

COURTIERS D'ASSURANCES
LIB
INSURANCE BROKERS



LIB sharing risks – protecting assets

L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non déclarés

Conférence du 18 octobre 2011
Hôtel Royal

Edouard Georges
Courtier - Broker

LIB S.A. Courtiers d'Assurance
13, Avenue de la Gare
L-1611 Luxembourg
Email: contact@lib.lu

COURTIERS D'ASSURANCES
LIB
INSURANCE BROKERS

L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Rappel des responsabilités encourues par les professionnels impliqués directement ou indirectement dans la gestion de fonds tiers.**
- **Responsabilité civile:**
 - **Responsabilité civile contractuelle:** Le professionnel répond des dommages causés par ses erreurs, omissions ou négligences commises par lui-même ou un de ses préposés dans le cadre de l'exécution d'un contrat. Art. 1134 ss. Code civil.
 - **Responsabilité civile extra-contractuelle:** Toute personne, privée ou morale, est responsable du dommage causé à autrui non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. Art 1382 ss Code Civil.
 - Responsabilité des différents prestataires par des lois spéciales



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Responsabilité pénale:**

- **Responsabilité pénale générale:** Le professionnel est tenu de répondre des infractions commises par lui. La responsabilité pénale de la personne morale a été introduite par la loi du 3 mars 2010 pour tout crime ou délit commis au nom et dans l'intérêt de la personne morale par un de ses organes légaux ou par un dirigeant de droit ou de fait. Nouvel article 34 Code pénal.
- **La responsabilité pénale prévue par des textes spéciaux**
 - **Lois AB/FT :** La loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.
 - Obligations professionnelles: Vigilance, organisation interne, coopération avec les autorités.
 - Amende pénale jusqu'à €1.250.000
 - Loi du 27 octobre 2010 portant renforcement du cadre légal en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.
 - Prévoit une analyse de risques par les professionnels
 - **Autre lois et règlements sectoriaux**
 - Loi 31 mai régissant la domiciliation de sociétés. Art. 4, et Art 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur le sociétés commerciales
 - Loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, Partie V Art. 64



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Impact de la loi du 31 mars 2010 introduisant l'échange d'information entre administrations**
 - **Situation avant la loi sur l'échange d'information**
 - Échange d'informations limité aux informations accessibles par l'administration fiscale luxembourgeoise pour ses propres recouvrements (clause dite de “législation”). Limitation par application du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 précisant le secret bancaire.
 - Échange limité à l'entraide judiciaire pénale dans les cas d'escroquerie fiscale.
 - **Situation actuelle**
 - Échange d'informations sur demande. Appréciation de la demande par l'administration luxembourgeoise sur le seul critère de la pertinence vraisemblable (soupçon de fraude/escroquerie).
 - Rapidité de la procédure: Le détenteur des renseignements est obligé de les fournir endéans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Augmentation des risques de responsabilité professionnelle liés à la gestion de fonds (non-déclarés).**
 - La recherche d'informations sur des délits allégués de fraude et d'escroquerie fiscale par l'administration fiscale étrangère et la communication de ses informations par l'administration luxembourgeoise sont simplifiées et accélérées.
 - Les lois sectorielles et anti-blanchiment facilitent la preuve de la faute. Le manque de vigilance, de diligence et de compétence deviennent plus apparents.
 - Procès compliqués et chers – frais de défense élevés en raison de la complexité et diversité des normes.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Types de dommages auxquels s'expose le professionnel en relation avec la gestion de fonds (non-déclarés)**
 - Dommage subi suite à une action en justice engageant la responsabilité pénale du professionnel.
 - Infractions aux lois sectorielles et pénales
 - Fraude fiscale intentionnelle – escroquerie fiscale. Art 396 AO LIR
 - Co-auteur ou complice ? Participation doit être consciente et volontaire.
 - Begünstigung Art 398 AO LIR
 - Extra-territorialité ?
 - Demande en réparation d'un dommage causé par les services rendus par le professionnel
 - Demande fondée sur la responsabilité civile extra-contractuelle
 - Recours de l'ayant-droit économique, de la caution
 - Responsabilité au stade précontractuel ou postcontractuel.
 - Demande fondée sur la violation d'un contrat
 - Demande basée sur le non-respect de l'obligation au secret professionnel
 - Vol de documents par un préposé → clients KBC



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Couverture des risques professionnels**

Toutes les couvertures se déclinent autour des règles impératives fixées par la loi sur le contrat d'assurance (Loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance)

- **Principes généraux de l'assurance**

L'assurance est un contrat aléatoire

Le contrat d'assurance est un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime, l'assureur s'engage envers le preneur à fournir une prestation stipulée dans le contrat lorsque survient un événement incertain que l'assuré a intérêt à ne pas voir se réaliser. Art. 1 A. Loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le Contrat d'Assurance

