dénonciation des faits au pays dont les autorités poursuivent l'infraction primaire comme unique action utile⁶⁸. À cela s'ajouterait le fait que l'auteur du blanchiment (non résident) ne serait dans bien des cas pas physiquement présent au Luxembourg⁶⁹. Les autorités luxembourgeoises défendent donc leur pratique de dénonciation des faits comme valable du point de vue de l'efficacité des poursuites et signalent poursuivre au niveau national à titre résiduaire en cas de refus du pays contacté⁷⁰.

Les experts du GAFI n'approuvent pas cette position et estiment que « le regroupement de principe, même s'il est décidé au cas par cas, des poursuites dans l'État où a été commise l'infraction primaire ne semble pas donner un bon signal au milieu criminel »⁷¹. Et d'ajouter : « le fait que le blanchiment de capitaux constitue, par principe, une criminalité transfrontalière au Luxembourg ne peut justifier une pratique récurrente consistant à ne pas poursuivre du chef de blanchiment au Luxembourg sous prétexte d'une dénonciation des faits à l'autorité étrangère. Le blanchiment est une infraction spécifique qui appelle une sanction spécifique à mettre en oeuvre là où son comportement matériel s'est manifesté afin d'avoir une action ciblée et globale de lutte contre le blanchiment »⁷². Si cet argument est recevable, celui qui consisterait à expliquer le grand nombre de communication de faits aux autorités étrangères par l'absence d'autonomie réelle du blanchiment n'est pas objectivement explicité ni démontré.

iii. L'impact du droit positif d'origine législative sur la question fiscale

Tel que décrit précédemment, le panel luxembourgeois d'infractions primaires dont le produit peut faire l'objet d'une opération de blanchiment est très large et s'avère être en conformité avec les normes internationales de référence. Il est cependant une caractéristique propre au Luxembourg : le fait que le délit général d'escroquerie prévu à l'article 496 du code pénal, n'englobe aucunement la fraude fiscale, contrairement à la Belgique ou à la France qui ont explicitement inséré dans leurs

⁶⁵ L'article 8-1(4) de la loi de 1993 prévoit que les infractions sont également punissables « lorsque l'infraction primaire a été commise à l'étranger ». Il s'agit des infractions au regard de la loi luxembourgeoise. Le caractère délictueux de l'acte dans le droit étranger ne semble pas être une exigence, ce qui étend le champ des actes susceptibles d'être poursuivis par les autorités luxembourgeoises. L'article 506-3 du Code pénal contient une disposition différente de celle de la loi de 1993 puisqu'elle impose, sauf exception, que l'infraction sous-jacente soit punissable dans l'État où elle a été commise. En effet, l'alinéa 2 stipule que : « toutefois, à l'exception des infractions pour lesquelles la loi permet la poursuite même si elles ne sont pas punissables dans l'État où elles ont été commises, cette infraction doit être punissable dans l'État où elle a été commise », v. rapport préc. p.45.

⁶⁶ CSJ corr., 270/01 V, 10 juillet 2001 : on peut y lire qu'il « [...] importe peu que l'infraction originelle avait été commise hors du territoire luxembourgeois [...] ».

⁶⁷ CSJ corr., 235/00 V, préc.

⁶⁸ V. rapport préc. p.46.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* Le blanchiment constituerait dès lors essentiellement une criminalité transfrontalière dont la preuve serait difficile puisqu'elle implique en pratique, selon les autorités luxembourgeoises, la preuve de l'infraction primaire.

⁷¹ *Ibid.* De plus, il n'est pas établi que le Luxembourg poursuit effectivement l'infraction de blanchiment de capitaux lorsque celle-ci n'est pas poursuivie à l'étranger.

⁷² *Ibid.*

dispositifs anti-blanchiment tant préventif que répressif cet aspect fiscal qui a jadis fait couler beaucoup d'encre⁷³.

A titre d'illustration, il est requis des professionnels assujettis au droit français de déclarer tout soupçon de fraude fiscale telle que définie par l'article 1741 du CGI⁷⁴, à condition de constater l'existence d'un critère d'éligibilité fixé par décret⁷⁵. Emergeait lors de l'adoption de cette mesure la crainte d'observer une augmentation très significative des déclarations de soupçon. Les solutions avancées dans les nombreuses études préalables à la rédaction des textes de transposition de la 3^{ème} directive en France, savoir la modification de l'article 1741 en créant à côté de la fraude fiscale ordinaire -ou "petite fraude fiscale"- une fraude fiscale aggravée (qui seule serait passible d'une année de prison au moins, ce qui aurait pour effet de faire tomber fortement le potentiel de déclarations de soupçon, concernant uniquement les fraudes excédant 100.000,00 euros), ou encore l'élaboration d'un code de bonne conduite entre les différents acteurs de Place (ex : le service TRACFIN, la Direction Générale des impôts, la Commission bancaire⁷⁶, les représentants des professions assujetties,...), n'auront finalement pas été retenues⁷⁷.

Au Luxembourg, ces considérations n'ont pas lieu d'être puisque la fraude fiscale⁷⁸, passible d'une amende, ne figure pas au rang des infractions primaires susceptibles de donner lieu à une infraction de blanchiment du « produit » ou à tout le moins de l'économie ou de l'avantage patrimonial qu'on pourrait en retirer. Il en est de même en ce qui concerne l'escroquerie fiscale⁷⁹, plus grave, mais punie d'une peine minimale de un mois à cinq ans d'emprisonnement : elle ne peut être une infraction primaire qui, au sens du droit anti-blanchiment, est nécessairement une infraction grave, c'est-à-dire punie d'une peine d'emprisonnement d'un minimum supérieur à six mois⁸⁰.

L'aspect judiciaire des poursuites potentielles dans le strict chef de blanchiment du produit ou de l'avantage patrimonial subséquent de l'infraction d'escroquerie fiscale -dont l'impact est inévitablement réduit de manière drastique- mis à part, cela signifie que les professionnels

⁷³ Pour le point de vue français : P. Michaud, *Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon, de nouvelles obligations pour les juristes*, J.C.P. éd. Ent. N°42, 15 oct. 2009. Pour le point de vue belge : A. Risopoulos, *Blanchiment et fraude fiscale : on change les règles, Analyse de la loi du 10 mai 2007*, Revue Générale du Contentieux Fiscal, 2007/4, p.239.

⁷⁴ Art. du Code Général des Impôts, ainsi formulé : « Sans préjudice des dispositions particulières relatives dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37 500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits ont été réalisés au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'Etat des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 75 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans ».

⁷⁵ L'art. L. 561-15- II du Code Monétaire et Financier prévoit que « Par dérogation au I, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 déclarent au service mentionné au I les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par décret ». V. décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 pris pour application de l'article L. 561-15-II du COMOFI, publié au JORF n°0164 du 18 juillet 2009 p. 11978, texte n° 6. Par ce biais, l'objectif du législateur est d'éviter la réalisation de la crainte, explicitée ci-avant, de voir une augmentation soudaine et exponentielle du nombre de déclarations.

⁷⁶ Depuis devenue l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP).

⁷⁷ Notamment dans le rapport de la mission préparatoire à la transposition de la Directive n° 2005/60 CE sur le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme établi en juin 2007 par Jean-Louis Fort et Yves Charpenel.

