



JOURNÉE DE L'ALJB 2020
LE RISQUE PÉNAL DU
BANQUIER
30 JANVIER 2020



Le secret bancaire

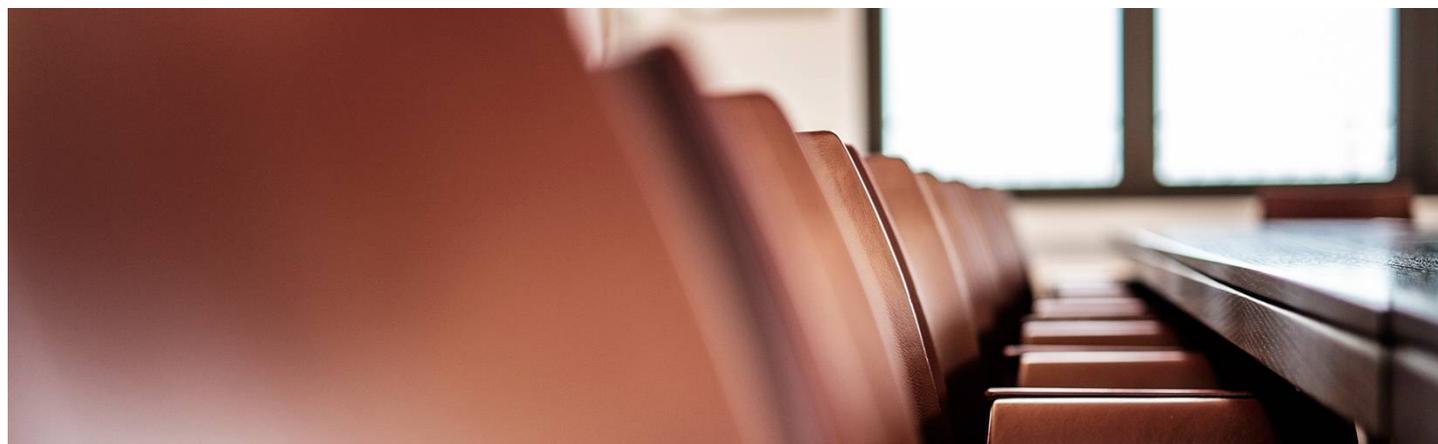
André Hoffmann, Avocat à la Cour

ELVINGER HOSS PRUSSEN

**ELVINGER
HOSS**
LUXEMBOURG LAW

Le secret bancaire: risque et protection

30 janvier 2020 – André Hoffmann



Plan

- I. Historique et raisons du risque pénal
- II. Caractère actuel et pertinent
- III. Protection réelle pour le client
- IV. Protection utile pour le banquier
- V. Conclusion : où allons-nous ?

I. Historique et raison du risque pénal – A. Historique

- Article 458 Code pénal (CP):

« Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5.000 euros. »

 le banquier n'est pas explicitement nommé

I. Historique et raison du risque pénal – A. Historique (2)

- Applicabilité de l'article 458 CP au banquier a pu faire débat initialement
- Etapes-clefs:
 - Arrêt-grand ducal de 1901 re. Caisse d'épargne: établit lien avec CP
 - Loi bancaire de 1981: référence explicite à l'article 458 CP
 - Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier (LSF): complémentarité des articles 41 LSF et 458 CP
 - Travaux de 2004 du Comité de juristes de la CSSF mandaté par le CODEPLAFI: confirmation de la complémentarité
 - Révision de l'article 41 LSF en 2018: plus de souplesse pour certaines exceptions (sous-traitance); pas de remise en cause du caractère pénal

I. Historique et raisons du risque pénal – B. Raisons

- Nature spécifique du rôle du banquier (travaux parlementaires LSF):

- Dépositaire professionnel de secrets du client
- Confident du client

- ➔ - Secret bancaire n'est pas de nature contractuelle, mais d'ordre public et ne peut être levé que par la loi (article 6 Code civil)
- Protection forte de la vie privée du client et de ses données personnelles

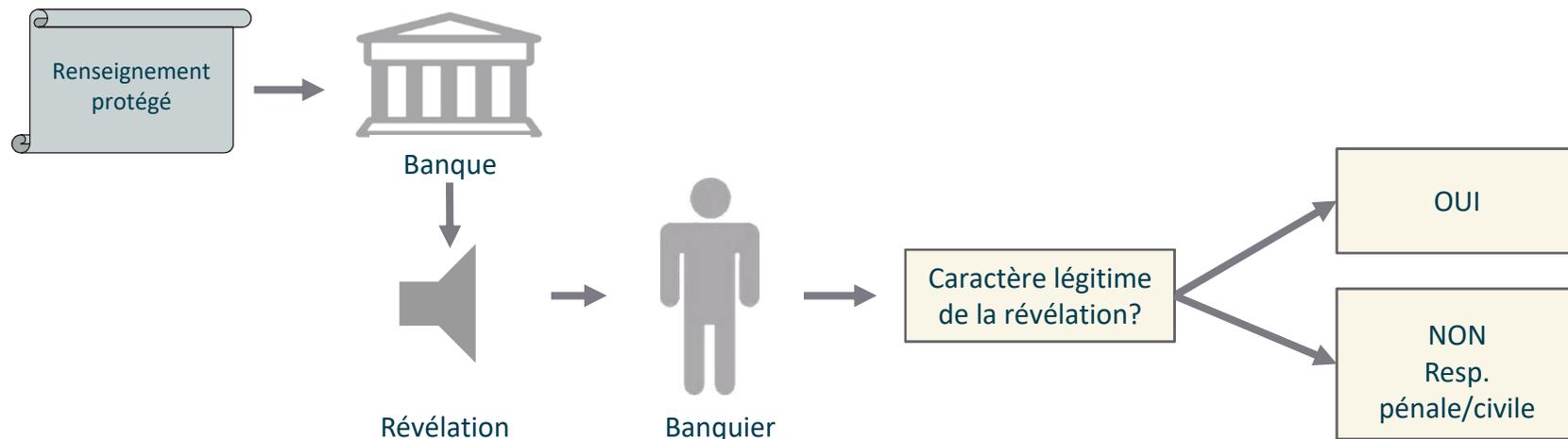
Plan

- I. Historique et raisons du risque pénal
- II. Caractère actuel et pertinent*
- III. Protection réelle pour le client
- IV. Protection utile pour le banquier
- V. Conclusion : où allons-nous ?

II. Caractère actuel et pertinent – A. Principe

- Le caractère pénal du secret bancaire a été maintenu après une dernière discussion en 2018, même si les exceptions sont multiples

➔ S'il y a révélation, le banquier devra établir qu'elle est légitime pour éviter le risque de poursuites pénales (ou civiles)



➔ Article 41(7) LSF: Quiconque soumis au secret qui a légalement révélé un renseignement couvert ne peut encourir de ce seul fait une responsabilité pénale ou civile

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements

- Tous les éléments doivent être présents pour avoir un risque pénal:
 - 1) Un renseignement protégé: obtenu dans le cadre de l'activité; sur le patrimoine et/ou situation financière du client; même l'existence de la relation
 - 2) Acte de révélation: communication libre; à l'initiative du banquier; sans contrainte légitime
 - 3) Révélation à un tiers: qui est tiers? Une personne en dehors de la sphère de discrétion du client

exemples (jurisp.):

- Le conjoint si pas de compte commun
- Le bénéficiaire effectif
- Autres entités du groupe bancaire
- Autorités publiques (p.ex. fisc, juge), mais le banquier peut se défendre en justice face au client

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (2)

- 4) Personne soumise au secret: voir article 41 LSF: toutes les personnes soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF en vertu de la LSF:
- exclusion des OPC
 - personnes morales (y inclus les succursales d'établissements étrangers)
 - personnes physiques : y inclus toute personne au service d'un établissement visé, salariée ou externe
 - même si la personne est à l'étranger
 - même si la personne n'est plus au service de la banque

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (3)

- 5) Elément moral: élément constitutif de l'infraction pénale; dol simple; pas de responsabilité sans faute

NB: En dépit de la **présomption d'innocence**, le banquier doit alléguer de manière plausible les circonstances légitimant la révélation. Le Ministère public doit alors établir l'inexactitude de l'allégation.

