

Compétence juridictionnelle internationale

LUTGEN+ASSOCIES

Me André LUTGEN
Avocat au Barreau de Luxembourg

Risque de poursuite à l'étranger pour des faits commis à Luxembourg

- Il suffit qu'un élément constitutif de l'infraction ait été commis sur le territoire de l'État où la poursuite est exercée.
- Coréité (Co-auteur) ou complicité.

Le principe de la territorialité ou l'ubiquité objective

- *“Art. 113-2 CP: La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lorsqu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire.”*
- Réalisation effective d'une intention criminelle unique

Le principe de la territorialité ou l'ubiquité objective

- *“Art. 113-2 CP: La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lorsqu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire.”*
- Réalisation effective d'une intention criminelle unique

La compétence personnelle

- Aut tradere aut judicare (ou extradere ou iudicare)
- Compétence universelle

La Coréité

Art. 121-4 du Code pénal français: « *Est auteur de l'infraction la personne qui :*

- *Commet les faits incriminés ;*
- *Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. »*

La Complicité

- Art. 121-7 du Code pénal français: « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.*
- *Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »*

Responsabilité pénale des personnes morales

Luxembourg loi 3 mars 2010

France NCP 1994

Belgique 1999

- Tant les personnes morales de droit national que de droit étranger peuvent faire l'objet de poursuites
- Cumul des responsabilités :
- La personne physique ayant commis l'infraction peut être également poursuivie.
- Libre choix du parquet
- # non bis in idem absence d'identité de personnes

Responsabilité des personnes morales

- Il faut que l'infraction ait été commise
 - par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait
 - cette notion de dirigeant de fait se trouve déjà dans la de droit de la faillite
 - obligation accrue de bien documenter les délégations
- au nom et dans l'intérêt de la personne morale
 - conditions devant être réunies cumulativement
 - « peuvent être considérées comme infractions réalisées dans l'intérêt de la personne morale toutes celles qui ont été sciemment commises par le(s) dirigeant(s) d'une personne morale en vue d'obtenir un gain ou un profit financier pour la personne morale ou encore en vue de réaliser des économies en sa faveur ou de lui éviter des pertes » (projet de loi)
 - l'intérêt de la personne morale ne doit pas nécessairement s'analyser en une notion à connotation patrimoniale
 - # les infractions commises à l'encontre des intérêts de la société n'entrent pas en ligne de compte

Sanctions applicables aux personnes morales

- Les sanctions sont :
- l'amende, qui peut être portée au double de l'amende applicable aux personnes physiques, plafonnée à €750,000.
- La confiscation spéciale ;
- l'exclusion de la participation à des marchés publics ;
- la dissolution, (art. 38)
 - La dissolution de la société peut être prononcée lorsque, intentionnellement, la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine privative de liberté supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés. Le seuil de trois ans est une peine très répandue en droit pénal spécial.
 - La dissolution n'est pas applicable aux personnes morales de droit public dont la responsabilité est susceptible d'être engagée. (Syndicats de communes, établissements publics etc.)
 - La décision prononçant la dissolution de la personne morale comporte renvoi de celle-ci devant le tribunal compétent pour procéder à la liquidation, donc devant le tribunal de commerce.

Exemple

PANEUROLIFE

- *« pour avoir, sur l'ensemble du territoire national, depuis temps non prescrit et en tout cas depuis 1996, apporté son concours à des opérations de placement, de dissimulation, et de conversion de produit direct ou indirect de délits et facilité auprès de ses clients la justification mensongère de l'origine des biens et des revenus des auteurs de délits ayant procuré à ceux-ci un profit direct ou indirect, et ce de façon habituelle et en utilisant les facilités et procurées par l'activité de courtier professionnel et de professions réglementées. »*

Responsabilité personnelle fiscale pour dette d'impôt

Article 1691 Code Général des Impôts France

- *« Les individus qui, en application de l'article 1742, ont été condamnés comme complices de contribuables s'étant frauduleusement soustraits ou ayant tenté de se soustraire frauduleusement au paiement de leurs impôts soit en organisant leur insolvabilité, soit en mettant obstacle, par d'autres manœuvres, au paiement de l'impôt, sont tenus solidairement avec les contribuables au paiement desdits impôts. »*

De nos jours la lutte contre la corruption transfrontière: une priorité

- Phénomène de lutte mondiale (au niveau du droit)
- Convention OCDE du 21 novembre 1997
- Convention du Conseil de l'Europe 27 janvier 1999 (46 États, convention ouverte, USA ont adhéré)

Visée des incriminations de plus en plus larges

- Loi du 15 janvier 2001, complétée par loi du 23 mai 2005 incrimine:
 - Toute fourniture d'avantage à une personne publique (instance nationale ou internationale) ou privée (administrateur ou employé, mandataire externe) pour obtenir un acte de sa fonction.
 - Lieu de situation de la personne corrompue indifférent.