L'assurance de dommage [est] celle dans laquelle la prestation d'assurance dépend d'un événement incertain qui cause un dommage au patrimoine d'une personne. Art. 1. H.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Principes généraux de l'assurance - suite**

- **Existence d'un aléas: L'assurance couvre un risque qui est incertain.**
- **Non-enrichissement par l'assurance:** L'assuré ne doit pas avoir intérêt à voir l'évènement assuré se réaliser. **Toute assurance de dommages a un caractère indemnitaire.** Art. 64
- **Exclusion du dommage causé intentionnellement:** Nonobstant toute convention contraire, l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé le sinistre d'une manière intentionnelle ou dolosive. Art. 14§1
- **Faute lourde est couverte:** L'assureur répond des sinistres causés par la faute, même lourde de l'assuré. L'assureur peut s'exonérer de ses obligations pour les cas de faute lourde déterminés expressément et limitativement au contrat. Art. 14 §2
- **Déchéance du droit à la prestation:** Seulement en raison de l'inexécution d'une obligation déterminée imposée par le contrat et à la condition que le manquement soit en relation causale avec la survenance du sinistre. Art. 18
- **Réduction :** Sanction consistant pour l'assureur à diminuer sa prestation, eu égard au manquement par l'assuré à une obligation découlant du contrat d'assurance. Art 1.P.
L'assureur doit prouver un préjudice pour pouvoir appliquer une réduction.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Principes généraux de l'assurance - suite**

- **Délais de paiement du dommage par l'assureur:** La prestation de l'assureur doit être effectuée aussitôt qu'il est en possession de tous les renseignements utiles (survenance, circonstances et étendue du dommage). Les intérêts moratoires au taux légal courent de plein droit contre l'assureur trente jours après la fixation du dommage. Art. 29.
- **Subrogation légale de l'assureur:** L'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé, à concurrence du montant de celle-ci, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers responsables. Art. 52
- **Couverture des réclamations formulées après l'expiration du contrat :** La garantie de l'assurance porte sur le dommage survenu pendant la durée du contrat, même si la réclamation est formulée après la fin du contrat Art 81§1.
- Les parties peuvent convenir de la limitation aux réclamations formulées dans les trois ans de la survenance du dommage. Art. 81§2
- **Direction du litige par l'assureur :** L'assureur a l'obligation de prendre fait et cause pour l'assuré à partir du moment où la garantie est due.
L'assureur a le droit de combattre, à la place de l'assuré, la réclamation de la personne lésée. L'intervention de l'assureur ne peut cependant causer préjudice à l'assuré. Art. 82



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Principes généraux de l'assurance - suite**

- **Paiement par l'assureur du principal, des intérêts et des frais** : L'indemnité est payée à concurrence des limites fixées dans la police d'assurance. L'assureur doit pouvoir approuver les frais. Art 85. Aucune promesse d'indemnisation .
- **Libre disposition de l'indemnité** : La personne lésée à qui l'indemnité est payée, en dispose librement. Art 86
- **Droit propre de la personne lésée** : L'indemnité est acquise à la personne lésée, à l'exclusion des autres créanciers de l'assuré.
- **Droit de recours de l'assureur contre le preneur**: Si la loi ou le contrat l'y autorise, l'assureur peut se réserver un droit de recours contre le preneur d'assurance ou l'assuré. Cette décision doit être notifiée au preneur/assuré aussitôt que les faits justifiant ce recours sont connus par l'assureur. Art 91
- **Intervention dans la procédure** : L'assureur a le droit d'intervenir dans le procès civil ou pénal contre l'assuré. Dans un procès pénal, l'assureur peut être mis en cause par la personne lésée ou l'assuré. Art. 92
- **Amendes et transactions pénales** : Aucune amende ni transaction pénale ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance, sauf celles qui sont à charge de la personne civilement responsable.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **L'assurance des professionnels impliqués dans la gestion de fonds: l'assurance responsabilité civile professionnelle et l'assurance responsabilité civile dirigeants**
 - **Assurance responsabilité des dirigeants** (Directors and Officers insurance - D&O)
Couvre la responsabilité civile et contractuelle des dirigeants du fait d'un dommage causé par une faute de gestion (acte ou omission).
Protège le patrimoine privé du dirigeant gérant/administrateur.
Couvre le risque de faute professionnelle dans la gestion structurelle de la société.
Couvre les indemnités et les frais de défense en cas de faute de gestion et en cas de responsabilité en l'absence de faute.
Pas de franchise dans l'assurance D&O.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **L'assurance des professionnels impliqués dans la gestion de fonds: l'assurance responsabilité civile professionnelle et l'assurance responsabilité civile dirigeants**
 - **Assurance responsabilité civile professionnelle** (Errors and Omissions insurance - E&O)
La RC Pro couvre l'obligation légale de l'entreprise de réparer les dommages causés à la victime par son fait, du fait de ses préposés ou des choses dont elle a la garde.
Les responsabilités civile délictuelle, quasi-délictuelle et contractuelle sont en principe couvertes par l'assurance.
Assurance protégeant le patrimoine de l'entreprise assurée
Couvre essentiellement des services intellectuels: prestation de services de la société.
L'assurance E&O contient toujours une franchise
Les **frais de justice** engagés par la procédure civile et pénale **sont couverts**
La **responsabilité pénale n'est pas couverte par la RC Pro.**
 - Quelques assureurs offrent des polices combinées E&O et D&O. Le client évite l'exclusion d'un risque par deux assureurs différents.
Ex: Couverture combinée de €10 millions pour tous sinistres.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Les garanties offertes par la RC Professionnelle**
 - Couverture de la faute professionnelle
 - Couverture pour diffamation et calomnie
 - Perte, destruction, détérioration de documents
 - Exemples d'extensions possibles:
 - Acte intentionnel d'un préposé
 - Couverture de la faute d'un sous-traitant
 - Période de garantie subséquente
 - Si le professionnel n'est pas condamné pour un acte exclu par les conditions du contrat ou par la loi, l'assureur paye les frais et le dommage causé.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Qualification de la faute professionnelle:**
 - Toute négligence, erreur ou omission, prétendue ou réelle, exclusivement commise dans le cadre de l'activité de services professionnels (Foyer)
 - Une négligence, erreur, faute, omission, présentation inexacte d'une situation, réelle ou présumée, et en général tout acte ou omission fautive commise dans le cadre de services professionnels (Chartis)
 - Tout manquement à des engagements, toute négligence, erreur, inexactitude ou déclaration qui induit en erreur, toute omission et toute acte fautif commis par les assurés dans l'exercice de leurs activités professionnelles (Baloise)