⁷⁸ Sera puni de fraude fiscale telle que prévue à l'article 396 al. 1^{er} de la loi générale sur les impôts du 21 mai 1931 (L'Abgabenordnung, AO) « quiconque se procure ou procure à autrui des avantages fiscaux injustifiés ou qui occasionne intentionnellement la réduction de recettes fiscales ». Seule une amende est prononçable mais elle peut aller jusqu'au quadruple des impôts éludés. Citons également les infractions pénales fiscales de minoration non intentionnelle de la cote d'impôt visant la personne qui, par négligence, occasionne la réduction de recettes fiscales ou l'octroi ou le maintien d'avantages fiscaux, ou encore l'atteinte à l'ordre fiscal qui vise l'intention ou la négligence contrevenant à une loi fiscale ou à une décision rendue dans la procédure d'imposition.

⁷⁹ C'est-à-dire l'infraction qui se rapproche le plus, quoique très relativement, de la fraude fiscale française. L'article 396 al. 5, introduit par la loi du 22 décembre 1993 relative à l'escroquerie en matière d'impôt, prévoit que « si la fraude porte sur un montant significatif d'impôt et a été commise par l'emploi systématique de manœuvres frauduleuses tendant à dissimuler des faits pertinents à l'autorité ou à la persuader de faits inexacts, elle sera punie comme d'escroquerie fiscale d'un emprisonnement de un mois à cinq ans et d'une amende de cinquante mille francs, à un montant représentant le décuple des impôts éludés ». Cas le plus aigu de fraude fiscale, elle est d'une nature mixte, son caractère administratif ou pénal n'étant pas précisé par la loi.

⁸⁰ Cette particularité peut paraître choquante à première vue. Il faut cependant la restituer dans le contexte historique qui l'a vu naître. Le Luxembourg a subi l'influence de nombreuses législations, au premier chef desquelles les réglementations françaises et allemandes. L'Abgabenordnung (AO), une espèce de droit commun de la fiscalité allemande, a été introduite dans le système législatif luxembourgeois dans les années 1940, en sus du droit fiscal luxembourgeois existant. Son article 396 bénéficie encore aujourd'hui d'un régime dérogatoire au droit pénal général et à l'infraction d'escroquerie en particulier. Pour une étude de ce sujet : F. Entringer, *Une infraction nouvelle : l'escroquerie fiscale*, éd. d'Letzeburger Land, 1992.

assujettis à l'obligation de coopération active n'ont théoriquement pas à se soucier du fait de savoir si les doutes ou les soupçons qu'ils pourraient porter à l'encontre d'un client ou d'une opération ont trait à une problématique fiscale ou pas (ils n'ont d'ailleurs normalement pas à qualifier l'infraction, ce qui au demeurant semble totalement illusoire lorsqu'on souhaite si ce n'est qualifier du moins objectiver ses soupçons ou ses doutes). Si, en pratique, nombreux sont les professionnels de la Banque-Finance qui ont recours aux services d'avocats fiscalistes pour s'assurer de la légalité fiscale de montages et d'opérations financières, le fait que ni la fraude ni l'escroquerie fiscales n'entrent dans le champ d'application *rationae materiae* des infractions primaires tel que prévu par la 3ème directive⁸¹ les soulagent quelque peu d'un fardeau et d'une responsabilité devenus très lourds⁸².

Finalement, la généralisation du champ d'application de l'infraction de blanchiment à de nouvelles infractions primaires, soit une très grande partie des infractions prévues au code pénal, n'aura pas eu (encore ?) raison de l'exception fiscale. Une partie de la doctrine pose dès lors une question : est-ce véritablement un obstacle à la poursuite des personnes redevables de l'impôt à Luxembourg?⁸³ Il faut avoir à l'esprit que la réalisation de l'infraction d'escroquerie fiscale suppose généralement que d'autres faits délictueux ait été commis, en particulier des faux, en écritures de commerce ou en écritures privées, infractions prévoyant une peine d'emprisonnement minimale supérieure à six mois et tombant ainsi dans le champ des dispositions de la loi de 2008 précitée qui liste les infractions primaires⁸⁴. Les capacités de poursuite sur le fondement du blanchiment dans les affaires présentant une dimension fiscale, principale ou accessoire, ne sont donc pas inexistantes et ne peuvent être ignorées. Même insatisfaisante sur le plan du dogmatisme judiciaire, ce ne serait pas la première fois qu'il serait fait usage d'une forme d'« *offences shopping* » dans une optique finaliste.

2) Mesures confiscatoires – Contraintes d'ordre général

i. Confiscation, blocage et saisie des produits du blanchiment

Les articles 31 et suivants du code pénal luxembourgeois régissent la confiscation spéciale⁸⁵ tandis que l'article 32-1 se réfère spécifiquement à l'infraction de blanchiment de capitaux. Le champ d'application de la confiscation est donc large et couvre, par une disposition d'ordre général, une grande partie des biens.

Cependant, les experts du GAFI font remarquer dans leur rapport que la confiscation des biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre l'infraction ne s'applique qu'au seul cas des biens appartenant au condamné. Il en est de même en ce qui concerne la confiscation par équivalent. Les restrictions de l'article 31 semblent « rédigées de manière trop générale dès lors qu'elles excluent par principe toute possibilité de confiscation de biens détenus/possédés par des tiers ». Alors que les autorités luxembourgeoises interprètent cette restriction comme une mesure de protection du droit des tiers, le GAFI n'accepte pas cette explication, la protection des droits des tiers étant

⁸¹ Voici pour rappel les infractions de fraude et d'escroquerie tombant dans le champ d'application de la déclaration de soupçon : art. 489 à 490 du code pénal (banqueroute), art. 491 à 495 du code pénal (abus de confiance) et art. 496 du code pénal (escroquerie).

⁸² D'ailleurs, il est loisible de penser que la difficulté d'appréhension de la notion d'avantage patrimonial, dorénavant inscrite dans la loi de 2008 précitée, couplé à l'extension du champ des infractions primaires, aboutira à des incongruités factuelles et juridiques.

⁸³ Dont certains se demandent si elle peut être qualifiée d'excessive, v. C. Bourin, *La course à la législation anti-blanchiment ou « qui peut montrer patte blanche ? »*, Journal des Tribunaux, n°3, 12 juin 2009, p.75.

⁸⁴ C. Bourin, *op. cit.*

⁸⁵ L'article 31 du Code pénal dispose que la confiscation spéciale s'applique :

« 1) aux biens comprenant les biens de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur un bien, biens formant l'objet ou le produit, direct ou indirect d'une infraction ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'infraction, y compris les revenus de ces biens;

2) aux biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné;

3) aux biens qui ont été substitués à ceux visés sous 1) du présent alinéa, y compris les revenus des biens substitués;

4) aux biens dont la propriété appartient au condamné et dont la valeur monétaire correspond à celle des biens visés sous 1) du présent alinéa, si ceux-ci ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation. » ; v. rapport préc. p.59 et suiv.

explicitement prévue par ailleurs. De plus, selon les critères du GAFI, la confiscation de principe doit être la règle, avec la réserve concernant les tiers de bonne foi alors que la formulation luxembourgeoise est inversée de sorte que la protection des tiers devient la règle.

De même, la confiscation par équivalent porte sur les biens visés sous 1) du 1^{er} al. de l'article 31, c'est à dire les « *biens formant l'objet ou le produit direct ou indirect d'une infraction* » et non sur les biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre l'infraction⁸⁶. Dès lors, seule la lecture combinée de l'article 31, 1) et 3) semblerait permettre une application de la confiscation aux biens découlant directement ou indirectement du produit d'un crime, y compris des revenus, profits et autres avantages tirés du produit du crime.