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (4)

6) Absence de révélation légitime: Art. 41(2) LSF

« L'obligation au secret n'existe pas lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la LSF »

NB: = autorisé ou imposé par une loi luxembourgeoise

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (5)



Quand est ce-que la révélation sera légitime?

- Les exceptions légales
- La protection du lanceur d'alerte
- Le consentement du client

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (6)

➤ Les exceptions légales

- *Face aux autorités judiciaires:*
 - témoignage en justice (article 458 CP): banquier tenu de comparaître, mais peut ne pas révéler
 - instruction pénale: pouvoir exorbitant du juge d'instruction: le secret cède
- *Exceptions de l'article 41 LSF:*
 - notamment l'externalisation (par. 5): conditions d'acceptation du client définies si externalisation à une personne non soumise à supervision prudentielle au Luxembourg
- *Devoir de coopération avec les autorités (article 40 LSF):*
 - multiples, de plus en plus nombreuses, même à l'international (fiscal)
- *Demandes de communication de pièces dans procédures civiles (NCPC): pouvoir d'appréciation du juge*

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (7)

➤ La protection du lanceur d'alerte

- *Affaire Luxleaks*: 6 conditions (jurisprudence CEDH) à remplir :
 - l'information présente un réel intérêt public
 - l'information divulguée est authentique, c'est-à-dire exacte et digne de crédit
 - la divulgation au public n'est envisagée qu'en dernier ressort en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement
 - l'intérêt du public d'obtenir cette information pèse plus fort que le dommage que la divulgation a causé à l'employeur, respectivement à l'entité concernée
 - le lanceur d'alerte agit de bonne foi avec la conviction que l'information était authentique
 - proportionnalité de l'ingérence étatique par rapport au but légitime poursuivi: vérifier les poursuites auxquelles le lanceur d'alerte est exposé et procéder à une analyse attentive de la sanction, civile ou pénale, infligée et de ses conséquences

- *Nouvelle directive 2019/1937*: vise la dénonciation de violations du droit de l'UE

II. Caractère pertinent et actuel - B. Elements (8)

- Le consentement du client = limite intrinsèque du secret bancaire
 - *Même si le secret bancaire est d'ordre public, le consentement spécifique et éclairé du client décharge le banquier (Note du CODEJU 2004) :*
 - pas de décharge générale possible: on ne peut déroger par contrat
 - Consentement spécifique: plus de révélations à l'initiative du banquier

Plan

- I. Historique et raisons du risque pénal
- II. Caractère actuel et pertinent
- III. Protection réelle pour le client*
- IV. Protection utile pour le banquier
- V. Conclusion : où allons-nous ?

III. Protection réelle pour le client

- **Protection forte** de ses données personnelles auprès de la banque:
 - Sauf consentement spécifique et éclairé, le **banquier devra prouver l'exception** légitimant la revelation à un tiers, y compris en matière d'outsourcing ou au fisc
 - Le client détient **l'arme de la citation directe** devant le juge correctionnel
 - Même si les sanctions pénales ne sont pas sévères (amendes réduites, sursis des peines d'emprisonnement), le **risque indirect d'une atteinte à la réputation du banquier** est réel et fort

 diligence accrue du banquier pour vérifier si conditions de révélation légitime sont remplies: dans le doute, il s'abstiendra

Plan

- I. Historique et raisons du risque pénal
- II. Caractère actuel et pertinent
- III. Protection réelle pour le client
- IV. *Protection utile pour le banquier***
- V. Conclusion : où allons-nous ?

IV. Protection utile pour le banquier

- Protection **externe**:
 - La Loi définit les multiples cas dans lesquels le banquier devra communiquer
 - ➔ pas de pressions pour demandes non autorisées

- Protection **interne**:
 - Diligence du personnel car responsabilité individuelle
 - Protection contre les pseudo-lanceurs d'alerte: sanctionnés pénalement pour violation de l'obligation au secret si les conditions pour protection ne sont pas remplies (exemple: Luxleaks)

Plan

- I. Historique et raisons du risque pénal
- II. Caractère actuel et pertinent
- III. Protection réelle pour le client
- IV. Protection utile pour le banquier
- V. *Conclusion : où allons-nous ?*

V. Où allons nous?

- Sanction pénale non contestée pour le moment
- Secret bancaire sanctionné pénalement reste un argument de vente pour la place financière: garantie de qualité des services
- Le meilleur gage de protection de la vie privée et des données personnelles du client: mouvance confirmée, en parallèle, par GDPR

Questions?