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Exemple de wording des couvertures d'assurance RC Professionnelle**

Assurance responsabilité civile professionnelle:

- « Le présent contrat a pour objet de prendre en charge les conséquences pécuniaires des sinistres résultant de toute réclamation introduite par un tiers à l'encontre de l'assuré pendant la période d'assurance ou le délai subséquent, mettant en jeu la responsabilité civile professionnelle de l'assuré et imputable à toute faute professionnelle, réelle ou allégué, commise par un assuré dans l'exercice des activités financières assurées avant la date de résiliation /expiration du présent contrat ».
- « Nous couvrons les pertes liées aux réclamations intentées pour la première fois à votre ou à notre encontre durant la période d'assurance ou de garantie subséquente résultant de fautes professionnelles commises postérieurement à la date mentionnée dans les conditions particulières, et qui nous ont été notifiées conformément aux stipulations de cette police.

NB: Le second wording n'exclut pas les frais de justice de défense pénale par exemple. Il faut vérifier, et le cas échéant négocier le wording dans la mesure du possible pour arriver au résultat escompté.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Les exclusions usuelles en assurance RC Professionnelle**
 - Réclamations antérieures et faits connus
 - Faute intentionnelle de l'assuré, société ou indépendant. La faute intentionnelle d'un préposé reste couvert, aussi bien pour le dommage que les frais judiciaires.
 - Non-exécution partielle ou intégrale d'engagements contractuels, sauf si non-exécution ou exécution partielle est la conséquence d'une faute professionnelle.
 - Conseil en investissement, conseils financiers, décisions d'investissement.
 - Vol de valeurs mobilières, objets mobiliers exclu.
 - Dépassement des frais, dépassement des délais
 - Faillite, insolvabilité de la société assurée.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Les exclusions usuelles en assurance RC Professionnelle (suite)**
 - Les contestations relatives au paiement de frais et coûts des prestations (contestation du prix facturé).
 - Disfonctionnements mécaniques ou électroniques sauf si le disfonctionnement résulte directement de la faute de l'assuré
 - Responsabilité personnelle des dirigeants (couverts en D&O)
 - Amendes
 - Impôts et taxes – Impôts et taxes directes. Si client est redressé, impôt normal dû non indemnisé mais si augmenté, assureur paye.
 - Exclusion US et Canada. Certains assureurs offrent cette couverture par avenant.
 - L'acte exclu doit être établi définitivement. Jusqu'à qualification de l'acte, les frais judiciaires sont en général couverts.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Les exclusions usuelles en assurance RC Professionnelle (suite)**
 - Faute grave énumérée au conditions spéciales du contrat.
- Exemples:
 - Infraction grave au réglementations sur la sécurité et aux lois.
 - Défaut de prendre des mesures de prévention pour éviter la répétition de dommages résultant d'une même cause. Nombreuses pertes de même origine.
 - Engagements consentis par l'assuré aggravant sa responsabilité civile, la prise en charge de la responsabilité du fait d'autrui, les pénalités conventionnelles, les abandons de recours.
 - Acceptation d'un marché lorsque le professionnel savait qu'il ne disposait pas de la technique requise ou des moyens matériels ou humains pour exécuter ledit marché.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Autre caractéristiques de l'assurance RC Professionnelle**
 - Dans la majorité des cas (80%+) règlement à l'amiable entre assureur et personne lésée.
 - Procédure confidentielle – Cependant, dans les affaires où les deux parties sont assurées par le même assureur, l'assureur donne publicité à l'affaire pour éviter la concertation entre assurés.
 - Les contrats RC Pro et RC Dirigeants sont en général des **contrats d'adhésion**. Négociations sont possibles cependant sur certains points, extensions et avenants.
Les entreprises dépassant deux des trois seuils suivants peuvent déroger aux conditions de la loi sur le contrat d'assurance:
 - Total du bilan : 6.2 millions d'euros
 - Chiffre d'affaire: 12.8 millions d'euros
 - Effectif: 250