L'article 32 dispose que « *la confiscation spéciale est toujours prononcée pour crime* » et qu'elle peut l'être pour délit. L'article 32-1 dispose spécialement qu'en cas de blanchiment, dont l'infraction est visée aux articles 506-1 à 506-7 du code pénal, les dispositions générales relatives à la confiscation spéciale visée à l'article 31 s'appliquent. Il est encore précisé que « *la confiscation des biens visés aux points 1 et 3 de l'alinéa 1er de l'article 31 est prononcée, même en cas d'acquiescement, d'exemption de peine, d'extinction ou de prescription de l'action publique et même si ces biens ne sont pas la propriété de l'auteur de l'infraction* »⁸⁷.

Si le *juris corpus* est conforme aux standards internationaux, il apparaît en pratique que la confiscation n'est prononcée qu'à titre tout à fait exceptionnel et que celle-ci porte la plupart du temps sur des biens de faible valeur ou utilité ayant servi à commettre l'infraction comme un téléphone portable. Les liens à établir entre les biens à confisquer et l'infraction sous-jacente commise témoignent des difficultés à prononcer une mesure de confiscation.

En ce qui concerne les mesures de blocage provisoire, la Cellule de Renseignement Financier du Parquet (CRF) peut en prononcer, limitées à trois mois, ce qui est relativement court⁸⁸. Une telle mesure doit nécessairement être en rapport avec une transaction ou un client faisant l'objet d'une déclaration de soupçon. Théoriquement non renouvelable, elle est peu formaliste puisque possiblement ordonnée par instruction orale⁸⁹. En 2008, 13 instructions de blocage ont eu lieu alors que les montants bloqués en 2007 se sont élevés à 3.893.670,000 euros et 17.486.959,000 dollars américains⁹⁰. Ces chiffres évolueront positivement par la suite pour s'établir à une trentaine de blocages en 2009, accusant une légère décline par la suite⁹¹. Il est à noter que le Parquet lui-même ne disposait pas à cette époque, en dehors de sa CRF, de pouvoir de blocage des biens y compris les fonds résultant d'opérations soumis à confiscation⁹², un point qui fera l'objet de modifications en 2010⁹³.

⁸⁶ Selon le GAFI, la jurisprudence interprète l'expression « *choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction* » de manière très large, de sorte qu'elle vise les choses qui ont servi à l'infraction, c'est-à-dire qui ont été utiles à sa perpétration, ce qui englobe tant celles ayant servi aux actes préparatoires de l'infraction que celles ayant servi aux actes qui, postérieurs à sa consommation, permettent à l'auteur d'en tirer l'avantage qu'il attend, v. r^{apport} préc., p.60.

⁸⁷ Il convient de noter que la loi de 1993 prévoit une disposition similaire.

⁸⁸ Y compris l'enquête préliminaire qui serait diligentée à la suite de l'analyse de la CRF puisqu'il s'agit aux deux stades envisagés de la même autorité, ce qui, de l'avis même des magistrats nationaux, oblige parfois à gérer ce délai afin de ne pas être pris de court par l'échéance du terme des trois mois de blocage. Il semble toutefois que ce délai limité ne pose pas de difficultés pratiques, v. r^{apport} préc., p.61.

⁸⁹ Dans ce cas, elle devra être confirmée par écrit ultérieurement.

⁹⁰ Chiffres tirés du rapport préc., p.62.

⁹¹ A titre d'illustration, le montant des avoirs bloqués par CRF du Parquet luxembourgeois en 2011 a atteint près de 70M d'euros, v. rapport 2011 de la CRF du Parquet luxembourgeois, p.23.

⁹² Il convient à ce sujet de remarquer que le pouvoir de bloquer des opérations ressort de l'article 5(3) de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et non pas du Code d'instruction criminelle qui prévoit bien cette compétence dans le chef du seul juge d'instruction comme il sera relevé ci-après.

⁹³ La loi du 27 octobre 2010 portant renforcement du cadre légal en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme (RECUEIL DE LEGISLATION A – Mem. N° 193, 3 novembre 2010) a modifié l'art. 24-1 (1) du code d'instruction criminelle et se lit à présent comme suit : « *Pour tout délit, le procureur d'Etat peut requérir du juge d'instruction d'ordonner une perquisition, une saisie, l'audition d'un témoin ou une expertise sans qu'une instruction préparatoire ne soit ouverte* ». La loi étend ainsi les pouvoirs du Procureur d'Etat en lui

Enfin, en vertu des articles 66 et 66-1 du code d'instruction criminelle, le juge d'instruction peut saisir tous les biens visés à l'article 31(3) du code d'instruction criminelle⁹⁴. L'article 67 (2) du Code d'instruction criminelle permet au juge d'instruction lorsque « *la saisie porte sur des biens dont la conservation en nature n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des parties* » d'en ordonner le dépôt à la caisse de consignation s'il s'agit de biens pour lesquels des comptes de dépôt sont normalement ouverts tels que des sommes en monnaie nationale ou étrangère, des titres ou des métaux précieux. Il est surtout à retenir que seul le juge d'instruction peut prendre une mesure de saisie et ce, pour une durée illimitée⁹⁵.

ii. Contraintes et singularités au regard des statistiques chiffrées

Le taux de criminalité au Luxembourg est d'environ 6000 infractions pour 100000 habitants. Il relève en grande partie d'infractions de criminalité générale telles que le vol, l'extorsion, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'abus de biens sociaux, la banqueroute simple ou frauduleuse, ou encore le trafic de stupéfiants⁹⁶. Au total, presque 30000 infractions qualifiées de pénales ont été constatées en 2008 par les forces de police.

Lorsque ces chiffres bruts sont adossés aux résultats du nombre d'enquêtes et de condamnations susmentionnés, le bilan n'est à première vue pas satisfaisant. Il convient de modérer ce mauvais résultat au regard de la situation très particulière du Luxembourg par rapport à ses pairs membres du GAFI et des communautés européennes. Comme indiqué précédemment, le pays présente deux grands inconvénients en termes d'efficacité des détections d'infractions et de poursuite : sa taille très modeste et sa dimension internationale prononcée. C'est effectivement d'abord un petit pays, qui concentre une multitude de professionnels, donc des échanges commerciaux et des flux financiers.

En outre, l'enchevêtrement des rapports d'affaires, très nombreux et souvent complexes, ne facilitent pas la détection d'opérations de blanchiment⁹⁷. Ainsi, les activités de blanchiment se situent principalement au stade de l'empilage, c'est-à-dire lors de l'étape intermédiaire du processus de blanchiment communément admis comme étant constitué par une première étape de placement et une troisième et dernière dite d'intégration. Cela se traduit dans les faits par une quasi-absence d'opérations de blanchiment de capitaux dont l'infraction première est réalisée sur le territoire luxembourgeois. En revanche, les cas de blanchiment de capitaux révèlent que l'infraction primaire a lieu quasi-systématiquement en dehors du pays. Les statistiques disponibles

permettant de recourir à l'instruction simplifiée. Dès lors, elle répond certes aux préoccupations du GAFI, mais se trouve en contradiction avec les raisons qui avait à l'époque conduit le législateur à introduire l'instruction simplifiée dans la procédure pénale luxembourgeoise afin de soulager le travail des juges d'instruction en évitant que le Procureur d'Etat ne doive systématiquement avoir recours à l'instruction préparatoire pour faire effectuer un acte d'instruction en présence d'une infraction mineure, v. avis de la chambre de commerce de Luxembourg du 16 septembre 2010, sur saisine du ministre de la Justice (30 juillet 2010), consultable en cliquant sur le lien internet suivant : http://www.cc.lu/uploads/tx_userccavis/3651_3714ZCH_Blanchiment.pdf.

