

Bulletin d'informations ALCO



Editorial par Jean-Marie Legendre, Président de l'ALCO

N°4 JANV.05

Comme nous l'avions annoncé dans le bulletin n° 3, nous consacrons cette nouvelle édition à l'actualité législative et réglementaire qui a été particulièrement importante pour les Compliance officers au cours du dernier trimestre de l'année 2004.

En début de bulletin, un point d'actualité traite du projet des communautés Européennes concernant les pratiques irrégulières des entreprises et le rôle de filet de sécurité qui est attribué à leurs services financiers. Ainsi le droit des sociétés va-t-il mettre l'accent sur transparence, traçabilité et même maintien de l'ordre.

On trouvera ensuite un commentaire sur la circulaire 04/155 reconnaissant et officialisant la fonction de Compliance dans le secteur financier. Ce texte apporte bien sûr une grande satisfaction aux Compliance officers et matière à réflexion pour l'ALCO. De nouveaux groupes de travail sont créés dans le sillage de cette nouvelle circulaire, l'ALCO a besoin de participants actifs et nombreux.

Enfin, Patrick Schott fait un commentaire approfondi de la loi du 12 novembre 2004 sur la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. Là aussi, l'ALCO a matière à mettre en place un programme de travail actif.

La sortie de ce bulletin coïncide également avec deux événements importants dans la vie de notre association : la conférence commune que nous organisons avec l'IRE, l'IACI et l'OEC précisément sur l'évolution législative et réglementaire relative au blanchiment et, dans un tout autre ordre d'idées, la mise en ligne du site internet de l'ALCO grâce aux efforts de Roland de la Tullaye et de son équipe :

www.alco.lu

Ainsi évolue et se renforce notre association. Je lui souhaite, comme à vous tous, une très bonne année 2005 !

EN BREF

Actualités législatives

ACTUALITES DE DROIT COMMUNAUTAIRE

La Commission européenne vient de mettre en oeuvre une vaste stratégie de prévention des pratiques irrégulières des sociétés. La Commission européenne a adopté une stratégie visant, par une action coordonnée en ce qui concerne les services financiers, le droit des sociétés, la comptabilité, la fiscalité ainsi que la surveillance et l'application effective des règles, à réduire les risques de malversations financières. Dans sa communication, elle recommande à la fois une mise en oeuvre efficace et diligente du plan d'action pour les services financiers et du plan d'action pour la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise qui fournissent un cadre communautaire propre à résoudre la plupart des problèmes financiers soulevés par les "affaires" récentes - et un contrôle rigoureux de l'application de la législation. Elle prône en outre de nouvelles initiatives en matière de fiscalité et d'application de la loi, qui portent principalement sur l'augmentation de la transparence, l'amélioration de la traçabilité et une meilleure coordination du travail de maintien de l'ordre.

ACTUALITES DE DROIT LUXEMBOURGEOIS

La 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.

Par Karine Vilret-Huot

Doctrine

LA FONCTION COMPLIANCE RECONNUE ET CLARIFIEE DANS LE SECTEUR FINANCIER AU LUXEMBOURG

LA CIRCULAIRE CSSF 04/155 DU 27 SEPTEMBRE 2004

Par leur impact sur les conditions d'exercice et sur la gestion du secteur financier, certaines circulaires de la CSSF font date. Présumons que la circulaire 04/155 concernant la fonction Compliance sera l'une de ces 'grandes' circulaires.

Elle est le résultat d'une longue marche.

En 1998, après une version intermédiaire esquissant un rôle pour une fonction Compliance, la version finale de la circulaire 98/143 effleure discrètement la notion en citant parmi les vérifications incombant à l'audit interne, celle du respect des normes en vigueur, « à moins que cette fonction de 'Compliance' ne soit confiée à une personne spécifiquement désignée au sein de l'établissement ».

Pendant plusieurs années ensuite, le terme Compliance n'est mentionné dans aucun texte réglementaire.

Néanmoins, nous n'allions pas en rester à cette éphémère apparition, celle-ci allait en fait marquer le début d'un processus qui allait aboutir à la circulaire 04/155 reconnaissant formellement la fonction Compliance dans le secteur financier.

Comme la CSSF l'a rappelé dans l'exposé des motifs qu'elle a fourni au 'Comité Compliance' réuni par elle afin de contribuer à la finalisation du texte, elle a voulu répondre au mouvement général tendant à une amélioration et à un renforcement de la gouvernance

d'entreprise, en vue notamment de la préservation du risque de réputation.

Ainsi apparaît un premier contour de la fonction Compliance en tant qu' « élément essentiel d'une bonne gouvernance d'entreprise ».

A cela, se sont ajoutées des manifestations claires du sens de l'histoire : une recommandation du FMI en 2002, un document consultatif du Comité de Bâle fin 2003, l'adoption de réglementations chez plusieurs partenaires européens.

Enfin, la profession bancaire luxembourgeoise était demandeuse à tout le moins d'une clarification d'un concept resté encore flou et quelquefois perçu négativement comme un simple degré supplémentaire de contrôle, générateur de charges.

Il importe à ce stade de souligner la méthode suivie par la CSSF qui a étroitement associé la profession à l'élaboration de la circulaire.