Les infractions principales en matière de blanchiment

- Financement du terrorisme
- Trafic de stupéfiants
- Association de malfaiteurs organisation criminelle
- Enlèvement des mineurs, proxénétisme
- Trafic d'armes
- Corruption publique et privée
- Fraude aux intérêts financiers de l'État et des institutions internationales
 - À Luxembourg: seuil 6 mois + liste spécifique:
 - a) Abus de biens sociaux
 - Faux, usage de faux, faux bilan et usage de faux bilan (seuil supérieur à 6 mois)
 - b) Escroquerie, abus de confiance, extorsion, commerce illicite de médicaments, sauvegarde du patrimoine culturel, commerce d'organes, emploi illicite de main-d'œuvre étrangère, droits d'auteur, protection de la nature, pollution de l'atmosphère, établissements classés, protection et gestion de l'eau, gestion des déchets, douanes et accises, abus de marché, délit d'initiés, (liste énumérative)

Provisoirement exclu comme infraction primaire

La fraude fiscale et l'escroquerie en matière d'impôts (directs et indirects : Abgabenordnung et loi de 1948 enregistrement) provisoirement exclu du nombre des infractions principales

Le GAFI veut en faire une infraction principale selon ses recommandations. La Commission Européenne est en train d'élaborer la 4^{ème} directive anti-blanchiment. L'inclusion de l'obligation de déclaration de fraude fiscale (escroquerie fiscale) est à prévoir.

Problème majeur:

- l'obligation de déclaration de soupçons coïncide - à Luxembourg - exactement avec les infractions principales.
- Solution: création d'une autorité indépendante (genre TRACFIN) en charge de recevoir les déclarations de soupçons

L'obligation de déclaration de soupçons

Article 26 – 2 code d'instruction criminelle

- *«Dans le cadre de la coopération internationale pour la lutte contre le blanchiment..., le procureur d'État peut communiquer aux autorités d'un autre État responsable de la lutte contre le blanchiment, des informations sur des actes blanchiment» (ainsi que définis comme tels en droit luxembourgeois). «Cette communication ne peut se faire que sous la réserve que les autorités réceptrices utilisent les informations transmises qu'aux seules fins de lutte contre le blanchiment et aux conditions que ces informations tombent sous le secret incombant à l'autorité qui les reçoit et que celle-ci ne les communique à des tierces personnes ou à une autre autorité qu'après avoir recueilli l'accord exprès du procureur d'État de Luxembourg».*

Groupe EGMONT

- Echange d'information entre cellules d'information actuellement plus de 100 pays membres

L'obtention de preuves et l'exécution transfrontière

- Les possibilités de poursuite transfrontières étant quasi illimitées il conviendra d'examiner
 - L'obtention des preuves
 - Les possibilités d'exécution
 - Une parade éventuelle

L'obtention transfrontière des preuves

- En matière pénale de facto uniquement limité par l'exigence de la double incrimination

- *«...l'organisation ou la mise en place d'une structure sociétaire conformément à la législation en vigueur n'est pas automatiquement à assimiler à une association de malfaiteurs voire une organisation criminelle. »*
- (chambre du conseil Cour 21 octobre 2005)

Arrêt cour supérieure de justice 13 février 2007

- *« Il n'est pas expliqué à suffisance pour établir une qualification en droit pénal luxembourgeois dans quelle mesure les opérations financières de la société appelante se rapporteraient au produit d'infractions perpétrées par les membres d'une organisation, les autorités russes omettant d'ailleurs d'indiquer une opération précise effectuée dans un but de blanchiment par la société appelante. »*

- *« Ni le fait par plusieurs personnes d'opérer un transfert des pouvoirs de l'organe exécutif d'une société à une autre organisation affiliée, ni celui de procéder à l'organisation ou à la mise en place de structures sociétaires s'adonnant à des transactions financières n'est en effet automatiquement à assimiler à une association de malfaiteurs, voire à une organisation criminelle, mais il appartient à l'autorité sollicitant l'exécution d'une perquisition au Luxembourg de préciser en quoi de telles opérations sont susceptibles de constituer des entraves à la loi pénale tant dans l'État requérant qu'au pays requis. »*

Entraide administrative fiscale art. 26 convention modèle OCDE

- Loi du 31.03.2010 et traités de non double imposition et d'assistance judiciaire
- Tout secret professionnel doit pouvoir être levé
- Limité à des impôts échus ou à échoir à partir d'une certaine date. Dans la plupart des traités 1^{er} janvier 2010.