⁹⁴ A savoir, « *les objets, documents et effets qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre et ceux qui ont formé l'objet du crime, de même que tout ce qui paraît avoir été le produit du crime, ainsi qu'en général, tout ce qui paraît utile à la manifestation de la vérité ou dont l'utilisation serait de nature à nuire à la bonne marche de l'instruction et tout ce qui est susceptible de confiscation ou de restitution* », y compris des biens immeubles, v. rapport préc., p.61.

⁹⁵ Le GAFI fait remarquer à cet égard : « Pour rappel, le parquet ne disposant pas d'une compétence en la matière, le dispositif luxembourgeois ne semble pas adéquatement permettre, par des mesures provisoires appropriées et en accordant les prérogatives nécessaires aux autorités judiciaires, de faire obstacle à toute transaction, transfert ou cession des biens soumis à confiscation. Il convient de relever à ce sujet que la majorité des dossiers de blanchiment de capitaux sont traités au Luxembourg par le parquet sans que ne soit saisi un magistrat instructeur. À noter toutefois qu'en cas de flagrant délit, y compris de flagrant délit de blanchiment de capitaux, le parquet dispose d'une compétence particulière en matière de perquisition et de saisie. Il a été fait application à deux reprises de la procédure et des pouvoirs de flagrance par le parquet en matière de blanchiment de capitaux », *Ibid.*

⁹⁶ V. rapport préc., p.21 et s.

⁹⁷ A cet égard, il faut bien reconnaître que les professionnels assujettis aux obligations LAB/CFT restent la meilleure source d'information, conjointement avec les échanges d'information entre CRF dans le cadre de la coopération internationale.

démontrent que le nombre de déclarations d'opérations suspectes remontées à la CRF du Parquet concernent des fonds qui sont le produit d'infractions supposées avoir été commises à l'étranger⁹⁸.

Les dispositions singulières des articles 506-2 à 506-7 détaillées ci-avant illustrent parfaitement la situation particulière du Luxembourg, simple terre de passage et d'empilement, situé à la croisée des chemins des criminels en cols blancs et tournée en réalité plus vers un ennemi extérieur qu'un danger intérieur. Cette situation originale est inconnue ou moins fréquente chez la majorité de ses voisins européens. Ceux-ci ne se soucient dès lors guère de prévoir les modalités de caractérisation de l'infraction de blanchiment dans le cadre d'une affaire présentant des éléments d'extranéité, à tous le moins en dehors des créations prétoriennes obtenues de la production jurisprudentielle.

Ils doivent en revanche se concentrer tant sur les influences criminelles extérieures et leurs probables critères de rattachement intérieurs⁹⁹ que sur les phénomènes intérieurs « à portée de main ». Plus que leur taux de criminalité en lui-même, c'est entre autres raisons le nombre de délits et de crimes à portée locale et le volume d'affaires géographiquement limitées à traiter, la situation d'engorgement des juridictions ou encore leur large territoire qui amènent des pays comme la France à adopter un délit de blanchiment de proximité. A titre d'illustration, un délit de non justification de ressources¹⁰⁰ n'existe pas au Grand Duché.

L'observation des différences existant entre les dispositions détaillées de deux infractions de blanchiment nationales -inscrites pourtant dans le système juridique de pays voisins et tous deux membres des Communautés européennes- est symptomatique d'un écart constatable en termes de besoins, d'enjeux et de contraintes. Les modalités d'incrimination et les objectifs, plus ou moins dévoilés, des politiques nationales de lutte contre le blanchiment du produit d'activités illégales s'en ressentent.

Propos conclusifs

Enfin, sur la participation du monde professionnel à l'effort de lutte contre la criminalité financière, elle reste bien évidemment perfectible mais n'est plus à démontrer. Grands pourvoyeurs d'information utile à l'élucidation d'affaires ou à la facilitation de poursuites dans le cadre de trafics internationaux, les établissements de crédit et autres professionnels du secteur financier sont désormais un rouage essentiel dans la fourniture d'information brute à partir de laquelle les autorités de poursuite pourront travailler. Les chiffres présentés dans les derniers rapports de la CRF du Parquet nous informent que la courbe du nombre de déclarations est en constante progression depuis 2000¹⁰¹. La conscience déclarative grandit à mesure que les sessions de formation et d'information se multiplient, qu'elles soient assurées par les organismes de tutelle, les autorités ou par les associations professionnelles de la Place.

Initialement, le système dual « bâton-carotte » était surtout axé vers son premier élément. La simple violation des obligations professionnelles érigée en infraction séparée par la loi de 1998 précitée, indépendamment de tout contexte de blanchiment, en fût une bonne illustration. Cela se

⁹⁸ Les techniques employées sont principalement des transferts de compte à compte ou alors des opérations bancaires un peu plus complexes. En outre, on estime qu'en 2007, près de 85% des personnes suspectées d'avoir commis une infraction primaire étaient non-résidentes, v. rapport préc. p.34 et p.50.

⁹⁹ Certes souvent difficilement maîtrisables et dont l'appréhension n'est pas aisée.

¹⁰⁰ L'article 24 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers instaure un délit générique de non justification de ressources. Le double intérêt envisagé est la possibilité de poursuivre un individu pour la détention d'un bien lorsqu'il n'est pas en mesure d'en justifier la provenance, et d'éviter de longues et fastidieuses investigations nécessaires à l'identification complète des éléments de train de vie pour les comparer aux revenus légaux. V. à ce sujet A. Bollé, *Commentaire de l'article 24 de la loi du 23 janvier 2006 créant un délit générique de non justification de ressources*, La Lettre de Sentinel, n°35, mars 2006, p.12 ; D.G. Hotte, *Le délit de non justification de ressources*, Journal des Sociétés, n°37, nov. 2006, p.60.

¹⁰¹ V. *Rapports d'activité pour 2009, 2010 et 2011*, Cellule de Renseignement Financier FIU-LUX, Parquet de Luxembourg.

Le Bulletin

vérifie moins aujourd'hui, car la préservation d'une bonne réputation est devenue l'une des premières préoccupations de professionnels souhaitant maintenir une activité dans un environnement de crise plus que jamais concurrentiel. Ce n'est plus tant la peur de la sanction que la préservation d'une activité non entachée de soupçon de complicité qui motive les professionnels assujettis, semble-t-il. Cette prise de conscience pourrait favoriser une tendance pérenne d'augmentation des déclarations de soupçons -maximisant ainsi la probabilité de détecter des manœuvres d'empilement de fonds ou d'actifs d'origine illicite et de poursuivre leurs auteurs- et accroître *in fine* l'efficacité du système de lutte contre le blanchiment de capitaux mis en place au Luxembourg.

Article

La protection des données à caractère personnel au Luxembourg

Le présent article a pour ambition de dresser une présentation succincte du régime applicable à la protection des données à caractère personnel au Luxembourg, en présentant brièvement la législation locale applicable ainsi que l'autorité chargée d'en assurer le respect.