Elle a réalisé une enquête parmi une trentaine de banques qui avaient déjà mis en place une fonction Compliance. Plus tard, elle a relayé à la profession les demandes de commentaires du Comité de Bâle sur son document consultatif. Elle a enfin appelé les associations concernées – et notamment l'ALCO – à se prononcer puis à joindre le Comité Compliance.

De tout cela a émergé un texte qui nous paraît à la fois volontaire et équilibré, et qui marque une étape essentielle dans la vie de notre association.

*

Le volontarisme s'exprime tout au long du texte dans certaines de ses dispositions essentielles d'une part, dans le parti-pris de clarification d'autre part.

La disposition la plus essentielle est bien entendu celle qui rend obligatoire la

fonction Compliance au sein du secteur financier.

Il s'agit d'une « exigence » mentionnée dès le premier chapitre et réaffirmée sans détour au deuxième.

Cette obligation s'appuie notamment sur la communication à la CSSF du nom du membre de la direction désigné comme responsable de la Compliance et de celui du Compliance officer. Elle se traduit aussi par l'exigence d'un dispositif de reporting annuel à la CSSF ainsi que celle de l'élaboration d'un certain nombre d'éléments « fixés par écrit » relatifs à la politique de Compliance, aux modalités de fonctionnement via la Charte de Compliance, notamment.

Le caractère volontaire du texte se traduit également dans l'insistance mise à caractériser l'indépendance de la fonction à travers son statut et l'organisation de l'établissement.

Ainsi, le Compliance officer doit-il être rattaché hiérarchiquement à la direction sans intermédiaire. A l'appui de son indépendance il est précisé que le Compliance officer doit pouvoir exercer son rôle et ses responsabilités « de sa propre initiative ». Pour cela, il dispose d'un éventail de pouvoirs, et principalement, d'investigation, d'accès à l'information, de recours à des experts extérieurs.

Finalement, son indépendance est ultimement garantie par la possibilité d'un accès direct au président du conseil d'administration ou aux membres du comité d'Audit ou de Compliance.

Relevons d'ailleurs que l'intervention du conseil d'administration vis à vis de la fonction Compliance est non seulement clairement affirmée mais elle est même renforcée par rapport aux dispositions du texte du comité de Bâle.

Les autres éléments de la démarche volontariste adoptée résident dans le refus clair et net de l'externalisation de la fonction (au sens de la responsabilité de Compliance pour l'établissement) et dans l'affirmation répétée de la nécessité de disposer de ressources quantitativement et qualitativement adaptées.

*

Le parti-pris de clarification est par ailleurs à souligner. Il apparaît dans la cascade de définitions qui sont données et qui souvent gagnent en précision par rapport au texte du comité de Bâle.

Ainsi sont successivement définis :

- *la fonction Compliance* « dont l'objectif est d'identifier et d'évaluer le risque de Compliance » ;
- *le risque de Compliance* qui est le risque de préjudice subi du fait du non-respect « des normes en vigueur » ;
- *les normes en vigueur* couvrant l'ensemble des lois, règlements, codes de conduite, dispositions déontologiques et en particulier celles relatives à la lutte contre le blanchiment et à la protection des intérêts des investisseurs.

Ensuite sont décrites les responsabilités vis à vis de la Compliance des différents organes de l'établissement :

- *le conseil d'administration* qui intervient pratiquement à tous les étages : détermination des principes de Compliance, approbation de la politique et de la charte, évaluation annuelle de la fonction.
- *la direction qui est notamment responsable* « du développement et de la mise en œuvre de la politique de Compliance », qui arrête en cas de non-respect les mesures correctrices et le cas échéant les sanctions à infliger, qui informe au moins une fois par an le conseil d'administration.

La fonction de Compliance elle-même qui identifie et évalue le risque, identifie les normes à appliquer, s'assure de l'existence des règles, procédures, instructions nécessaires, vérifie le respect de la politique, assure la formation du personnel.

La recherche de clarification s'exprime enfin dans les thèmes qui doivent « au minimum » figurer dans la charte de Compliance, les éléments de l'indépendance de la fonction, les ressources à affecter, le niveau de compétence, les méthodes de coordination. Le texte va souvent dans le détail.

Enfin, le distinguo entre la fonction de Compliance et celle de l'Audit interne est une des clés du texte et repose notamment sur l'abrogation du paragraphe 5.4.6 de la circulaire 98/143 citée plus haut. Cette abrogation était indispensable pour véritablement imposer une fonction Compliance totalement autonome et mature.

Ceci n'empêche pas qu'est affirmée avec clarté la nécessité de soumettre la fonction Compliance au contrôle de l'Audit interne qui doit également en évaluer « le fonctionnement et l'efficacité ».

*

Ainsi apparaît le caractère équilibré, voulu par le régulateur. Cette recherche d'équilibre est traduite à plusieurs reprises dans le texte par le choix de la flexibilité et de la modération.

Plusieurs exemples de ces caractéristiques apparaissent dans la circulaire.

Nous retiendrons notamment la question du périmètre de la Compliance. Le choix de la circulaire se porte sur un périmètre large concernant l'ensemble des activités financières mais laissent la liberté d'inclure ou non les éléments qui ne sont pas directement parties intégrantes de ces activités financières tels que les règles relevant par exemple du droit du travail, du droit social ou de l'environnement.