Contact us to discuss how we can support
your business in Luxembourg

LUXEMBOURG | HONG KONG

Elvinger Hoss Prussen
www.elvingerhoss.lu

NEW YORK

Elvinger Sàrl PLLC
www.elvinger.us



Le risque pénal du banquier en matière de protection des données personnelles

Elisabeth Guissart, Avocat à la Cour

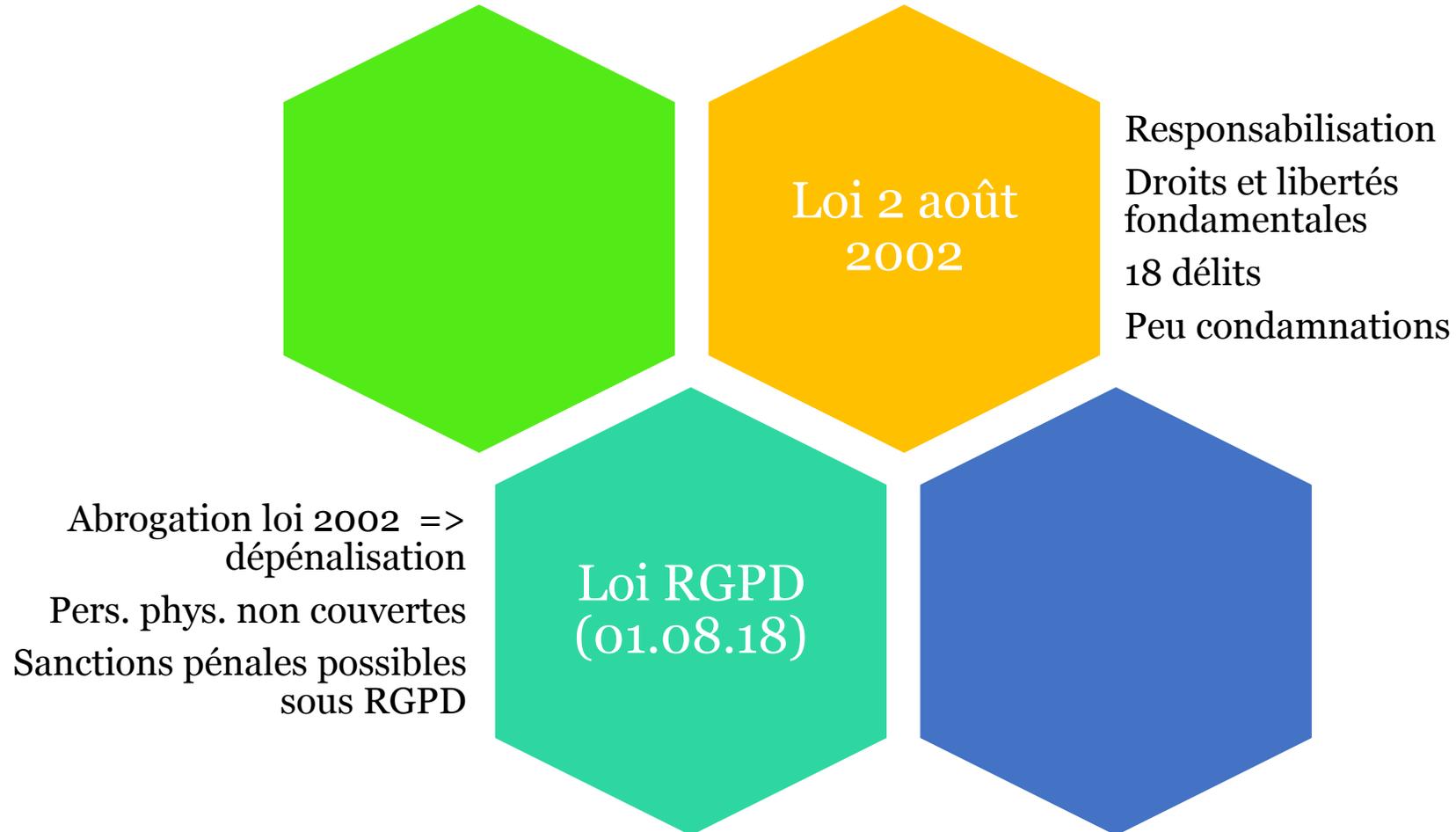
Le risque pénal du banquier en matière de protection des données

Elisabeth GUISSART

Avocat à la Cour

ALJB – 30 janvier 2020

CONTEXTE INTRODUCTIF



PLAN

Séparation hermétique entre protection des données et droit pénal?

- 1. INFRACTIONS PÉNALES SUBSISTANTES**
- 2. BANQUIER VICTIME ET AUTEUR?**
- 3. PROCÉDURE D'ENQUÊTE ET DE SANCTIONS LOURDES**

1. INFRACTIONS PÉNALES SUBSISTANTES

Loi 30 mai 2005 (vie privée communications commerciales)

- Prospection commerciale (art. 11) + Ecoutes tél. et enregistrements (sauf usage commercial licite ou preuve transaction/commun. commerciale) (art. 4)
- €125.000,-/1 an
- Infraction primaire de blanchiment (prosp. comm.)

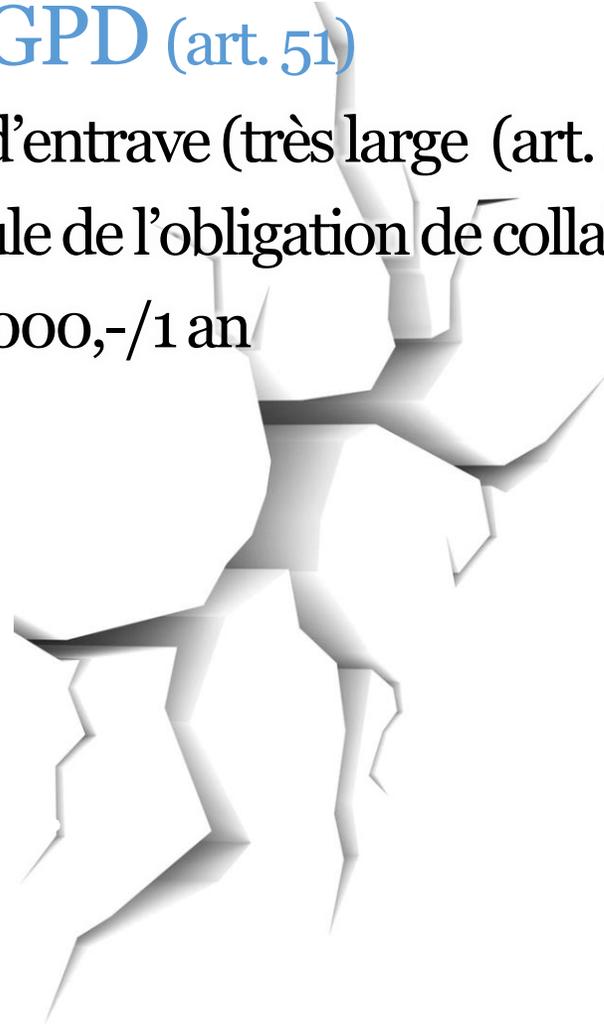
Loi 11 aout 1982 (vie privée)

- Écoutes, surveillance et correspondance (emails non couverts)
- €1.250,-/1 an

1. INFRACTIONS PÉNALES SUBSISTANTES

Loi RGPD (art. 51)

- Délit d'entrave (très large (art. 57 RGPD) – loi 2002 + restrictive)
- Découle de l'obligation de collaborer loyalement
- €125.000,-/1 an



- Portée délit très compliquée
- Obligation collaboration ne saurait primer systématiquement sur l'ensemble des droits fondamentaux et inversement

Séparation hermétique entre protection des données et droit pénal?

1. INFRACTIONS PÉNALES SUBSISTANTES
2. BANQUIER VICTIME ET AUTEUR?
3. PROCÉDURE D'ENQUÊTE ET DE SANCTIONS LOURDES

2. BANQUIER VICTIME ET AUTEUR?

Hypothèse

- Intrusion sur systèmes (ext. ou int.)
- Modification, suppression, vols données

Au pénal

509-1 Cpen.: infract.
informatiques



Victime

RGPD

Violation de données



Auteur ?



2. BANQUIER VICTIME ET AUTEUR?



Violation de données

- « **violation** de la **sécurité** entraînant, de manière accidentelle ou illicite, la **destruction**, la **perte**, l'**altération**, la **divulgation non autorisée** de données à caractère personnel transmises, conservées ou traitées d'une autre manière, ou l'**accès non autorisé** à de telles données »
- obligation d'informer CNPD sous 72h (ou plus tard sur justification)



Ouverture d'une enquête CNPD possible

→ indices de mesures de sécurité inadéquates

2. BANQUIER VICTIME ET AUTEUR?

SUGGESTIONS:

- Examiner le formulaire CNPD en amont
- Mettre en place procédure gestion de crise (comité ad hoc, pers. contact, num. tél., infos à communiquer au management et à CNPD etc.)
- Identifier équipe légale en amont
- En cas de filiales: identifier autorité chef de file, mettre en place modèles standardisés pour collecter informations, etc.



Points d'attention

- Situation de crise
- Simultanément
 - Stopper l'attaque
 - Déposer plainte
 - Envoyer rapport à CNPD sur base d'informations incomplètes

Séparation hermétique entre protection des données et droit pénal?