« Avec la place croissante que prend la protection des données à caractère personnel dans l'entreprise, les « compliance officers » pourraient se retrouver en première ligne pour assumer la fonction de chargé de protection et ainsi devenir des interlocuteurs privilégiés de la CNPD. »

Textes applicables.- Les libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques, notamment leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel les concernant sont visées par la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après la « Loi sur la protection des données » ou la « Loi »), entrée en vigueur le 1er décembre 2002 et modifiée par la loi du 27 juillet 2007. La Loi sur la protection des données transpose en droit luxembourgeois les dispositions de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Est également applicable la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communication électroniques qui régit la protection des données à caractère personnel dans le domaine des communications électroniques et tient compte des évolutions récentes et prévisibles dans le domaine des services et des technologies des communications électroniques.

Qu'est-ce qu'un traitement de données à caractère personnel ?- La Loi sur la protection des données définit une « donnée à caractère personnel » comme toute information concernant une personne identifiée ou identifiable. Une personne physique est réputée identifiable si elle peut être identifiée directement ou indirectement par référence à un ou plusieurs éléments. Le traitement de telles données est toute opération effectuée ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquée à de telles données. La Loi nous donne pour exemple de traitement : la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, la modification, l'utilisation, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, ainsi que la destruction de données.

CNPD, mission et pouvoirs.- La Loi sur la protection des données institue la Commission nationale pour la protection des données (ci après la « CNPD »), autorité indépendante chargée de contrôler et de vérifier si les données soumises à un traitement sont traitées en conformité avec les dispositions de la Loi. Les missions et pouvoirs de la CNPD sont prévus aux articles 32 et suivants de la Loi sur la protection des données. L'autorité est chargée d'assurer le contrôle et de vérifier la légalité de la collecte et de l'utilisation des données soumises à un traitement et d'informer les responsables du traitement de leurs obligations. Elle veille entre autres au respect des libertés et droits fondamentaux des personnes, notamment au respect de la vie privée, et informe le public sur les droits des personnes concernées. Sa mission principale est de recevoir et d'examiner les plaintes et demandes de vérification de la licéité des traitements. Elle conseille également le Gouvernement sur les orientations à prendre en matière de protection des données.

Lorsque des manquements à la loi sont portés à sa connaissance, la CNPD peut prononcer des sanctions à l'égard du responsable de traitement fautif. Ses décisions sont susceptibles de recours devant les juridictions administratives.

Dans le but de poursuivre notre objectif de présentation de l'éventail législatif relatif à la protection des données à caractère personnel à Luxembourg, nous traiterons des conditions de validité d'un traitement de données (I), des obligations des parties en présence (II), du transfert de données à l'étranger (III), ainsi que des formalités nécessaires pour déclarer un traitement (IV).

I- Les conditions de licéité d'un traitement

Qualité des données et légitimité du traitement.- Pour être admissible, tout traitement de données à caractère personnel doit répondre à un certain nombre d'exigences de fond et de forme. La Loi sur la protection des données définit à cet effet certains critères auxquels doit satisfaire tout traitement ou fichier de données. Une première série d'exigences tient à la qualité des données, qui doivent entre autres être collectées pour des finalités déterminées, être proportionnelles à ces finalités et être exactes et à jour. La durée de conservation des données doit se limiter à la période requise pour atteindre les finalités définies avant le début du traitement.

La loi définit par ailleurs quatre aspects qui doivent être pris en compte par le responsable d'un traitement de données afin de garantir une bonne protection de la vie privée des personnes concernées. La légitimité du traitement est bien évidemment garantie par la licéité du traitement, ce à quoi s'ajoute le principe central de la nécessité du traitement. Le responsable du traitement doit par ailleurs observer un principe de loyauté vis-à-vis de la personne concernée. La loi requiert également que soient respectées les mesures relatives à la sécurité et à la confidentialité des données traitées. De manière générale, avant qu'un traitement de données puisse être mis en œuvre, il doit être déclaré à la CNPD (notification ou autorisation préalable, selon le cas et sauf exemption).

Le non respect des conditions énumérées ci-dessus est soumis à des sanctions pénales.

Le traitement de catégories particulières de données.- La Loi autorise certains traitements considérés comme particulièrement sensibles sous réserve du respect de conditions de légitimité particulières, plus restrictives.

Le traitement des données sensibles est en principe interdit. Sont dites « données sensibles » les données qui relèvent notamment de l'origine raciale, des opinions politiques ou religieuses, de l'appartenance syndicale, de données relatives à la santé, la vie sexuelle ou des données génétiques de la personne concernée. Un tel traitement peut être légitimé à condition que la personne concernée ait donné son consentement exprès, ou que le traitement soit nécessaire aux fins de respecter des obligations en matière de droit du travail, soit que le traitement soit nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée, ou encore que le traitement soit nécessaire pour un motif d'intérêt public.

Il existe également un régime spécifique concernant le traitement de données génétiques par les services de santé, le traitement de données judiciaires, le traitement réalisé dans le cadre de la liberté d'expression, et enfin le traitement à des fins de surveillance. Ce dernier traitement à des fins de surveillances mérite quelques précisions. La « surveillance » est définie par la Loi comme « toute activité qui, opérée au moyen d'instruments techniques, consiste en l'observation, la collecte ou l'enregistrement de manière non occasionnelle des données d'une ou plusieurs personnes et relatives à des comportements, des mouvements, des communications ou à l'utilisation d'appareils électroniques et informatisés ». Dès lors, il peut s'agir de la vidéosurveillance, de contrôle d'accès par badge, ou encore de la surveillance de l'usage de l'outil

Le Bulletin

informatique, d'internet ou des courriers électroniques. Un tel traitement doit être soumis à l'autorisation préalable de la CNPD. Des dispositions relatives à la surveillance sur le lieu de travail par l'employeur figurent désormais dans le Code du Travail. La surveillance des salariés est légitime notamment pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du travailleur afin de déterminer sa rémunération, ou encore pour le contrôle du processus de production portant sur les machines uniquement. Pour légitimer un tel traitement, le consentement du salarié n'est ni suffisant ni nécessaire. Il convient d'obtenir l'accord du comité mixte d'entreprise ainsi que d'informer les salariés et les organes représentatifs.

II- Obligations et droits relatifs au traitement des données

Obligations du responsable de traitement.- Le responsable du traitement est tenu de mettre en œuvre toutes les mesures techniques et l'organisation qui s'imposent afin d'assurer la protection des données qu'il traite contre la destruction, la perte, l'altération ou l'accès non-autorisé. Ces mesures de sécurité doivent être fonction du risque d'atteinte à la vie privée. Poursuivant toujours cet objectif de sécurité du traitement, le sous-traitant agit sous l'autorité du responsable de traitement et ne pourra par conséquent traiter les données que sur ses instructions. Le responsable du traitement est également soumis à une obligation d'information de la personne concernée plus amplement détaillée au paragraphe suivant.

Droits de la personne concernée.- Toute personne physique faisant l'objet d'un traitement de ses données à caractère personnel doit en être informée par le responsable du traitement. L'information porte sur l'identité du responsable du traitement, la/les finalité(s) du traitement ainsi que toute information complémentaire permettant d'assurer un traitement loyal. Cette obligation d'information doit être dispensée au plus tard au moment de la collecte des données lorsque les données sont directement collectées auprès de la personne concernée, et lors de l'enregistrement ou de la première communication des données lorsque ces données ne sont pas collectées directement auprès de la personne concernée. Cette information peut être communiquée par tout moyen (courrier, courrier électronique, panneaux signalétiques, R.O.I., etc.) étant entendu que la preuve de l'information est à la charge du responsable du traitement. La personne concernée bénéficie également d'un droit d'accès et de rectification de ses données et ce sans frais ni délais excessifs. Elle dispose en sus du droit d'opposition au traitement à tout moment pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière.