Autre exemple : alors que l'exigence première de la circulaire est la désignation d'une personne en charge de la fonction Compliance à plein temps, elle prévoit des dérogations. Afin de prendre en considération les établissements de taille réduite, la circulaire admet en effet les dérogations suivantes :

la délégation de certaines tâches à d'autres services. Dans ce cas, la Compliance est et doit rester coordinatrice.

la désignation d'une personne à temps partiel lorsque « ni la taille de l'établissement, ni la nature des activités, ni les risques encourus » ne justifient un poste à plein temps. Il est à noter néanmoins que la flexibilité ainsi donnée reste sous contrôle : l'établissement qui ne veut pas créer un poste à plein temps doit obtenir une autorisation explicite de la CSSF sur la base d'une demande justifiée.

Signalons enfin une volonté de modération dans le choix qui est laissé au conseil d'administration de déléguer sa mission d'évaluation régulière de la fonction à un comité de Compliance spécifiquement créé ou au comité d'Audit existant (qui est imposé par la 98/143).

On voit par ces différentes dispositions que le régulateur a eu le souci de ne pas créer de charges supplémentaires, notamment pour les petits établissements.

*

Fort heureusement, le texte de la circulaire nous laisse quelques points - non pas insuffisamment définis - mais qui restent tout de même « à creuser » un peu. Du grain à moudre pour l'ALCO.

En effet, notre association pourra se charger d'étudier davantage des questions telles que les incompatibilités entre la fonction Compliance et les autres fonctions, qui méritent d'être précisées.

L'ALCO lancera également des réflexions sur les relations entre la nouvelle fonction et celles de l'Audit interne et du Risk Management. Il y a là matière à élaborer davantage.

Notons enfin que l'ALCO vient déjà de produire un premier rapport sur la charte de Compliance et lance un nouveau groupe de travail sur la politique au sens de la circulaire.

Au total, ce texte marque un progrès important dans la reconnaissance de la fonction Compliance et dans la clarification de son concept. Nous ne pouvons que nous en réjouir puisqu'il s'agissait des deux objectifs initiaux de l'ALCO.

Par Jean-Marie Legendre, Président ALCO

Doctrine

LA LOI DU 12 NOVEMBRE 2004 : ENJEU ET CONSEQUENCES

Le retard important pris par le Grand-Duché de Luxembourg pour la transposition de la deuxième directive européenne anti-blanchiment 2001/97/CE du 4 décembre 2001 traduit à suffisance l'importance et la véhémence des débats auxquels la loi du 12 novembre 2004 a donné lieu ; après la levée de boucliers des milieux professionnels face au texte du projet de loi original, celui-ci fut successivement apuré de dispositions jugées excessives, voire juridiquement imprécises ; le texte adopté « in fine » peut être qualifié de grandement consensuel, mise à part la question du traitement de la négligence professionnelle sur laquelle Conseil d'Etat et Chambre des députés étaient restés divisés et qui avait constitué un obstacle majeur à la dispense du second vote par le Conseil d'Etat.

Si l'impact de la loi est sans nul doute important pour les professionnels lesquels n'étaient jusqu'ici pas soumis aux dispositions anti-blanchiment – fonds de pension, sociétés de gestion, avocats, conseils fiscaux, marchands de biens de grande valeur notamment – l'effet novateur

est de loin plus limité pour les établissements de crédit qui, dès 1989, se sont vues appliquées une législation/réglementation AML s'étoffant au fil des années. Certes, le financement du terrorisme s'est ajouté au niveau des infractions, ce qui constituait une clarification/précision souhaitée, mais depuis les événements du 11.09.2001 les banques avaient déjà pris les mesures nécessaires afin d'éviter d'être utilisées à ces fins. Alors, finalement « quid novi » pour les banques avec la loi du 12 novembre 2004 ?

Afin de répondre à la question posée, nous ne nous attacherons pas, dans ce cadre forcément restreint, à commenter plus en avant l'extension « *ratione materiae* » et « *personae* » de la législation anti-blanchiment, mais nous nous bornerons à analyser les principales dispositions pouvant influencer sur la vie quotidienne des « Compliance Officers » actifs à l'intérieur des établissements de crédit, à savoir le renforcement des obligations professionnelles (I) et, parmi celles-ci, nous ferons une place à part aux nouvelles règles

posées ayant trait à l'obligation de collaborer avec les Autorités (II) pour terminer par un bref rappel des sanctions applicables en cas de non-observation des obligations professionnelles (III).

I) : Extension des obligations professionnelles

Dans leur rédaction antérieure, les articles 38 à 41 de la loi coordonnée du 5 avril 1993 relative au secteur financier mettaient à charge des établissements de crédit trois obligations principales :

- o l'obligation de connaître les clients (article 39)
- o l'obligation de coopérer avec les Autorités (article 40)
- o l'obligation au secret professionnel (article 41) qui ne sera pas abordée dans le cadre de ce commentaire, alors qu'elle n'est touchée que de manière marginale.

1. La loi du 12 novembre 2004 a ajouté une quatrième obligation à charge des professionnels visés, à savoir l'obligation de disposer d'une organisation interne adéquate.