- 1. INFRACTIONS PÉNALES SUBSISTANTES**
- 2. BANQUIER VICTIME ET AUTEUR?**
- 3. PROCÉDURE D'ENQUÊTE ET DE SANCTIONS LOURDES**

3. PROCÉDURE D' ENQUÊTE

Procédure d'enquête

- Loi RGPD: peu de dispositions (art. 37 à 41 et qq autres dispositions éparses)



CE QUE DIT LOI RGPD:

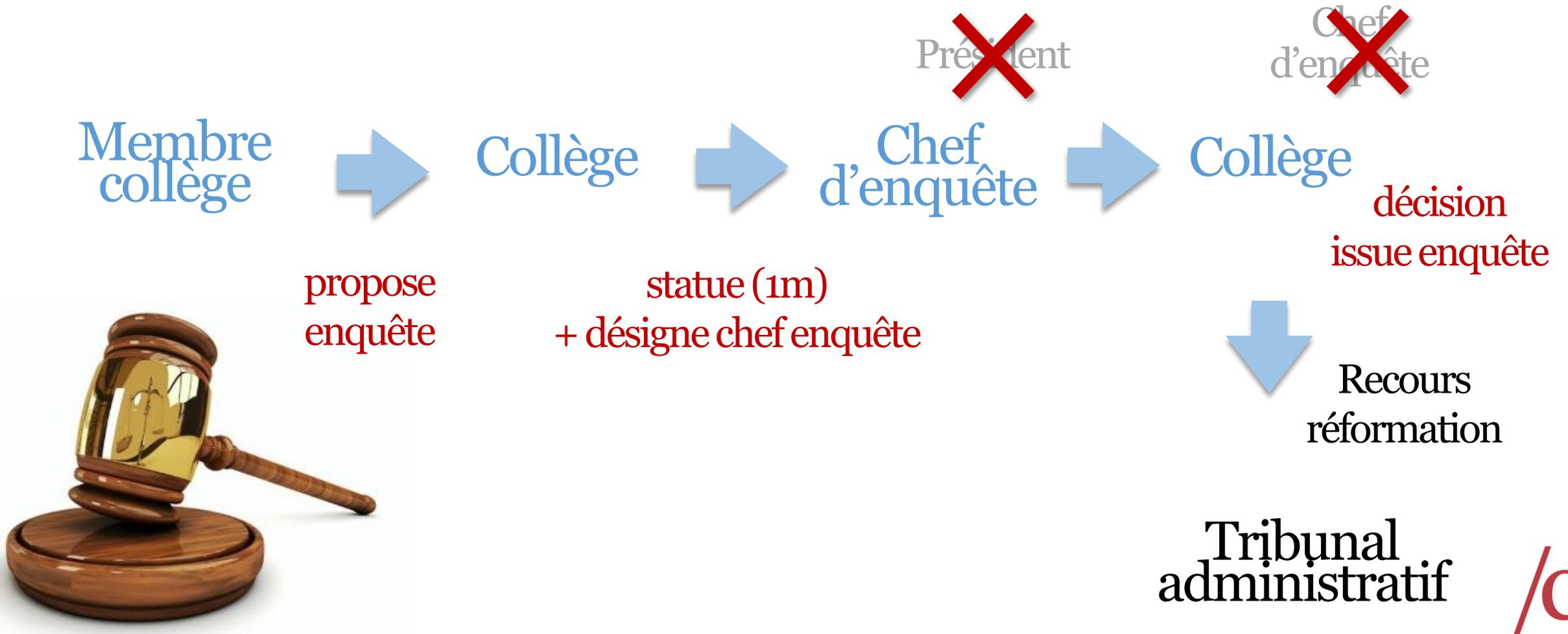
- Sur plainte / propre initiative
- A charge et à décharge
- Respect du principe du contradictoire
- Décision prise par le collège
- Chef d'enquête ne peut siéger
- Secret professionnel
- Règlement de la CNPD pour le surplus

CE QUE DIT RGPD:

- Garanties procédurales adaptées (art. 83)
- Procédure régulière
- Recours juridictionnel effectif
- Impartialité, équité et délai raisonnable (cons. 129)

3. PROCÉDURE D'ENQUÊTE

Loi RGPD: art. 38, 41 et 55



3. PROCÉDURE D'ENQUÊTE : QUESTIONS

Cumul fonctions enquête, instruction, jugement

- Cumul classique
- Impartialité (garanties renforcées)
- Questions pratiques : 4 commissaires et 4 suppléants / “petite” administration

Règlement de la CNPD

- Constitutionnalité?
- Art. 108bis Const.: mesures de détails précises, nature technique et portée pratique?
- Art. 12 et 14 Const.: formes des poursuites réservées à “loi” / principe de légalité des peines?

Mesures de perquisition

- Art 58 RGPD: CNPD dispose du pouvoir « d’obtenir l’accès à tous les locaux du responsable de traitement et du sous-traitant, notamment, à toute installation et tout moyen de traitement, conformément au droit de l’Union ou au droit procédural des Etats membres »
- Organisation pratique laissée aux EM
- Curiosité: absence d’autorisation préalable du Président du tribunal d’arrondissement
- Constitutionnalité? Art. 15 Const.: Loi doit prévoir cas et formes des saisies et perquisition.

3. SANCTIONS LOURDES



Sanctions

- Volonté législateur de prévoir sanctions administratives dissuasives
- Confier répression à une autorité spécialisée
- Montant amendes élevé



Application de certaines garanties procédurales applicables en matière pénale

/c law

THE LUXEMBOURG
IP&IT FIRM.

Elisabeth GUISSART

Avocat à la Cour

(+352) 28 80 90 10

elisabeth.guissart@claw.lu

24, rue Jean l'Aveugle L-1148 Luxembourg

www.claw.lu

Questions?





Le risque pénal du banquier dépositaire d'OPC

*Isabelle Riassetto, Professeur à
l'Université du Luxembourg*



Les activités de conseil du banquier face au droit pénal

Ari Gudmannsson, Avocat à la Cour



Les activités de conseil du banquier face au droit pénal

Ari Gudmannsson, Avocat à la Cour

Introduction (1)

- L'activité de conseil de son client expose le banquier à un grand nombre de risques pénaux
 - Ces risques s'ajoutent aux risques civils potentiellement encourus
- Nécessité pour le banquier d'identifier les risques pénaux auxquels il est susceptible d'être exposé et d'essayer de les mitiger
 - *criminal compliance*
- Problème de la confiance que fait le client à son banquier conseil et notamment quant à la légalité des solutions proposées
- Question de l'imputabilité d'une infraction commise par le client à son banquier conseil
 - Devoir pénal de vigilance ?

Introduction (2)

- Affaires retentissantes à l'étranger, notamment en France
 - *Wildenstein, Wendel, Ricci, UBS, ...*
- Développements législatifs récents contribuent à une exposition accrue en matière de structuration fiscale
 - LRF, adaptation de l'article 506-1 du Code pénal et de la loi sur l'entraide judiciaire, ...
- Risques de blanchiment
- Autres problématiques:
 - Obligation de dénoncer les agissements délictueux du client
 - Exercice illégal de la profession d'avocat

La participation du banquier conseil à une infraction commise par son client (1)

- L'imputabilité au banquier de l'infraction commise par son client → condition de sa responsabilité pénale
- Le banquier co-auteur ou complice
 - Actes de participation positifs et antérieurs ou concomitants à l'infraction principale
 - Actes visés
- Participation punissable
 - Notion de participation punissable
 - Conditions

La participation du banquier conseil à une infraction commise par son client (2)

- Élément moral
 - Le banquier participant doit avoir conscience de s'associer à une infraction et la volonté de le faire
- Participation par omission ou par abstention
 - en France et en Belgique
 - au Luxembourg

L'obligation à charge du banquier de dénoncer les agissements délictueux de son client (1)