La pertinence vraisemblable ou la pêche aux renseignements

entraide administrative art 26 OCDE

- « Il n'est pas loisible aux Etats contractants "d'aller à la pêche aux renseignements" c'est à dire de demander des renseignements dont il est peu probable qu'ils aient un lien avec une enquête ou contrôle en cours, respectivement d'émettre des demandes de renseignements de nature spéculative qui n'apparaissent pas avoir de liens apparents avec une enquête ou des investigations en cours ou encore demander de manière erratique, fortuite, des renseignements relatifs à des comptes bancaires détenus par leurs nationaux dans un Etat requis. (*to request information randomly on bank accounts held by its residents in banks located in the other State*)

Le mandat européen d'extradition

- Permet l'extradition moyennant procédure simplifiée pour la plupart des infractions pouvant viser un banquier ou autre PSF.
- Même si l'extradition du chef de fraude fiscale simple n'est pas prévue, ni du chef de blanchiment de fraude fiscale, elle est prévue:
 - pour fraude, falsification de documents administratifs, corruption, blanchiment de produits du crime, participation à une organisation criminelle et escroquerie en matière d'impôts
- Les nationaux peuvent être extradés.
- Elle peut être refusée pour des faits commis en tout ou en partie sur le territoire luxembourgeois
- Le pays requis se voit interdire de vérifier la double incrimination au-delà de la liste

Les moyens de contrainte contre les personnes en
déplacement:
La garde à vue
à l'exemple de la France

- Qui peut en faire l'objet?
- Toute personne dont la police a « *des raisons plausibles de soupçonner* » qu'elle est l'auteur d'un crime ou d'un délit
- Pouvoirs aussi larges pour la douane sur l'ensemble du territoire national
- Le représentant d'une personne morale, comparant pour celle-ci, ne peut faire l'objet d'aucune mesure de contrainte

Traité théorique et pratique de police judiciaire par M. Lambert

- *« L'interrogatoire qui se prolonge des heures et des heures, et où les policiers se relaient jusque dans la nuit pour profiter de l'épuisement intellectuel de leur adversaire, finalement acculé au vertige mental d'où procède l'aveu (...).c'est au criminel d'abrégé lui-même sa torture morale en disant au plus tôt la vérité. Torture encore et même torture physique, pourtant nullement prohibée que d'avoir à demeurer assis sur une chaise, un jour entier puis une nuit et davantage encore : facteur d'aveux Tortures aussi et tortures physiques, la faim de l'interrogé (...), son sommeil que nous refusons, son besoin de fumer, que nous méconnaissons : toutes tortures licites, tous facteurs d'aveu. » (1947)*

Comment les cols blancs du CAC 40 s'entraînent pour affronter une garde à vue

Droits de la personne et bons réflexes : un cabinet d'avocats parisiens dispense conseils et préparation psychologique. Au cas où...

C'est un rectangle de plastique du format d'une carte bancaire que des dizaines de dirigeants et cadres d'entreprise conserveront précieusement dans leur portefeuille. Ils l'ont reçu, mardi 21 septembre, à l'issue d'un séminaire intitulé « Le pénal s'invite dans votre entreprise : actualité de la responsabilité pénale des personnes morales et actes coercitifs des autorités judiciaires et de régulation ».

Au recto de ce pense-bête — conçu à l'épreuve du lave-linge — figurent les droits de la personne gardée à vue. Au verso, il égrène les « bons réflexes » : une dizaine de commandements à appliquer à la lettre durant l'épreuve. Au cas où, la carte magique précise les coordonnées de son concepteur : M^r Kami Haeri, et celles de sa consœur M^r Cécile Menu-Eisenchteter. Mardi, ces deux avocats d'affaires du cabinet de conseil du 8^e arrondissement de Paris August & Debouzy ont tenu leur sixième séminaire sur le même sujet depuis le début de l'année. A chacune de ces sessions, gratuites, se bousculent près de quatre-vingts cols blancs.

Habités ou futurs clients du cabinet, ces quadras ou quinquagénaires, issus en grand nombre du CAC 40 et peu friands de publicité, écoutent religieusement les recettes pour affronter sereinement une perquisition, une audition ou

une des 850 000 gardes à vue répertoriées pour la seule année 2009. Un chiffre que la ministre de la justice, Michèle Alliot-Marie, voudrait voir tomber, selon *Le Figaro* du 22 septembre, à 400 000 dès 2011 avec la réforme en cours.