Conformément à l'article 4 de la loi, les professionnels sont ainsi tenus :

- d'instaurer des procédures adéquates de contrôle interne et de communication afin de prévenir et d'empêcher la réalisation d'opérations liées au blanchiment ou au financement du terrorisme (prise en compte spécifique des dispositions spécifiques visant les opérations à distance) ;

- de prendre les mesures appropriées pour sensibiliser et former leurs employés aux dispositions de la loi afin de les aider à reconnaître les opérations qui peuvent être liées au blanchiment et au financement du terrorisme et de les instruire sur la manière de procéder en pareil cas.

Alors que dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, les obligations spécifiées ci-avant se trouvaient

inscrites à l'article 40 (5) traitant de l'obligation de coopérer avec les Autorités, la loi du 12 novembre 2004 adopte une approche somme toute plus logique en en faisant une obligation légale distincte. Mis à part le renforcement coercitif induit par cette transformation, la substance de l'obligation n'a pas changé en elle-même – ainsi, cette « nouvelle » obligation légale ne devrait pas prêter à conséquences pour les banques du fait des dispositions qui leur étaient déjà applicables (notamment article 40(5) de la loi modifiée du 5 avril 1993 et circulaire CSSF 94/112) ; il en ira cependant certainement autrement pour les nouvelles catégories professionnelles confrontées pour la première fois aux dispositions AML et ne disposant pas toujours d'organisations et ressources, tant humaines que logistiques, comparables.

La mise en pratique de cette obligation de bonne organisation mettra inévitablement à contribution la fonction « Compliance » que la circulaire 04/155 de la CSSF a rendu obligatoire à l'intérieur des banques et entreprises d'investissement. Une des tâches principales de la fonction « Compliance » consistant à l'heure actuelle dans l'organisation de l'éventail de mesures prises par les établissements bancaires en matière de prévention du blanchiment/financement du terrorisme, ce rôle de « gardien du temple » se trouvera encore renforcé avec la loi du 12.11.2004. L'ALCO pourra également, par les travaux ciblés de groupes de travail « ad hoc », apporter sa pierre à l'édifice, notamment en apportant des précisions pratiques sur des notions juridiquement imprécises comme « procédures adéquates » ou « mesures appropriées » et en mettant en exergue des « best practice » recommandés en matière d'organisation.

2. L'obligation de connaître les clients ne subit pas de changements radicaux, mais des précisions et ajoutés importantes y sont cependant apportées ; si le seuil d'identification pour les clients occasionnels est relevé à € 15.000 (€ 10.000 auparavant),

ce sont cependant surtout les nouvelles dispositions ayant trait aux opérations à distance (a), aux conditions de délégation des opérations d'identification (b) ainsi qu'à l'obligation d'un suivi continu en fonction du degré de risque de la relation (c) qui retiennent l'attention.

a) Opérations à distance :

L'article 3 (6) de la loi, transposant l'article 3(11) de la directive, précise que « lorsqu'ils nouent des relations d'affaires avec un client qui n'est pas physiquement présent, les professionnels doivent prendre des dispositions spécifiques et adéquates nécessaires pour faire face aux risques accrus existant en matière de blanchiment ou de financement du terrorisme ». Ces mesures spécifiques pourront consister, comme prévu au même article, dans la demande de pièces justificatives supplémentaires, des mesures additionnelles de vérification / certification / attestation ou l'exigence que le premier paiement des opérations soit fait par le compte ouvert au nom du client auprès d'un établissement de crédit soumis à une obligation d'identification équivalente. Comme ce dernier établissement aura effectué son « due diligence » lors de l'ouverture du compte pour le client à distance en question, la banque luxembourgeoise pourra se fier aux mesures d'identification prises, étayées par la documentation qu'elle aura elle-même recueillie le cas échéant. Cette dernière disposition est particulièrement importante pour des opérations bancaires traitées par Internet, alors que le règlement s'en fera fréquemment via un compte bancaire ouvert auprès d'un autre professionnel financier.

Les procédures internes de contrôle visées à l'article 4 de la loi doivent, par ailleurs, prendre spécifiquement en compte les dispositions applicables aux opérations à distance.

Comme déjà relevé précédemment, l'apport de l'ALCO pourra également, à ce niveau,

consister dans une définition plus précise/pratique « des dispositions spécifiques et adéquates nécessaires » pour faire face aux risques accrus.

b) Conditions de délégation des opérations d'identification :

les conditions de délégation des opérations d'identification étaient jusqu'ici précisées dans la circulaire IML 94/112 ; l'article 3(7) de la loi reprend en substance les principes définis par l'autorité de tutelle, à savoir l'existence d'un mandat écrit, la remise/disponibilité de la documentation d'identification auprès du mandant ainsi que la rétention de la responsabilité dans le chef du mandant.

Il est intéressant de noter à ce propos que sur base des remarques faites au cours du processus législatif, la délégation ne sera possible qu'aux seuls professionnels nationaux et étrangers relevant du même secteur d'activité soumis à une obligation d'identification équivalente. En pratique, cette possibilité de délégation pourra donner lieu à des controverses quant à l'interprétation de l'expression « même secteur d'activité » - si la délégation à un « marchand de biens de grande valeur » ne saurait évidemment être licite, qu'en est-il par exemple de la délégation à un gérant de fortune étranger soumis à la supervision d'un Office d'Autorégulation ?