- Bases légales
 - Loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (pour mémoire)
 - Article 23(2) du Code de procédure pénale
 - Article 140 du Code pénal
- Existence d'une infraction pénale qualifiée de crime
 - Attention: faux en écritures et usage de faux = crime
 - Erreur de droit / erreur de fait
- Possibilité de prévenir les effets du crime ou de prévenir une récidive

L'obligation à charge du banquier de dénoncer les agissements délictueux de son client (2)

- Applicabilité au banquier des exceptions prévues à l'obligation de dénonciation ?
 - Applicabilité au banquier de l'article 458 du Code pénal ?
 - Faits commis par des personnes autres que le client du banquier
- Sanctions pénales

L'exercice illégal par le banquier conseil de la profession d'avocat (1)

- Base légale
 - Article 41 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat
 - Dispositions similaires dans certains pays étrangers
- Justification du monopole
 - Protection du « consommateur de droit »
- Etendue du monopole au Luxembourg
 - Représentation en justice
 - Consultations juridiques
 - Rédaction d'actes sous seing privé

L'exercice illégal par le banquier conseil de la profession d'avocat (2)

- Exceptions au monopole
 - Conditions → Article 2(3) de la loi de 1991
 - Article 2(3) point 4: « *pour les personnes exerçant une autre activité professionnelle réglementée par la loi ou une profession dont l'accès et l'objet sont réglementés par la loi de donner des renseignements sur le droit applicable au Luxembourg relevant directement de leur activité ou profession et de rédiger des actes juridiques qui constituent l'accessoire nécessaire de la prestation fournie* »
 - Application au banquier
- Sanctions pénales



Ari Gudmannsson

Of Counsel, Dispute resolution /
Criminal Law

ari.gudmannsson@arendt.com

T +352 40 78 78 223



Lutte contre le blanchiment d'argent et le
financement du terrorisme :
Quand le risque pénal du banquier cède
le pas face au risque administratif

*Glenn Meyer, Avocat à la Cour, et
Helena Finn, Avocat*



Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : quand le risque pénal du banquier cède le pas au risque administratif

Glenn Meyer, Avocat à la Cour

Helena Finn, Avocat

Introduction

- Le banquier est devenu un **adjoind (de plus en plus actif)** dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (« **LB-FT** »)
- **Les obligations professionnelles** relatives à la LB-FT sont au centre des préoccupations du banquier
- Texte principal : **loi du 12 novembre 2004 relative à la LB-FT** (« **Loi de 2004** ») (mais prolifération et complexification accrue des textes en la matière)
- Obligations sanctionnées **pénalement et administrativement**
- Un risque de **sanctions omniprésent**
- Ne pas confondre avec le **risque de blanchiment** et de **complicité de blanchiment**



Introduction

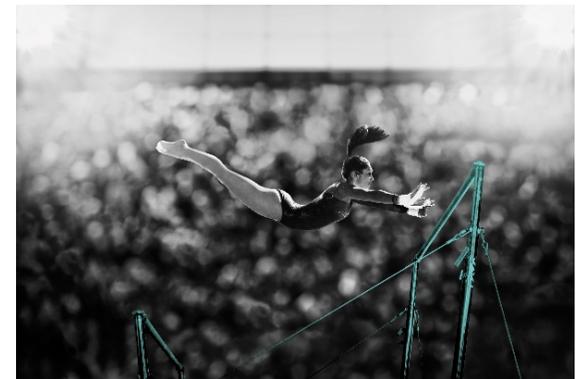
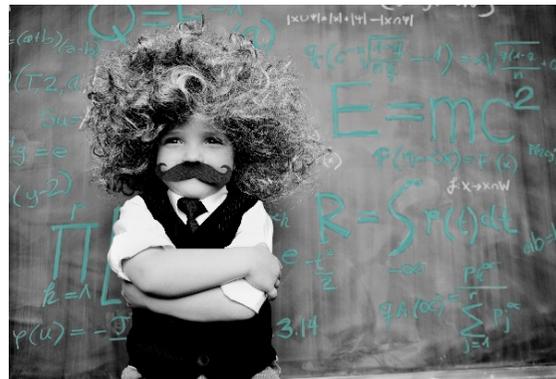
I. Risques encourus par le banquier en la matière – un parcours semé d’embûches

- A. Se conformer avec des textes parfois peu clairs : l’exemple du concept de bénéficiaire effectif (« **BE** »)
- B. Le Banquier devenant jongleur : la difficile articulation entre la Loi de 2004 et d’autres dispositions légales

II. Risque pénal vs. risque administratif du banquier

- A. Le risque pénal est-il voué à passer au second plan ?
- B. Quelle est l’ampleur du risque de sanction administrative ?

I. Risques encourus par le banquier en la matière – un parcours semé d’embûches



I. Risques encourus par le banquier en la matière – un parcours semé d’embûches

A. Se conformer à des textes parfois peu clairs : l’exemple du concept de BE

- **Concept de BE** – une définition à géométrie variable
- **Illustration récente** – loi du 13 janvier 2019 instituant un registre des BE
- **Exemples concrets**



Contrôle par d’autres moyens ?

Trust dans la chaîne actionnariale, un changement d’approche ?

Le dirigeant principal, un concept peu clair ?

I. Risques encourus par le banquier en la matière – un parcours semé d’embûches

B. Le Banquier jongleur : la difficile articulation entre la Loi de 2004 et d’autres dispositions légales

- **Exemple concret** : l’obligation de conservation des documents, données et informations en matière de LB-FT
- **Quel délai** de conservation retenir face à de multiples sources légales ?
 - Loi de 2004 (Art. 3(6) le délai de base)
 - Extensions possibles ?
 - Code de commerce (Art. 16 et 189)
 - Exigence de suppression (RGPD)

Comment réconcilier le tout ?



I. Risques encourus par le banquier en la matière – un parcours semé d’embûches

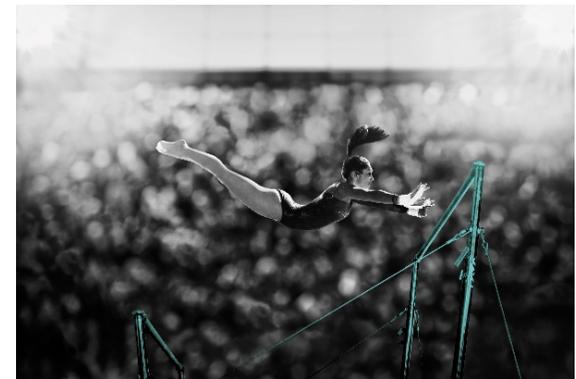
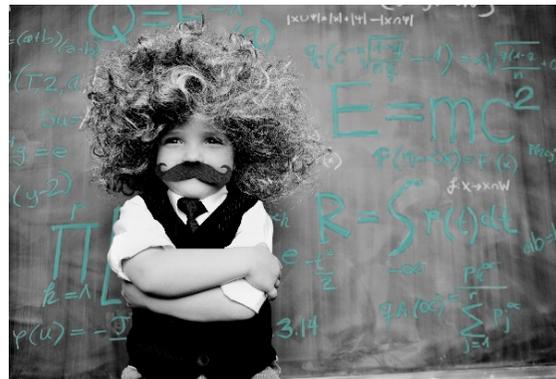
B. Le Banquier jongleur : la difficile articulation entre la Loi de 2004 et d’autres dispositions légales

- **Autre exemple concret** : l’obligation de mettre en place des politiques et procédures à l’échelle du groupe (“*partage d’informations aux fins de LB-FT*”) (Art. 4-1 (1) Loi de 2004)
- Mais **quelles informations** concrètement ?
 - Texte muet
 - AML IV peu explicite sur la question
 - Impact des lignes directrices du GAFI



Tout n’est pas permis : quid du **secret bancaire** ?