III- Le transfert de données vers des pays tiers

Principe.- Le transfert de données vers des pays tiers à l'union Européenne est en principe prohibé. Il est toutefois possible d'opérer un tel transfert vers un pays tiers assurant un niveau de protection dit « adéquat ». La Commission européenne fournit une liste de ces pays qui comprend par exemple l'Argentine, le Canada, Israël, la Nouvelle-Zélande, ainsi que les Etats-Unis et le Canada sous conditions.

Déroptions.- Le transfert de données vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat peut être effectué à condition soit que la personne concernée ait donné son consentement, soit que la CNPD ait autorisé le traitement lorsque que le responsable offre des garanties suffisantes, pouvant résulter par exemple de clauses contractuelles.

IV- CNPD et formalités administratives

Notification préalable à la CNPD.- La règle est qu'avant qu'un traitement de données puisse être mis en œuvre, il doit être notifié à la CNPD. Cela permet à la CNPD d'avoir une vision des réalités sur le terrain, et permet au public de consulter la liste des traitements déclarés sur le registre public

Le Bulletin

tenu par la CNPD dans un but de transparence. La CNPD reçoit la notification et en publie le contenu dans son registre public après vérification sur la forme.

Il existe deux cas d'exception expressément et limitativement énumérés par la Loi dans lesquels il n'est pas nécessaire de notifier le traitement à la CNPD. Il s'agit en premier lieu des traitements considérés comme anodins et généralement mis en œuvre dans le cadre des affaires courantes d'une société, tels que la comptabilité ou la gestion du personnel. Le deuxième cas concerne les traitements particulièrement sensibles qui nécessitent des garanties supplémentaires et seront par conséquent soumis à autorisation préalable de la CNPD (voir infra) ou devront être autorisés par règlement grand-ducal.

Par ailleurs, lorsqu'un traitement de données est arrêté de façon définitive, le responsable du traitement devra remplir une notification de fin de traitement pour le signaler à la CNPD.

Autorisation préalable de la CNPD.- La procédure d'autorisation constitue une exception au principe de notification préalable. La Loi sur la protection des données énumère limitativement les traitements devant faire l'objet d'une autorisation préalable. Il s'agit notamment de la surveillance et de la surveillance sur le lieu de travail, du traitement de données biométriques (contrôle de l'identité de personnes) et génétiques, de l'interconnexion de données, de traitements relatifs au crédit et à la solvabilité de personnes, ainsi que du cas spécifique du transfert de données vers un pays hors UE ne présentant pas un niveau de protection adéquat.

La CNPD effectue ici un examen préalable de la demande et sur le fond puis décide d'autoriser ou non le traitement décrit.

Il existe également une forme simplifiée d'autorisation sous la forme d'un engagement formel de conformité concernant les traitements pour lesquels la CNPD délivre une autorisation unique.

Les données à caractère personnel, un enjeu croissant.- Il ne fait aucun doute qu'il est fait de plus en plus fréquemment appel au traitement de données à caractère personnel dans les divers domaines de l'activité économique et sociale, les progrès des technologies de l'information facilitant considérablement le traitement et l'échange de ces données. L'inflation de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel tant européenne que nationale, nécessite une mise en conformité permanente de la part des entreprises, ce qui suppose de tenir une veille juridique.

Projet de révision de la directive européenne sur la protection des à caractère personnel.- La Commission Européenne a fait part, le 25 janvier 2012, de ses propositions de réforme de la législation européenne en matière de protection des données destiné à moderniser le cadre européen mis en place par la directive de 1995. Selon le calendrier récemment publié, le projet de règlement devrait être soumis au trilogue Parlement-Conseil-Commission au cours de l'été 2013. Le choix d'un règlement n'est pas anodin car les Etats membres se devront d'appliquer le texte sans transposition préalable. Le projet de règlement entend renforcer l'obligation de sécurité mise à la charge du responsable de traitement. Il consacre également un droit à l'oubli. Il convient de signaler qu'une disposition en particulier du texte fait débat : il est prévu que l'autorité compétente soit désormais celle où se situe l'établissement principal de l'entreprise. Ce changement a provoqué une levée de boucliers, notamment de la part de la CNIL en France, qui s'oppose à ce critère en invoquant un risque d'éloignement entre les citoyens européens et leurs autorités nationales.

Chargé de protection.- Le chargé de protection, équivalent du correspondant informatique et libertés ou "CIL" en France, obtient une place de choix dans l'entreprise et constitue un véritable interlocuteur de la CNPD, ce qui permet à l'entreprise d'être informée des orientations législatives

Le Bulletin

et d'être à jour dans ses formalités. Son statut est règlementé par la Loi ainsi qu'un règlement grand-ducal.

Avec la place croissante que prend la protection des données à caractère personnel dans l'entreprise, les « compliance officers » pourraient se retrouver en première ligne pour assumer la fonction de chargé de protection et ainsi devenir des interlocuteurs privilégiés de la CNPD.

Janvier 2013

Gary Cywie / Charles-Henri Laevens
MNKS, a different law firm
www.mnks.com

Résumé de Table Ronde

FATCA & it's implications on Compliance

Summary of the RT discussions of 24 September 2012

INTRODUCTION

This 15th ALCO round table has welcomed 20 participants around **Mrs Kerstin Thinnes**, Tax Partner of PWC Luxembourg. Frederic Batardy, Tax & FATCA expert has also participated to the discussions.

Mrs Renata Hoes has prepared an overview of the 33 answers to the questionnaire (available through the ALCO website : Members Documents/Publications). These answers show us that some participants already have a good knowledge about the implication of the FATCA rules. Others have only started recently to be informed about it.

The present summary can be read together with Mrs Thinnes' powerpoint presentation, available through the ALCO website.

FATCA - The Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) & Foreign Financial Institutions (FFI)

Since 2001, the Qualified Intermediary (QI) regime, which is a US withholding tax system, has entered into force. FATCA adds a new dimension to the QI regime. It will operate as an additional system to the existing QI.

FATCA refers to Chapter 4 of the US Internal Revenue Code, which was enacted through the "Hiring incentives to Restore Employment (HIRE) Act" on March 18, 2010. The legislation is a direct result of combating off-shore tax evasion and recouping tax revenues. The purpose of the act is to detect, deter and discourage offshore tax evasion through increased transparency, enhanced reporting and strong sanctions, whether US tax evaders are holding assets on offshore accounts or through a foreign entity.

Some of the participating Compliance Officers already have contributed to the implementation of the QI regime within their institution. When FATCA arrived in 2010¹⁰², they were naturally involved in examining the new (draft) regulation and its impact on their financial institution.

¹⁰² The IRS released the final **FATCA** regulations on 17 January 2013. (<http://www.irs.gov>)

Who's concerned?

All non US foreign financial institutions (FFIs) and even (non US) 'Non Financial Foreign Entities' (NFFEs) are impacted by this new legislation.

FFIs and NFFEs that are affected by FATCA will have to make a simple choice as to whether they agree to comply with FATCA or not. FFIs and NFFEs that would like to continue to invest on their own behalf or on behalf of clients in the US capital markets will have to comply with the FATCA provisions by entering into an agreement with the US Internal Revenue Services (IRS). Those that do not agree to comply with the said provisions will suffer a 30% withholding tax and thus be unable to compete with the FFIs and NFFEs that are compliant.