Retenons, pour le surplus, que le droit d'accès aux documents d'identification originaux doit être garanti contractuellement et qu'une copie des documents recueillis doit à chaque fois être remise au mandant lequel reste responsable de la bonne exécution de l'obligation d'identification.

c) Obligation d'un suivi continu du client tout au long de la relation et en fonction du risque :

L'identification du client et l'établissement de son profil lors de l'entrée en relation ne

sont pas suffisants : aux termes de l'article 3(9), le professionnel doit encore effectuer un suivi continu de la relation-client tout au long de son existence et en fonction du risque associé au client qu'il puisse être lié au blanchiment/financement du terrorisme.

Cette « nouvelle » obligation peut être rapprochée des dispositions suisses contenues au Chapitre III « Mesures organisationnelles » de l'ordonnance de la CFB sur le blanchiment OBA-CFB du 18.12.2002 ; celles-ci prévoient, entre autres mesures, que le professionnel :

- o fixe des critères de risque relations/et de transactions signalant la présence de risques juridiques et de réputation accrus,
- o veille à la mise en place d'une surveillance efficace des transactions et utilise un système informatique de détection des transactions présentant un risque accru.

Les relations avec des personnes politiquement exposées (PEP) sont considérées dans tous les cas comme comportant des risques accrus.

Par analogie au système suisse, il est partant concevable que les professionnels luxembourgeois passent leur clientèle au crible fin et, en fonction de critères-risques définis en interne (p.ex. critères uniques/cumulatifs reposant eux-mêmes sur des critères quantitatifs, de résidence, nationalité, activités, absence de rencontre physique), fassent l'inventaire des relations comportant un risque accru qu'elles soumettent par la suite à un examen-transactions/ surveillance de « matching » du profil établi particulièrement détaillés, moyennant notamment l'exploitation d'un système informatique de surveillance des transactions. A Luxembourg également, les PEP seront, dans le même ordre d'idées, naturellement considérés comme comportant un risque accru et donc soumis à une surveillance étroite.

Le profil-client établi à l'origine de la relation se doit d'être dynamique et donc être actualisé en cas de changements

importants intervenant dans la situation familiale/patrimoniale ou le profil transactionnel du client. Des systèmes informatiques de « relationship management » pourront utilement être utilisés à ces fins.

D'autre part, notons que la pratique des transferts faits « d'ordre d'un de nos clients » afin de protéger l'anonymat du donneur d'ordre appartient désormais irrémédiablement au passé, l'article 16 (1) de la loi précisant : « En outre les établissements de crédit et les PSF sont obligés d'incorporer aux virements et transferts de fonds ainsi qu'aux messages s'y rapportant, le nom ou le numéro de compte du donneur d'ordre ». Cette formule, somme toute encore souple (Suisse, article 15 CFB-OBA : pour les virements vers l'étranger, indication du nom, numéro de compte et domicile du donneur d'ordre – il ne peut y être renoncé que pour des motifs légitimes dûment clarifiés/documentés) permet d'assurer la traçabilité d'un transfert, élément essentiel pour pouvoir remonter la chaîne en matière d'enquête AML.

A relever, enfin, que le respect des obligations professionnelles s'impose de manière consolidée également aux filiales et succursales, au Luxembourg ou à l'étranger, dans lesquelles les professionnels luxembourgeois disposent de moyens juridiques leur permettant d'imposer leur volonté sur la conduite des affaires, pour autant que ces succursales ou filiales ne sont pas soumises à des obligations professionnelles équivalentes par les lois applicables au lieu de leur établissement.

II) : Obligation de coopérer avec les Autorités

C'est à propos de la collaboration avec le Parquet surtout que les discussions menées furent les plus âpres (v. notamment avis de la Chambre de Commerce/document parlementaire 5165 (2) du 16.09.2003 et

avis du Parquet Général/Parquet de Luxembourg 28.01.2004/15.12.2003).

Il est vrai que le texte de l'article 5 tel que prévu à l'origine, conjugué avec l'extension du champ d'application proposé (mais en définitive non retenu) « *ratione materiae* » à toutes les infractions qualifiées de « crimes », était particulièrement large et imposait aux professionnels de fournir au Procureur d'Etat, à sa demande « toutes les informations requises ». Omettant l'ajoute « conformément aux procédures prévues par la législation applicable » prévue dans la rédaction jusqu'ici en vigueur de l'article 40 (2) de la loi du 5 avril 1993, le risque d'une dérive des pouvoirs « exorbitants » du Parquet, pris en sa double qualité de « Cellule de Renseignement Financier » et d'Autorité de Poursuite ne pouvait, en effet, être écarté.

C'est à cette occasion que les conséquences néfastes potentielles pour les professionnels étaient illustrées avec force par la Chambre de Commerce et les menaces « d'incursion inquisitrice », de « fishing expeditions » du Parquet mises au pilori. Diverses solutions afin de régler cette situation conflictuelle avaient été proposées, notamment la création d'une cellule de renseignements financiers autonome, indépendante du parquet et fonctionnant selon les modèles existant à l'étranger (Tracfin en France, CTIF en Belgique, MROS en Suisse p.ex.), la mise en place d'une réserve de spécialité applicable aux membres de la Cellule de Renseignements financiers au sein du Parquet ou la fixation de limites aux pouvoirs d'investigation du Parquet.