II. Risque pénal vs. risque administratif du banquier



II. Risque pénal vs. risque administratif du banquier

A. Le risque pénal est-il voué à passer au second plan?

- **Objectif de la Loi de 2004** – double sanction pénale et administrative
- Que vise la sanction pénale?
 - Le type d’infraction (délit correctionnel – sanction infamante par excellence)
 - Le type de sanction (amende)
 - L’ampleur de la sanction (EUR 12.500 à 5.000.000)
- **Jurisprudence plutôt sévère**
 - Poids du sciemment s’estompe dans les faits
 - Omission retenue en tant qu’ « intention de fait »



II. Risque pénal vs. risque administratif du banquier

B. L'ampleur du risque de sanction administrative

- **Typologie des sanctions administratives** (Art. 8-4 et s. Loi de 2004)
 - Sanctions par défaut
 - Cas particulier du banquier

- **Ampleur des sanctions administratives** souvent retenues
 - Une main de plus en plus lourde ?
 - Propension répressive : l'omission sanctionnée
 - Amendes toujours plus élevées
 - *Name and shame* et ses conséquences
 - Quid du *ne bis in idem* ?



Conclusion

Quel est le vrai risque du banquier?

	Sanction pénale	Sanction administrative
Risque financier	EUR 12.500 à 5.000.000	EUR 1.250.000 à 5.000.000 ou 10% du chiffre d'affaires
Risque de réputation	Casier judiciaire (pers. physique)	Publication sur le site de la CSSF
Procédure	Pénale	Administrative (CSSF puis tribunal administratif)
Probabilité de sanction au vu de la jurisprudence	Moyen	Élevé



Glenn Meyer

Partner, Banking and Financial Services

glenn.meyer@arendt.com

T +352 40 78 78 352



Helena Finn

Associate, Banking and Financial Services

helena.finn@arendt.com

T +352 40 78 78 831



Le principe *ne bis in idem* ou la
quête de l'immunité pénale par le
banquier sanctionné par la CSSF

Marie Marty, Avocat

L E PRINCIPE *NE BIS IN IDEM*
**OU LA QUÊTE DE L'IMMUNITÉ PÉNALE PAR
LE BANQUIER SANCTIONNÉ PAR LA CSSF**

Marie MARTY

Avocate

Docteure en Droit



**Le risque pénal du
banquier**

30 janvier 2020

SIGNIFICATION DU PRINCIPE *NE BIS IN IDEM*

- Interdiction du **cumul** de poursuites/sanctions **pénales** pour punir un **même fait**
- **Justification du principe** : sécurité juridique, sûreté individuelle, humanité
- Application du principe à la matière administrative ?

Le banquier luxembourgeois peut-il se prévaloir du principe *ne bis in idem* pour éviter un cumul de sanctions administrative et pénale ?

NE BIS – UN JUGEMENT DÉFINITIF EN MATIÈRE PÉNALE

- Procédure **clôturée définitivement** (instruction/poursuites concomitantes possibles)
- Condamnation ou acquittement

NE BIS – UN JUGEMENT DÉFINITIF EN MATIÈRE PÉNALE

- Question cruciale : est-ce que les sanctions qui peuvent être prononcées par la CSSF relèvent de la matière pénale ?

- « Oui, mais... »

NE BIS – UN JUGEMENT DÉFINITIF EN MATIÈRE PÉNALE

- **Critères Engel (CEDH)/ Bonda (CJUE)**
 1. Qualification juridique en droit interne
 2. Nature de l'infraction
 3. Sévérité de la sanction

NE BIS – UN JUGEMENT DÉFINITIF EN MATIÈRE PÉNALE

- **Critères Engel (CEDH)/ Bonda (CJUE)**

1. Qualification juridique en droit interne

- 2. Nature de l'infraction :**

- Caractère général de la règle
- Intérêts protégés : intégrité des marchés financier
- But de la sanction : dualité répressive/préventive

ex. des interdictions d'exercer

3. Sévérité de la sanction

NE BIS – UN JUGEMENT DÉFINITIF EN MATIÈRE PÉNALE

- **Critères Engel (CEDH)/ Bonda (CJUE)**
 1. Qualification juridique en droit interne
 2. Nature de l'infraction
 - 3. Sévérité de la sanction**
 - Nature ou montant
 - Sanction **encourue** et non subie
ex. des amendes administratives

IN IDEM– UN MÊME COMPORTEMENT

- **Un même auteur** : possibilité de poursuivre le dirigeant après la sanction de la personne morale
- **Les mêmes faits** :
 - **Identité de faits matériels** : ensemble de circonstances factuelles indissociablement liées entre elles dans le temps et dans l'espace
 - Indifférence de la qualification juridique
 - Indifférence de l'intérêt protégé

UN ENSEMBLE RÉPRESSIF INTÉGRÉ

- Ensemble répressif pénal et quasi-pénal cohérent
- Permettrait un cumul de sanctions de même nature

UN ENSEMBLE RÉPRESSIF INTÉGRÉ

1. Procédures liées par un lien matériel étroit
2. Procédures liées par un lien temporel étroit
3. Cumul de sanction proportionné

UN ENSEMBLE RÉPRESSIF INTÉGRÉ

1. Procédures liées par un lien matériel étroit
 - Complémentarité des sanctions
 - Prévisibilité
 - Coordination des procédures : menées de concert, interaction
2. Procédures liées par un lien temporel étroit
3. Cumul de sanction proportionné

UN ENSEMBLE RÉPRESSIF INTÉGRÉ

1. Procédures liées par un lien matériel étroit
2. Procédures liées par un lien temporel étroit
 - Indispensable : chevauchement des procédures, sanctions rapprochées
 - Pas de simultanéité exigée
3. Cumul de sanction proportionné

UN ENSEMBLE RÉPRESSIF INTÉGRÉ

1. Procédures liées par un lien matériel étroit
2. Procédures liées par un lien temporel étroit
3. Cumul de sanction proportionné
 - Charge subie non excessive
 - Mécanisme compensatoire

L E BANQUIER LUXEMBOURGEOIS FACE AU CUMUL DE SANCTIONS PÉNALES ET QUASI-PÉNALES

- Absence d'ensemble répressif intégré
- Absence de visibilité et de sécurité juridique pour le justiciable
- Immunité pénale ?

QUESTIONS ?