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Actualité de l'assurance E&O et D&O**
 - Nombre élevé de sinistres déclarés dans assurance D&O pour la couverture de mandats d'administrateur dans sociétés tierces.
 - Sinistres dans fiduciaires dus à une mauvaise connaissance du droit de l'état de résidence du client. Exemple: omission de demander des exonérations d'impôts pour propriétaire d'immeuble en France.
 - Sinistres relatifs au dépôts tardifs de bilans
 - Affaire KBL : Poursuite société et administrateurs: €20 Millions de frais judiciaires couverts.
 - Affaire Madoff: Assuré luxembourgeois €50 Millions de frais judiciaires. Limite atteinte. Exclusion Madoff maintenant dans tous contrats.
 - Affaire contre fiduciaire luxembourgeoise: Fiduciaire poursuivie en justice en Italie. Affaire initiée par administration fiscale italienne.



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

D'Finanzplatz Lëtzebuerg riskéiert, e mouvementéierte Weekend ze kréien: Däitschland huet wéinst enger Daten-CD vu Lëtzebuerg sec Kontrollen annoncéiert.



© AFP

Spiegel online schreift nämlech vun engem Groussasaz géint Leit aus Däitschland, déi hiert Geld hei am Land placéiert hunn, fir laanscht den däitsche Fisk ze kommen. De Spiegel ass formell: d'Enquêteuren hätten eng CD aus Lëtzebuerg kaf mat den Daten vun 3000 Bankklienten.

D'Zeitong wëll wëssen, fir déi nächst Woche wier mat enger vun de gréissten Enquëten géint Steuerhannerzëiung aus der Nokrichszäit ze rechnen. Dobäi soll et sech ëm eng CD handeln, déi d'Bundesland Nordrhein-Westfalen scho virun engem Joer kaf hat, fir 4 Milliounen Euro.

Déi CD wier an der Tëschenzäit ausgewäert, an et soll sech ënner anerem ëm Clienten handeln vun der HSBC-Bank um Boulevard d'Avranches. Et géing sech ëm privat Clienten handeln, awer och ëm Gesellschaften, an a verschiddene Fäll géing et sech ëm Betrag an dräistelleger Milliounenhéicht handeln.

De Parquet zu Bochum wollt dozou en Donneschdegowend näischt soen, och a lëtzebuergesche Finanzkreesser konnt RTL esou kuerzfristeg d'Informatioun weder confirméiert nach dementéiert kréien.

La semaine dernière, les medias ont informé que l'administration fiscale allemande a prévu de lancer une enquête fiscale à très grande échelle contre les clients allemands de banques luxembourgeoises, en particulier la HSBC.

Les pertes éventuelles de la banque seront couverts par l'assurance jusqu'à concurrence du plafond de l'assurance.

Perte d'image peut être couverte



L'assurance des risques liés à la gestion de fonds non-déclarés

- **Gestion du risque par le professionnel**
 - Vérification détaillée des couvertures et exclusions stipulées dans le contrat d'assurance RC. Demande d'explications à l'assureur ou au courtier en cas de doute.
 - Contrat de services client: Rédaction des clauses par un avocat spécialisé. Protection contre les risques non couverts par des clauses d'exclusion de responsabilité.
 - Amélioration continue des procédures. Révision des procédures après sinistre – éviter le danger de non-assurance: exclusions des réclamations antérieures.
 - Appel à des conseils professionnels: conseil fiscal, conseil juridique, conseil en structuration. Voie de recours contre ce professionnel en cas de conseil fautif.
 - Vérification de l'assurance professionnelle des prestataires et sous-traitants.
 - Assurance protection juridique active (DAS, ARAG, etc..). Contre-attaque

MERCI