Dans leurs avis respectifs, le Parquet Général et le Parquet de Luxembourg avaient exprimé leur désaccord avec les critiques sévères exprimées, mais également fait des contre-propositions destinées à rassurer les professionnels. Ce débat passionné, toisé par l'avis du conseil d'Etat (30.03.2003), emprunt d'un pragmatisme critique, a débouché sur des aménagements du texte original et permis «

in fine » l'adoption d'un texte assurant, concernant ce point particulier, globalement le « *status quo ante* ».

Ainsi, aux termes de l'article 5(1), le droit de demande d'informations du Parquet se trouve limité à la demande de « toutes les informations nécessaires conformément aux procédures prévues par la législation applicable, alors qu'il y est également précisé que l'information, de l'initiative du professionnel, de faits indices d'un blanchiment ou d'un financement du terrorisme pourra intervenir notamment « en raison de la personne concernée, de son évolution, de l'origine des avoirs, de la nature, de la finalité ou des modalités de l'opération ».

Particulièrement intéressantes paraissent également quant à leur impact pratique les précisions données par la loi du 12 novembre 2004 quant à la forme et à la validité dans le temps d'une instruction du Parquet – intervenant dans le cadre d'une enquête ou de déclaration de soupçon - de ne pas exécuter une opération en rapport avec la/les transaction(s) ou le client.

Il s'agit-là d'une innovation intéressante, alors que l'article 5 (3) précise, en effet, « qu'une instruction du procureur d'Etat de ne pas exécuter des opérations est limitée à une durée maximale de validité de trois mois à partir de la communication de l'instruction au professionnel. En cas d'instruction orale, cette communication doit être suivie dans les trois jours d'une confirmation écrite. A défaut de confirmation écrite, les effets de l'instruction cessent le troisième jour à minuit. Le professionnel est autorisé à faire état de cette instruction à l'égard du client pour justifier la non-exécution d'une opération ». Cette limitation dans le temps du droit de blocage du Parquet a le mérite, outre l'atténuation des risques de voir engagée la responsabilité de l'Etat, de donner des instructions claires aux professionnels quant à la date d'expiration d'une instruction de blocage et quant au

comportement pouvant être adopté envers le client dont les transactions se trouvent bloquées du fait d'une telle instruction. Si l'interdiction du « tipping off » reste la règle consacrée par l'alinéa 5, l'exception prévue à l'alinéa 3 est la bienvenue : le professionnel se trouvait, en effet, dans une situation très embarrassante lorsque, face aux pressions et à l'incompréhension du client, il ne pouvait lui révéler la nature des obstacles s'opposant à l'exécution de la transaction demandée.

L'autre exception relative au droit de communication de la transmission d'informations au profit des organes internes de contrôle d'un groupe est soumise à l'obtention de l'autorisation écrite préalable du procureur d'Etat près du tribunal d'arrondissement. Cette disposition permet de tenir compte – pour le seul secteur financier - des impératifs légitimes d'une gestion globale/-groupe des risques juridiques et de réputation liés au blanchiment et au financement du terrorisme (v. dans le contexte suisse notamment l'article 9 de l'ordonnance OBA-CFB).

Autre aspect pratique intéressant : l'article 14 de la loi charge la Cellule de renseignement financier à « veiller à ce que les professionnels visés par la loi aient accès à des informations actualisées sur les pratiques de blanchiment ou de financement du terrorisme et sur les indices qui permettent d'identifier des transactions suspectes ».

Le rôle naturel de la « Commission de Surveillance du Secteur Financier » en matière de blanchiment et de financement du terrorisme » est par ailleurs formellement confirmé par l'article 15 de la loi qui précise : « La Commission est l'autorité compétente pour assurer le respect des obligations professionnelles en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme par toutes les personnes soumises à sa surveillance ».

III) : Sanctions

A ce niveau deux situations doivent, comme par le passé, être distinguées :

o Les peines prévues au niveau de la participation consciente, volontaire à des actes de blanchiment/financement du terrorisme restent inchangées: l'article 506-1 (loi du 12 août 2003) prévoit à ce niveau des peines d'emprisonnement comprises entre 1 à 5 ans et une amende de € 1.250,-- à € 1.250.000,--

o La question du traitement de la négligence professionnelle, de l'omission avait été âprement discutée, alors que le projet de loi original prévoyait un décuplement des peines et n'opérait aucune distinction entre participation volontaire et négligence : il prévoyait, en effet, que « sont punis d'une amende de €1.250,-- à € 1.250.000,-- ceux qui ont contrevenu aux dispositions des articles 3 à 8 de la présente loi ». Cette surpénalisation indistincte, qu'il était prévu d'appliquer à tous les professionnels concernés par le projet de loi et sans distinction selon l'existence ou non d'un élément intentionnel, avait été sévèrement critiquée par les différents avis émis sur le texte initial du projet de loi. Les reproches formulés – peine excessive, arbitraire, dépourvue de vraisemblance, revenant à punir le délit secondaire plus lourdement que certaines infractions primaires, peu compatible avec l'Etat de droit, contre-productivité de la surpénalisation – ont conduit à ce que les peines prévues soient réduites au niveau fixé par la loi du 11.08.1998 (article 64 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993), à savoir, une amende de € 1.250 à € 125.000.