Marie MARTY

Lutgen et Associés

(+352) 27 35 27

mma@lutgen-associes.com



Le droit de ne pas s'auto-incriminer
et le délit d'entrave

Rosario Grasso, Avocat à la Cour



La confiscation, un outil efficace de lutte contre la criminalité

Valérie Kopéra, Avocat à la Cour

Thierry Pouliquen, Avocat à la Cour

LA CONFISCATION, UN OUTIL EFFICACE DE LUTTE CONTRE LA CRIMINALITE

Le risque pénal du banquier – Conférence ALJB

30 janvier 2020

Valérie Kopéra, Avocat à la Cour

Thierry Pouliquen, Avocat à la Cour

POULIQUEN & CARAT ASSOCIÉS
AVOCATS À LA COUR - LUXEMBOURG

PLAN DE LA CONTRIBUTION (1/2)

Introduction

Chapitre I. Historique et évolution du droit de la confiscation

Section 1. Le régime avant la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines, la confiscation spéciale comme peine accessoire

Section 2. Le régime de droit commun introduit par la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines, la confiscation spéciale comme peine principale

Section 3. Le régime dérogatoire de la confiscation spéciale appliquée à la seule infraction de blanchiment de fonds

Section 4. La fusion des deux régimes de la confiscation et l'établissement d'un régime commun

Section 5. Les Recommandations du GAFI et leur impact sur le régime luxembourgeois de la confiscation spéciale

Section 6. La dernière étape du régime de la confiscation, l'ouverture du champ d'application de la confiscation et son détachement au principe de la personnalité des peines

PLAN DE LA CONTRIBUTION (2/2)

Chapitre II. La saisie pénale, instrument de préparation à la confiscation

Section 1. Le régime de droit commun de la saisie pénale

§ 1. La notion de saisie pénale

§ 2. Le banquier face à une mesure de saisie

Section 2. La primauté relative de la saisie pénale sur les procédures civiles d'exécution

§ 1. La solution apportée par le juge civil

§ 2. La réponse législative introduite dans le Code de procédure pénale et le Nouveau Code de procédure civile

Section 3. La saisie pénale immobilière

Section 4. Les types particuliers de perquisitions et de saisies auprès des établissements de crédit

CONCLUSION

EN QUELQUES MOTS

- ❑ Double objectif : punir et affaiblir l'économie des réseaux criminels (priver le délinquant du produit de son activité)
- ❑ Peine qui existe depuis l'origine du Code pénal luxembourgeois
- ❑ Profonde réforme du régime ces dernières années : champ d'application et conditions de mise en œuvre
- ❑ Efficacité de la peine de confiscation renforcée par le rôle de garantie conféré à la saisie pénale
- ❑ Obligation de vigilance et de délicatesse du banquier renforcée :
 - devoir composer entre ses obligations contractuelles vis-à-vis de son client et son obligation de coopération avec les autorités saisissantes
 - double obligation au secret : entre secret bancaire et secret de l'instruction.

QU'EST-CE QUE LA CONFISCATION ?

- ❑ Pas de définition dans le Code pénal ni dans le droit pénal particulier
- ❑ Selon la jurisprudence :

« la confiscation constitue une peine ou, plus rarement, une mesure de sûreté prononcée dans le cadre du jugement au fond qui consiste dans le retrait, par voie d'autorité, de la chose confisquée du patrimoine du condamné. La propriété des biens visés par la confiscation est transférée au Trésor public ou plus exceptionnellement à la partie civile ».

Evolution du champ d'application par de nombreuses réformes qui ont abouti au texte actuel (article 31 du Code pénal). La dernière étape est la transposition de la directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 (concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne) par la loi du 1^{er} août 2018.

Art. 31.

(1) La confiscation spéciale est toujours prononcée pour crime, elle peut l'être pour délit. Elle n'est prononcée pour contravention que dans les cas déterminés par la loi.

(2) 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 ou dont il a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi ;

3° aux biens qui ont été substitués à ceux visés au point 1o du présent paragraphe, 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 au point 1o du présent paragraphe, si ceux-ci ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation ;

5° aux biens de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine, s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins quatre ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect.

(3) En cas d'infraction de blanchiment visée aux articles 506-1 à 506-8 et en cas d'infractions visées aux articles 112-1, 135-1 à 135-6, 135-9 et 135-11 à 135-16, la confiscation spéciale s'applique aux biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre l'infraction.

La confiscation des biens visés à l'alinéa 1^{er} est prononcée, même en cas d'acquittement, d'exemption de peine, d'extinction ou de prescription de l'action publique.

CARACTÉRISTIQUES

- ❑ Peine prononcée par le juge du fond
- ❑ Peine spéciale (confiscation générale de l'ensemble du patrimoine du condamné interdite par l'article 17 de la Constitution)
- ❑ Peine accessoire ou principale (depuis la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines)
- ❑ Etendue très large des biens concernés (article 31 (2) point 1°)
- ❑ Biens dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition (article 31 (2) point 2°) – L'article 32 règle les droits des tiers de bonne foi et la procédure en restitution
- ❑ Confiscation de substitution et confiscation de la valeur (article 31 (2) points 3° et 4°)
- ❑ Elargissement au patrimoine global en l'absence de justification de l'origine des biens dont la confiscation est envisagée (nul besoin d'établir un lien entre l'infraction d'origine et l'existence des biens)
- ❑ Régime commun mais avec des spécificités pour l'infraction de blanchiment (confiscation « mesure de sûreté », même pour les biens qui ne sont pas la propriété ou à la disposition de l'auteur de l'infraction).

CRITIQUES

- ❑ Extension du champ d'application de la confiscation répond à des exigences du GAFI
- ❑ Abandon du lien à établir entre les biens à confisquer et l'infraction sous-jacente
- ❑ Volonté de rendre la peine plus efficace = rendre plus facile la possibilité de prononcer la peine de confiscation en pratique
- ❑ Extension du champ d'application à des biens qui ne sont pas nécessairement la propriété du condamné
- ❑ Compatibilité de ce nouveau régime aux droits fondamentaux :
 - Principe de la personnalité des peines
 - Protection du droit de la propriété
 - Principe d'égalité
- ❑ Rôle et suprématie en droit national de normes internationales non contraignantes comme les recommandations du GAFI.

ÉVOLUTION A VENIR

Projet de loi 7452 qui vise à répondre aux manquements soulevés par la Commission européenne et il est notamment proposé :

- de créer un bureau de gestion et de recouvrement des avoirs (« BGRA ») sous la surveillance administrative du Procureur général d'État qui sera chargé de la gestion et du recouvrement des biens saisis lui confiés avec possibilité de procéder à une enquête sur le patrimoine si les biens identifiés sont insuffisants pour couvrir l'exécution d'une décision de confiscation
- d'adapter les dispositions de l'article 3-6 du Code pénal concernant l'accès à l'avocat pour toute personne justifiant d'un droit sur un bien placé sous la main de la justice
- d'adapter le régime de la confiscation afin de pouvoir exécuter effectivement les décisions de confiscation comme il est requis par la directive susvisée
- d'adapter certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale, ainsi que de la loi modifiée sur l'organisation judiciaire afin de faire concorder leurs dispositions avec le présent projet.

QU'EST-CE QUE LA SAISIE PÉNALE ?

- ❑ Mesure d'instruction mise à la disposition du juge d'instruction
- ❑ Utile à la manifestation de la vérité et à la sauvegarde des intérêts des parties
- ❑ Mesure provisoire qui vise à garder certains biens sous l'autorité de la justice
- ❑ Peut porter sur des biens susceptibles d'être confisqués, mais pas uniquement.

L'article **66 (1)** du Code de procédure pénale dispose :

« Le juge d'instruction opère la saisie de tous les objets, documents, effets, données stockées, traitées ou transmises dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données et autres choses visées à l'article 31 (3). »

L'article **31 (3)** du Code de procédure pénale, consacré aux crimes et délits flagrants, définit les biens susceptibles de faire l'objet d'une saisie pénale :

« Il saisit les objets, documents, données stockées, traitées ou transmises dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données 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. »

PROBLÉMATIQUE RENCONTRÉE : CONCURRENCE ENTRE SAISIE PÉNALE ET SAISIE CIVILE

Réponse législative : primauté relative de la saisie pénale sur les procédures civiles d'exécution (loi du 1^{er} août 2018 portant modification du Code pénale et du Code de procédure pénale)

Trois principes :

- (1) le principe d'inaliénabilité des biens saisis dans le cadre d'une procédure pénale à compter de la date à laquelle la saisie pénale devient opposable et jusqu'à sa mainlevée ou la confiscation du bien saisi :
- (2) le principe de la suspension de toute procédure civile d'exécution sur le bien objet de la saisie pénale, antérieure à la saisie pénale
- (3) le principe de l'interdiction de toute procédure civile d'exécution sur le bien objet de la saisie pénale.