Who are FFIs?

The term FFI is broadly defined and includes four categories of non-US entities¹⁰³:

- Entities that accept deposits in the ordinary course of a banking or similar business – e.g. Banks;
- Entities that as a substantial portion of their business hold financial assets for the account of others e.g. Broker Dealers, Trust Companies;
- Entities that are engaged or hold themselves out as being primarily engaged in the business of investing, reinvesting or trading securities e.g. Funds;
- Certain insurance companies.

If the FFI's decide to enter into agreement with the IRS, they will need to comply with the IRS verification and due diligence procedures with respect to the identification of US accounts and meet the reporting and withholding requirements of the IRS.

A FFI that does not serve any US person will nevertheless need to certify this and it ought to have procedures in place to identify any US indicia and ensure that an existing client does not become a US person (E.g. if one changes of residence).

When will it be effective?

At the time of the meeting, entry into force was targeted to start in July 2013. In October, we were informed of further delays. Anyway, quite some countries are envisaging entering into bilateral agreements with the American authorities.

Can FFI's be obliged to enter into an agreement with the IRS?

Not formally. But, if they don't, they will suffer from withholdings on US income. This might discourage registered FFI to maintain business with them. The 30% withholding will also result in a loss of revenues and, consequently, of competitiveness.

¹⁰³ N.B. A fifth category had been added meanwhile by the final regulations

Le Bulletin

In IGA Model 1 countries FFIs are deemed compliant but will have to register. In IGA Model 2 countries they will have to sign an agreement with IRS. In both cases there might be FFIs that will chose not to become participating FFIs.

How do FFI enter into an agreement with the IRS?

Online forms enable to get the agreement on a group basis. It's burdensome. Questions are very detailed, especially regarding holdings and close links with (group) companies. Groups need to be careful: subsidiaries in certain non Partner jurisdictions might impact status of the whole group negatively. N.B. Some large financial groups have thousand or even tens of thousands of entities for which FATCA status will have to be determined.

Intergovernmental Agreements (IGA's): different models

France, Germany, Italy, Spain & UK have opted for a Model 1 agreement:

Japan & Switzerland have opted for a Model 2 agreement.

Luxembourg has entered into discussions with IRS but has not yet decided on the model. It is presently more likely that Luxembourg goes for a Model 2 agreement. An agreement is expected to be reached by the summer 2013.

IGA's can be seen as attempts to neutralise unacceptable extraterritorial aspects of FATCA.

	No IGA	IGA Model 1	IGA Model 2
Countries	Non FATCA partner countries	France, Germany, Italy, Spain & UK (partners)	Japan & Switzerland, Luxembourg? (partners)
Reporting duties	FFI reports directly to IRS	FFI reports to local Gvt which forwards to US Gvt'	FFI reports directly to IRS (as requested by local laws)
Reciprocal exchange of information?	No	Depending from one IGA to another; purpose: transparent reporting. => legitimacy for non US Gvt to impose a US centric law	Depending from one IGA to another Japan: Yes Switzerland.: No
Certification	By responsible officer	Not required – presumption (it is unclear)	Not yet known. Probably by responsible officer
Withholding on 'recalcitrants'	yes	no	no
Implementation in local law	No	required	Required (it is more an enabling law, than an implementation law)

Who will catch the hot potato? To whom is the implementation to be allocated?

In some organisations special interdisciplinary task forces are set up, at group level or at local level. They might be sponsored by specific departments such as Tax or Compliance.

At the end, organisations need to set up a framework that will give comfort to the “Responsible Officer” to certify personally the results of the due diligence process.

In some organisations the Head of Compliance is expected to become the Responsible Officer, because of his independency, in some others it will be the Head of Tax, because of his knowledge of (US) Tax regulations and implications thereof. It might also be the Head of (Private) Banking, the CEO...

Anyway, Compliance Officers need to be involved at some stage, at least for the KYC/CDD aspects. Compliance Officers can help private bankers to determine ultimate beneficial ownership of (family) trusts and off-shore companies. They can monitor the correct application of US indicia. Compliance also knows how to screen the client data base in order to identify ‘recalcitrant account holders’. , Compliance should make sure the different levels of controls are in place and take care of 3rd level controls.

Retroactive certification that no US person has been encouraged by FFIs to hide accounts or assets ?

FFIs need to make sure that since May 2011, it didn’t engage in any activity, or have any formal or informal policies and procedures in place, directing, encouraging, or assisting account holders with respect to strategies for avoiding identification of their accounts as U.S. accounts under the FATCA procedures.

Conclusion

Thanks to the brilliant presentation of Mrs Thinnes and her capacity to give answers to the various questions¹⁰⁴, participants were briefed on the challenges of FATCA and the position of Luxembourg regarding these American rules.

FATCA certainly is not only a Compliance issue, but any Compliance Officer will have to contribute in some way to the process, at least for the CDD aspects and to ensure sufficient awareness concerning the FATCA issues.

We have to expect a significant workload and costs for developing the necessary tools enabling awareness, screening, monitoring, reporting etc.

The question whether Luxembourg will opt for an intergovernmental agreement under Model 1 or under Model 2 will be answered in 2013, probably in the summer.

ALCO WG34 « Round Tables »¹⁰⁵

¹⁰⁴ Thanks also to Frederic Batardy for his kind and precious contribution to the discussions and to the redaction of the summary

¹⁰⁵ Charles van Doorslaer, Hema Ramsahok Jewootah, Sylvain Aubry, Xavier Leydier, Jean-Michel Righi, Nathalie Doyle, Eric Kerschen.

Questions de membres

Question 12/09,

In light of the CSSF circular 11/529 relating to the AML/CFT risk analysis to be performed by all professionals subject to (i) CSSF supervision and (ii) the AML/CFT Luxembourg law dated November 12, 2004 (as amended), it may be assumed that such circular applies to all type of investment funds (e.g. UCITS, UCI and SIF for instance) and management companies as defined under Luxembourg UCITS laws and regulations. Please confirm?

Considering that the answer to this first statement is yes, how would you recommend investment funds to apply and comply with such circular? In your view, do funds actually need to perform a risk analysis, i.e. draft a methodology to categorize AML/CFT risks and then implement process and measures to mitigate identified risks, while keeping such analysis and methodology available to CSSF upon request. Or can they actually rely on the risks analysis and procedures in place at the level of their Luxembourg service providers (e.g. registrar and transfer agents for instance), which are subject to the same circular. Alternatively, in a situation where the Luxembourg fund would have appointed a local management company regulated by CSSF, can the fund be discharged of its duties in this respect and fully rely on the risks analysis and procedures in place at the management company.

GT 33 Answer

CSSF circular 11/529 (the “Circular”) concerning the risk analysis to be performed in the context of the fight against money laundering and terrorist financing (“AML/CFT”) applies, as provided under such Circular, to all professionals (other than credit institutions) subject to CSSF supervision and the AML/CFT law dated November 12, 2004 (the “Law”).

As prescribed under article 2 of the Law, investment funds (i.e. UCITS, UCI or SIF), private equity investment companies and management companies fall within the scope of the Law in the situation where these entities would market their shares or units, or the shares or units of investment funds products in the case of a management company.

Thus, it is the criteria of distribution and marketing of investment funds shares or units, which should be considered to assess whether the Circular applies or not to investment funds and management companies.