Une autre ajoute, éminemment importante pour tous les professionnels visés par le texte de loi, a – malgré l'opposition formelle du conseil d'Etat - également été opérée par rapport au texte original, à savoir l'introduction à l'article 9 de l'adverbe « sciemment », de sorte que l'article 9 finalement retenu précise : « Sont

punis d'une amende de € 1.250 à € 1.250.000,-- ceux qui ont contrevenu sciemment aux dispositions des articles 3 à 8 de la présente loi ». L'élément intentionnel devra donc exister dans le chef de l'auteur de la négligence, omission, etc. pour que la sanction pénale s'applique ; ainsi, p.ex. un « tipping off » au client intervenant en violation de l'article 5 (5) ou une déclaration de soupçon non faite à dessein seraient susceptibles de sanction pénale.

A défaut de l'élément intentionnel et donc, de non-application des sanctions pénales, s'appliqueront cependant, le cas échéant, aux négligences « simples » des sanctions administratives et/ou disciplinaires, variables selon le degré de gravité de la négligence. La menace de retrait de l'agrément (établissement ou dirigeant), l'amende d'ordre, etc. sont autant de moyens suffisamment comminatoires pour que les professionnels visés par la loi du 12 novembre 2004 traitent avec la diligence nécessaire les obligations professionnelles prévues aux articles 3 à 8 de la loi. Le rôle de la Fonction « Compliance » sera, dans ce contexte d'une importance particulière.

Conclusion

Le texte adopté finalement par le législateur luxembourgeois réalise, après le tollé provoqué par la version originale et les redressements consécutifs opérés, une solution de sain compromis entre les différents avis exprimés ; il s'agit, en définitive, de la transposition fidèle de la deuxième directive communautaire selon une nouvelle approche, horizontale et intersectorielle.

Le Luxembourg se trouve donc, comme par le passé, à nouveau doté d'une législation de pointe en matière de prévention du

blanchiment/financement du terrorisme logeant à la même enseigne les professionnels visés ; au niveau des banques, les nouvelles dispositions ne devraient pas apporter de « bouleversements », alors que les obligations y précisées étaient déjà connues et mises en pratique. Alors qu'à certains égards la loi est étonnamment précise (délai en matière de blocage), d'autres aspects de « best practice » (« procédures adéquates », etc.) seront à préciser « inter alia » par les professionnels de la Fonction Compliance/ALCO.

Dans la rétrospective, force est de constater que la législation AML a connu, durant les deux dernières décennies, une évolution remarquable: d'inexistante, elle est devenue une pièce maîtresse de l'arsenal de prévention, l'étau se resserrant progressivement. Au stade actuel, sera-t-il possible d'aller encore plus loin ? Un projet de troisième directive communautaire (COM 2004 – 448) semble aller résolument dans cette direction ; transposant les quarante recommandations du GAFI, amendées en 2003, le projet de nouvelle directive, en même temps qu'il prévoit de renforcer encore les mécanismes de contrôle et d'identification de la clientèle, prône notamment la « all crimes approach » et propose de « criminaliser » les négligences graves, aspects déjà âprement discutés, mais non encore retenus dans la loi du 12 novembre 2004. A suivre....

Patrick Schott, Membre du Conseil d'administration de l'ALCO

Les articles seront disponibles en version anglaise sur le site de l'ALCO.

Vie Associative

Community Life

Vie Associative

Community Life

GROUPES DE TRAVAIL ACTUELS:

Current working groups:

A. POINTS GENERAUX:

A. General items:

Groupe de travail 08b

WORKING GROUP 08B

Circulaires CSSF: checklists - deuxième partie

CSSF CIRCULARS: CHECKLISTS - SECOND PART

Responsable Patrick WATELET
Téléphone (+352) 45 14 14 231
patrick.watelet@citigroup.com

Responsible Patrick WATELET
Telephone (+352) 45 14 14 231
patrick.watelet@citigroup.com

Groupe de travail 16

WORKING GROUP 16

Commission permanente juridique et relations publiques / site internet

LEGAL AND PUBLIC RELATIONS / INTERNET SITE

Responsable Karine VILRET-HUOT
Téléphone (+352) 26 44 14 13
kvilret@vilret-avocats.com

Responsible Karine VILRET-HUOT
Telephone (+352) 26 44 14 13
kvilret@vilret-avocats.com

Responsable internet Roland de la TULLAYE
Téléphone (+352) 47 67 22 63
roland.de_la_tullaye@eu.ca-investorservices.com

Responsible internet Roland de la TULLAYE
Telephone (+352) 47 67 22 63
roland.de_la_tullaye@eu.ca-investorservices.com

Groupe de travail 22

WORKING GROUP 22

Responsabilité du compliance officer

COMPLIANCE OFFICER'S RESPONSIBILITY

Responsable Benoit MARTIN
Téléphone (+352) 45 67 30 49 54
benoit.martin@paneurolife.com

Responsible Benoît MARTIN
Telephone (+352) 45 67 30 49 54
benoit.martin@paneurolife.com

Groupe de travail 23

WORKING GROUP 23

Politique de compliance

COMPLIANCE POLICY GUIDELINES

Responsable Rob SONNENSCHNEIN
Téléphone (+352) 31 99 11 231
r.sonnenschein@vanlanshot.lu