« Être prêt »

Florence (tous les participants ont souhaité garder l'anonymat), directrice juridique dans l'industrie pharmaceutique, explique être venue se « mettre à jour de la jurisprudence pour la transmettre à [ses] dirigeants ». Karim, directeur d'une société immobilière, a déjà vécu une audition en tant que simple témoin. « Cela m'a confirmé que la préparation est très importante, souffle-t-il. Mais jusqu'à aujourd'hui, j'ignorais qu'on avait droit au silence. » Didier, chef d'une entreprise de marketing, a décidé d'« être prêt » depuis qu'un ami lui a relaté le stress de sa propre garde à vue. « Un chef d'entreprise est parfois exposé sans le savoir, alors qu'il a l'impression de tout faire bien, dit-il. C'est pourquoi, même quand on n'est pas coupable, il vaut mieux être préparé au pire. »

M^r Kami Haeri, qui enseigne également la stratégie et la tactique du procès à l'École de formation du barreau de Paris (EFB), estime que « tout cadre non juriste doit savoir quelles mesures d'investigation peu-

vent être mises en œuvre et comment se comporter ».

« Nos clients anticipent naturellement les risques financiers, sociaux ou environnementaux, note-t-il, mais ils connaissent moins bien le risque pénal. Or s'ils ne sont pas délinquants, ils sont de plus en plus exposés, car les autorités de régulation (Urssaf, CNIL, Commission bancaire...) se sont multipliées. » Si les peines prononcées en cas d'infraction sont, de l'aveu de l'avocat, « raisonnables », les moyens mis en œuvre en amont comme la garde à vue sont « traumatisants ».

« La garde à vue est un affaiblissement du corps et de l'âme par la perte des repères spatio-temporels au profit de la création de l'aveu », explique M^r Haeri à ses auditeurs captifs. Or, selon lui, le col blanc entretient un rapport particulier à l'autorité et à l'enfermement qui le fragilise en garde à vue et en fait « un (trop) bon client ». « Nous, cadres d'entreprises, sommes respectueux de l'autorité, déclare l'avocat. Et, parce que nous sommes formés à enregistrer de l'information et à apporter des réponses avec une plus-value, nous détestons les silences que nous assimilons à une perte de contrôle. »

L'avocat jure cependant que son séminaire n'est pas « un lieu d'encastement ». « On n'y apprend pas à résister ni à contourner la loi », insiste-t-il. Il exhorte simplement son public à « exercer tous les droits prévus par la garde à vue » : visite

du médecin, d'un avocat... « Pour casser la pression psychologique qui donne envie de faire tout et n'importe quoi pour échapper à la garde à vue », prévient-il. Car enfin, rappelle M^r Haeri, dans la plupart des affaires de délinquance astucieuse, « au bout de quarante-huit heures au pire, on est sorti ».

Patricia Jolly



Les « dix commandements » du gardé à vue

Voici les « bons réflexes » dispensés par le cabinet d'avocat : Ne répondre « qu'à la question posée » ; ne pas « sonoriser les silences » (comprendre ne pas tenter de les meubler) ; avoir « le droit de ne pas savoir » ; avoir « celui de ne pas se souvenir » ; se « faire reformuler les questions

si nécessaire » ; « ne pas se laisser impressionner par ses interlocuteurs » ; « livrer des faits, pas d'interprétations » ; « se méfier du "off" » ; ne signer son procès-verbal que si l'on est « d'accord sur tout » ; exiger « des temps de repos » ; « user de son droit de voir médecin et avocat ».

Exécution des décisions étrangères

- Amendes
- Peines de prison
- Condamnation aux restitutions

Forum Shopping ou le principe ‘ne bis in idem’

Art. 54 Convention d'Application des Accords de Schengen (CAAS)

- *“Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation.”*
- *Possibilité de mettre en échec une poursuite dans un Etat de l'UE en procédant à une transaction pénale dans un autre Etat.*

Art. 54 CAAS

- « **le seul critère pertinent** aux fins de l'application de l'article 54 de la CAAS est celui de l'identité des **faits matériels**, compris comme **l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles** »
CJCE, 9 mars 2006, aff. C-436/04, *VAN ESBROECK*.
- Pour une analyse fouillée du non bis in idem il convient de se référer à l'arrêt *ZOLOTHOUKINE* de la CEDH grande chambre 10.02.2009