Article 66 paragraphe 7 du Code de procédure pénale :

« Nul ne peut valablement disposer des biens saisis dans le cadre d'une procédure pénale. À compter de la date à laquelle elle devient opposable et jusqu'à sa mainlevée ou la confiscation du bien saisi, la saisie pénale suspend ou interdit toute procédure civile d'exécution sur le bien objet de la saisie pénale.

Pour l'application du présent article, le créancier ayant diligenté une procédure d'exécution antérieurement à la saisie pénale est de plein droit considéré comme titulaire d'une sûreté sur le bien, prenant rang à la date à laquelle cette procédure d'exécution est devenue opposable. »

Article 689 du Nouveau Code de procédure civile, nouvel alinéa 2 et alinéa 3 :

« Il ne sera procédé à aucune saisie mobilière ou immobilière qu'en vertu d'un titre exécutoire, et pour choses liquides et certaines ; si la dette exigible n'est pas d'une somme en argent, il sera sursis, après la saisie, à toutes poursuites ultérieures, jusqu'à ce que l'appréciation en ait été faite.

La saisie pénale suspend ou interdit toute procédure civile d'exécution sur le bien objet de la saisie pénale.

Pour l'application du présent article, le créancier ayant diligenté une procédure d'exécution antérieurement à la saisie pénale est de plein droit considéré comme titulaire d'une sûreté sur le bien, prenant rang à la date à laquelle cette procédure d'exécution est devenue opposable. »

LES TYPES PARTICULIERS DE PERQUISITIONS ET DE SAISIES AUPRÈS DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

La loi du 27 octobre 2010 a introduit dans le Code de procédure pénale des mesures spécifiques visant à faciliter la communication par les établissements de crédit d'informations et de documents bancaires concernant certains comptes ouverts auprès de ces établissements.

Il s'agit de quatre dispositions régissant respectivement :

- la demande d'informations sur l'existence de comptes bancaires (art. 66-2)
- la demande de suivi de transactions bancaires (art. 66-3)
- la demande d'informations sur l'exécution de transactions bancaires (art. 66-4)
- ainsi que les questions procédurales y relatives (art. 66-5).

Prochain outil : Le système électronique central de recherche de données concernant des comptes de paiement et des comptes bancaires identifiés par un numéro IBAN et des coffres-forts tenus par des établissements de crédit au Luxembourg (projet de loi n° 7512).

QUEL EST LE ROLE DU BANQUIER FACE A CES MESURES ?

- ❑ Le banquier n'est pas juge de l'opportunité ou de la régularité des saisies opérées entre ses mains
- ❑ Pendant la phase conservatoire, le banquier, en tant que tiers saisi, est le gardien des biens saisis
- ❑ Lors de la phase d'exécution, il assure le transfert de la propriété des biens saisis à qui de droit
- ❑ Une double obligation au secret : l'une vis-à-vis de son client, envers lequel il est tenu au secret bancaire, et l'autre à l'égard des autorités saisissantes, en particulier en matière pénale où règne le secret de l'instruction
- ❑ Exception au principe du secret (article 458 du Code pénal) : témoignage en justice et intérêt public
- ❑ Le banquier doit bien veiller à ne se libérer de biens ou d'informations relatifs à son client ou à sa fortune qu'avec l'autorisation de la justice (ordonnance de perquisition, décision de confiscation, décision de validation d'une saisie civile, etc.), et/ ou des autorités compétentes de la saisie
- ❑ Le banquier ne saurait agir sur la base d'instructions unilatérales données par une partie, sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Thank you for your attention

Me Valérie KOPERA

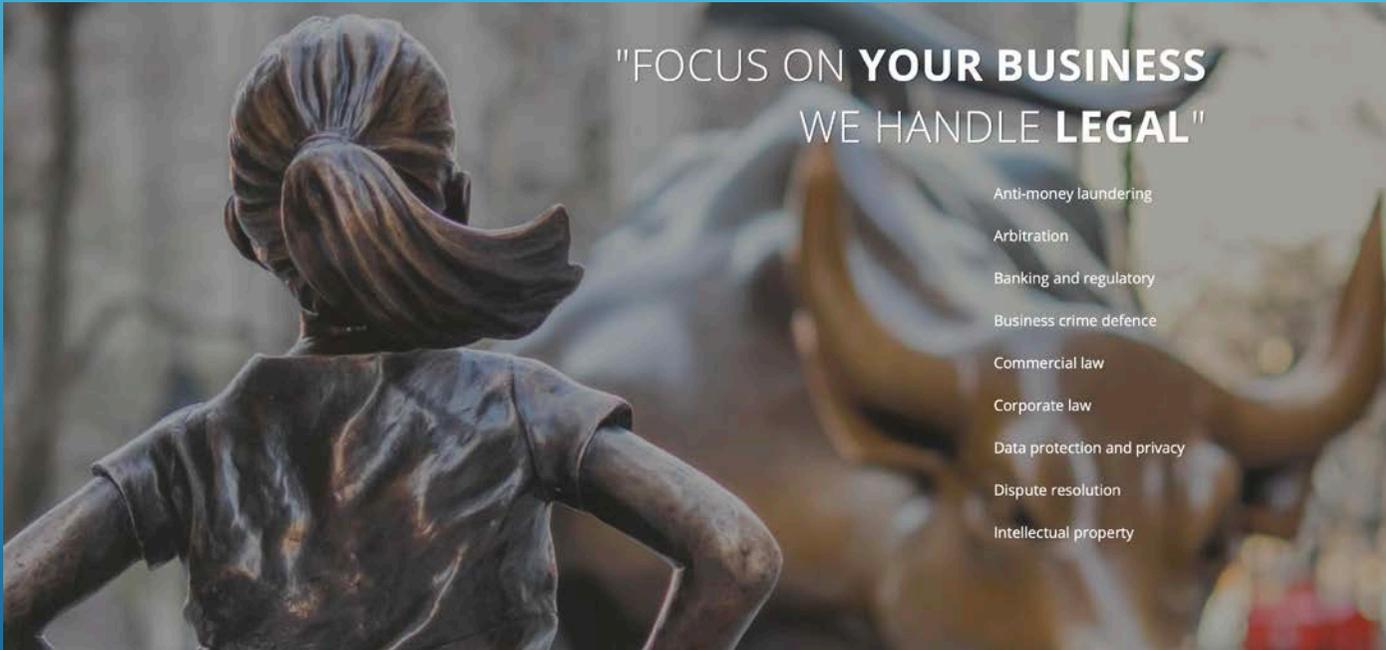
vkopera@pcassocies.lu ▪ +352.277.50.503

16 avenue Marie Thérèse ▪ L-2132 Luxembourg

Me Thierry POULIQUEN

tpouliquen@pcassocies.lu ▪ +352.277.50.502

www.pcassocies.lu



POULIQUEN & CARAT ASSOCIÉS
AVOCATS À LA COUR - LUXEMBOURG