1. In Practice, this assessment should not be a problem in relation with any investment fund having appointed a management company and in particular a management company regulated under Chapter 15 of the law relating to UCI, since it is assumed in that case the latter is acting as principal distributor of the shares or units of the funds under its management. Consequently, in that situation, the funds considered are out of scope of the Circular. On the other hand, the management company being in charge of the marketing of the UCIs should perform an AML/CFT risk analysis as prescribed under the Circular for all the funds it is responsible for. Furthermore, such analysis should be adjusted to cover for the various and specific AML/CFT risks associated with the funds under management.

In this context, it is considered that the management company, while performing the risk assessment as prescribed under the Circular, may rely on the AML/CFT controls and risk

Le Bulletin

methodology of its service providers to whom it has delegated certain functions, like distribution or transfer agency, while remaining primary responsible in this respect.

2. On the other hand, for all the funds not having appointed a Chapter 15 management company, like Part II UCIs, SIFs or SICARs for instance, the Circular in principle applies to these products. It is the board of representatives of these funds that should undertake the performance of the AML/CFT risk analysis and ensure that the Circular is fully complied with. Here again, the funds may rely on their service providers to perform such assessment. It has to be noted however that, if a distributor (which is not a management company) has been appointed by the board of these products, while such distributor is subject to the Circular or equivalent requirements in another jurisdiction, the funds considered might be exempted.

In a nutshell, the Circular has to be complied with on a per fund basis, except where management companies (Chapter 15) or distributors subject to similar requirements have been appointed. Meanwhile, such management companies or distributors should perform an AML/CFT risk analysis covering for all the products under their management. Finally, if questions remain on how the Circular applies and whether it is indeed applicable, it is recommended to liaise with the external auditors of the fund to seek for advice and clarification.

Disclaimer

It should be noted that the information obtained in answers provided by the GT 33 is of general nature and is not necessarily comprehensive. Besides, any answer released by the GT 33 should not be interpreted as providing legal advice or legal opinion whatever its nature. ALCO accepts no responsibility for any loss or damage, whether direct or indirect that you may suffer as a result of your use of or reliance on any information contained in answers from the GT 33 or accessed via the ALCO website.

Avertissement

Les informations fournies dans le cadre des réponses du GT 33 ne sont pas nécessairement exhaustives. Par ailleurs, une réponse formulée par le GT 33 ne saurait en aucun cas constituer un avis, une consultation ou une opinion juridique de quelque nature qu'il soit. L'ALCO décline dès lors toute responsabilité en cas de pertes ou de dommages directs ou indirects subis par les utilisateurs des informations contenues dans les réponses données par le GT 33 ou accessibles sur le site internet de l'ALCO ainsi que pour toute action ou omission fondée sur ces informations.

Vie associative

VIE ASSOCIATIVE

GROUPES DE TRAVAIL ACTUELS

Groupe de travail 11

Site Internet

Responsable Olivier GILSON
Téléphone +352 2778 1016
o.gilson@lombardodier.com

Groupe de travail 16

Commission permanente juridique et relations publiques

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

Groupe de travail 20

Funds practices and recommendations AML

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

Responsable Sundhevy GOÏOT
Téléphone +352 621 30 23 63
Sundhevy.Goiot@atcgroup.com

Groupe de travail 30

Domiciliation de société

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

Responsable Marie-Hélène CLAUDE
Téléphone +352 48 18 28 39 03
marie-helene.claude@alterdomus.lu

ASSOCIATION ACTIVITIES

CURRENT WORKING GROUPS

Working group 11

Website

Owner Olivier GILSON
Phone +352 2778 1016
o.gilson@lombardodier.com

Working group 16

Legal and public relations

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

Working group 20

Funds practices and recommendations AML

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

Working group 30

Domiciliary agent

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

Coordinateur Marie-Hélène CLAUDE
Téléphone +352 48 18 28 39 03
marie-helene.claude@alterdomus.lu

Le Bulletin

Groupe de travail 33

Réponses aux questions des membres

Responsable Christophe BECUE
Téléphone +352
cfbecue@hotmail.com

Groupe de travail 34

Tables rondes

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

Groupe de travail 35

Doctrine

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

Groupe de travail 38

Assurance

Coordinateur
Téléphone

Working group 33

Answers to questions of members

Coordinator Christophe BECUE
Phone +352
cfbecue@hotmail.com

Working group 34

Round tables

Coordinator Charles VAN DOORSLAER

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

Working group 35

Doctrine

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

Working group 38

Insurance

Coordinator
Phone

Groupe de travail 39

Problématique de l'outsourcing

Coordinateur David RENAUD
Téléphone +352 26 05 21 81
david.renaud@rbcdexia-is.net

Working group 39

Outsourcing's issues

Coordinator David RENAUD
Phone +352 26 05 21 81
david.renaud@rbcdexia-is.net

Groupe de travail 40

Responsabilité du CO dans les sociétés de gestion

Coordinateur Bernard PONS
Téléphone +352 26 39 86 54
bpons@purecapital.eu

Working group 40

CO responsibilities for a Man Co

Coordinator Bernard PONS
Phone +352 26 39 86 54
bpons@purecapital.eu

Groupe de travail 41

Gouvernance

Coordinateur Jean Noël Lequeue
Téléphone +352 26 63 86 27
jean-noel.lequeue@icesa.lu

Working group 41

Governance

Coordinator Jean Noël Lequeue
Phone +352 26 63 86 27
jean-noel.lequeue@icesa.lu

Groupe de travail 42

Charte ICMA

Coordinateur Vincent Salzinger
Téléphone +352 4797 2283
vincent.salzinger@kbl-bank.com

Working group 42

ICMA Charter

Coordinator Vincent Salzinger
Phone +352 4797 2283
vincent.salzinger@kbl-bank.com

Coordinateur Patrick Chillet
Téléphone +352 44 99 5840
patrick.chillet@ing.lu

Coordinator Patrick Chillet
Phone +352 44 99 5840
patrick.chillet@ing.lu

MEMBRES ET VIE ASSOCIATIVE

MEMBERS AND ASSOCIATION ACTIVITIES

Nombre de membres (au 31/01/2013):

Banques	251
Fonds	148
Fonds / Banques	22
Assurances	51
Consultants / Réviseurs	51
Admin. et domiciliation de sociétés	20
Avocats	15
PSF	52
Gestion de fortune	34
Autres	21
Effectif total:	665

Membres effectifs	513
Membres d'honneur	141
Membres de courtoisie	11

Effectif total: 665

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 31/01/2013):

Banking sector	251
Funds sector	148
Funds / Banking sector	22
Insurance sector	51
Consultants / Auditors	51
Admin. and company domiciliation	20
Law firms	15
SFP	52
Asset management	34
Other	21
Total number:	665

Active members	513
Honorary members	141
Courtesy members	11

Total number: 665

Meetings and activities:

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

Le Bulletin

– 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
Marie-Hélène CLAUDE	Trésorière
Guillaume BEGUE	Administrateur
Patrick CHILLET	Administrateur
Rolland DILLIEN	Administrateur
Olivier GILSON	Administrateur
SUNDHEVY GOÏOT	Administrateur
Thierry GROSJEAN	Administrateur
Emmanuelle HENNIAUX	Conseiller
Bernard PONS	Conseiller
Patrick SCHOTT	Conseiller
David RENAUD	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

VISITEZ NOTRE SITE WEB : www.alco.lu