Responsible Rob SONNENSCHNEIN
Telephone (+352) 31 99 11 231
r.sonnenschein@vanlanshot.lu

B. SECTEUR BANCAIRE:

B. Banking sector:

Groupe de travail 04

Working group 04

Lutte contre le blanchiment dans le secteur de la banque privée

ANTI-MONEY LAUNDERING IN PRIVATE BANKING

Responsable Patrick SCHOTT
Téléphone (+352) 46 71 71 400
pschott@pictet.com

Responsible Patrick SCHOTT
Telephone (+352) 46 71 71 400
pschott@pictet.com

Groupe de travail 10
Contrôles compliance
Sous-groupe blanchiment d'argent
Responsable Olivier HANIN
Téléphone (+352) 47 68 31 361
olivier.hanin@credityonnais.lu

C. SECTEUR FONDS:

Groupe de travail 18
**Compliance relative aux investissements
alternatives**
Responsable Jean-Marie FOURQUIN
Téléphone (+352) 26 27 16 1
jmfourquin@alternativeleaders.lu

Groupe de travail 20
**Transposition de la directive anti-
blanchiment (à mettre en place en
coopération avec l'ALFI)**
Responsable Antonella GARGIULO
Téléphone (+352) 34 10 21 17
Antonella.gargiulo@jpmorganfleming.com

Groupe de travail 21
**Interprétation pratique des restrictions
d'investissements de fonds**
Responsable Tim WINFIELD
Téléphone (+352) 34 10 23 85
tim.winfield@jpmorganfleming.com

D. SECTEUR ASSURANCE:

Groupe de travail 12
**Lutte contre le blanchiment dans le secteur
des assurances**
Responsable Gérard ZOLT
Téléphone (+352) 22 51 51 342
gerard.zolt@kpmg.lu

Groupe de travail 13
Compliance et intermédiaires
Responsable Bruno GOSSART
Téléphone (+352) 24 18 58 5160
b.gossart@fortis.lu

Working group 10
Compliance controls
Sub-group money laundering
Responsible Olivier HANIN
Telephone (+352) 47 68 31 361
olivier.hanin@credityonnais.lu

C. Funds sector:

Working group 18
Compliance for alternative investments
Responsible Jean-Marie FOURQUIN
Telephone (+352) 26 27 16 1
jmfourquin@alternativeleaders.lu

Working group 20
**Transposition of the anti-money laundering
directive (to be set up in co-operation with
ALFI)**
Responsible Antonella GARGIULO
Telephone (+352) 34 10 21 17
Antonella.gargiulo@jpmorganfleming.com

Working group 21
**Practical interpretation of fund investment
restrictions**
Responsible Tim WINFIELD
Telephone (+352) 34 10 23 85
tim.winfield@jpmorganfleming.com

D. INSURANCE SECTOR:

Working group 12
Anti-money laundering in insurance
Responsible Gérard ZOLT
Telephone (+352) 22 51 51 342
gerard.zolt@kpmg.lu

Working group 13
Compliance and intermediaries
Responsible Bruno GOSSART
Telephone (+352) 24 18 58 5160
b.gossart@fortis.lu

Groupe de travail 14

Statut du compliance officer dans le secteur des assurances

Responsable Benoît MARTIN
Téléphone (+352) 45 67 30 49 54
benoit.martin@paneurolife.com

Working group 14

Status of compliance officer in insurance

Responsible Benoît MARTIN
Telephone (+352) 45 67 30 49 54
benoit.martin@paneurolife.com

MEMBRES ET VIE ASSOCIATIVE:

Nombre de membres (au 31/12/2004):

Banques	33
Fonds	30
Fonds / Banques	11
Assurances	28
A déterminer	115
Effectif total:	217

Membres effectifs	175
Membres d'honneur	42

Effectif total: 217

Réunions et activités:

Mensuel	Réunions du conseil d'administration
18/01/2005	Conférence annuelle (Chambre de Commerce)
Printemps 2005	Assemblée générale

Secrétariat de l'ALCO:

Michèle FERRY ET Géraldine DISEUR
Téléphone (+352) 47 67 26 12
Fax (+352) 47 67 36 12
E-mail michele.ferry@cail.lu
geraldine.diseur@cail.lu
Adresse B.P. 1104
L-1011 Luxembourg

Comité de rédaction/ Drafting committee

Karine VILRET-HUOT, Elsa DORSCHER, Marie-France DE POVER, Jean-Marie LEGENDRE, Patrick SCHOTT, Leen BOM, Jean-Florent RICHARD, Roland DE LA TULLAYE, Olivier GILSON, Viatcheslav SKRIPKINE

Visitez notre site / Visit our website:

MEMBERS AND COMMUNITY LIFE:

Number of members (as per 31/12/2004):

Banking sector	33
Funds sector	30
Funds / Banking sector	11
Insurance sector	28
Not defined	115
Total number:	217

Active members	175
Honorary members	42

Total number: 217

Meetings and activities:

Monthly	Management board meetings
18/01/2005	Annual conference (Chamber of Commerce)
Spring 2005	General meeting

Secrétariat du bulletin:

Coralie CZERWINSKI
Téléphone (+352) 26 44 14 13
Fax (+352) 26 44 15 14
E-mail cczerwinski@vilret-avocats.com

www.alco.lu