

Projet de loi

portant modification de:

- la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances;
- la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Avis du Conseil d'Etat

(13 novembre 2012)

Par dépêche du 20 février 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances. Le texte du projet fut accompagné par un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact et une fiche financière.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 25 mai 2012, celui de l'Union luxembourgeoise des consommateurs par dépêche du 28 septembre 2012.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis entend saisir l'occasion de quelques modifications à la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances pour restructurer ladite loi en vue d'une meilleure lisibilité et d'une cohérence juridique renforcée. Ainsi, toutes les dispositions actuelles régissant différents professionnels du secteur de l'assurance (PSA) sont regroupées; de nouvelles professions liées au secteur de l'assurance sont introduites dans la loi. D'autres dispositions liées, d'un côté, à la sous-traitance d'activités d'assurance et de réassurance, d'un autre côté, aux intermédiaires actifs dans ces domaines, trouvent leur place dans le texte.

L'objectif fondamental à la base du texte est de « formaliser » certaines activités de PSA en les incluant dans le champ d'application de la loi, et donc dans la compétence du régulateur, afin d'accroître si besoin leur crédibilité et leur stabilité face aux clients. Par ailleurs, le projet introduit « prospectivement » des pans d'activités entièrement nouveaux. Le Conseil d'Etat y reviendra dans l'examen des articles.

Enfin, le Conseil d'Etat note que si le présent projet de loi ne manque pas d'importance quant à sa propre substance, un autre changement législatif aura un impact plus fondamental sur le secteur des assurances, à savoir les nouvelles exigences capitalistiques découlant de la directive dite « Solvency II », dont la mise en vigueur pour le secteur des assurances est actuellement prévue pour mi-2013 (cf. projet de loi n° 6456 sur le secteur des assurances) et qui modifie de fond en comble la législation sur le secteur des assurances, en abrogeant la loi modifiée du 6 décembre 1991, et en

apportant une réforme fondamentale au contrôle prudentiel des entreprises d'assurances et de réassurances.

Le Conseil d'Etat est cependant d'avis qu'il convient de mettre en vigueur le projet sous avis séparément et avant l'autre, permettant ainsi à la directive Solvency II de s'appliquer d'emblée au paysage des (ré)assurances et des PSA complété et mis à jour.

Examen des articles

Le projet de loi sous avis ne contient que trois articles dont le premier a pour objet les modifications à apporter à la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, le deuxième, les modifications à apporter à la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, et le troisième, les dispositions transitoires.

Article I^{er}

Les points 1 à 12 ainsi que 14 à 18 apportent diverses modifications plus détaillées à des dispositions existantes de la loi précitée de 1991, alors que le point 13 réécrit entièrement la partie V de la même loi pour regrouper tous les acteurs et activités désignés désormais comme « PSA » (professionnels du secteur de l'assurance), de même que les intermédiaires d'assurances et de réassurances.

Le Conseil d'Etat procédera dès lors à une analyse en trois blocs successifs.

Points 1 à 12

Le point 2 devra se lire comme suit: « Sont insérés les motifs (...) au point 1 de l'article 22 de la loi ... ». En effet, le libellé actuel ne tient pas compte de l'existence des points 2 et 3 dans l'article 22.

Au point 3, sous uu), il convient d'écrire en toutes lettres « Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles » (AEAPP), s'agissant de l'autorité instituée par le règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil et qui, avec le Comité européen du risque systémique, l'Autorité bancaire européenne et l'Autorité européenne des valeurs mobilières constituent le système européen de surveillance financière.

Point 13 relatif aux articles 103 à 111

Se pose tout d'abord à l'article 103 la question fondamentale de la limitation prévue par le projet de la dénomination de PSA (professionnel du secteur de l'assurance) à des personnes morales. De l'avis du Conseil d'Etat, ni des constats statistiques ni des considérations juridiques objectives ne sauraient fonder une telle limitation, et donc exclusion de façon générale des personnes physiques opérant dans certaines activités tombant désormais dans la définition de PSA. D'ailleurs, la comparaison avec le secteur financier n'est que partiellement exacte dans la mesure où la loi modifiée du

5 avril 1993 exclut les personnes physiques de l'activité de professionnel du secteur financier pour autant et uniquement dans la mesure où il s'agit d'activités impliquant la gestion de fonds de tiers (article 16 de la loi modifiée du 5 avril 1993). D'un point de vue juridique, une exclusion pure et simple des personnes physiques de toute activité de PSA, sans distinction entre les différentes activités visées sur base d'un critère objectif comme par exemple la gestion de fonds de tiers, constituerait une violation du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, de sorte que le Conseil d'Etat s'oppose formellement à une telle exclusion pure et simple.

Quant à l'article 103-2, paragraphe 3, le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet retiennent un délai de recours d'un mois devant le tribunal administratif, à l'instar de ce qui est prévu dans la loi sur le secteur financier. Il observe en outre que dans l'article sous examen et aux articles subséquents les paragraphes des articles se distinguent par des chiffres cardinaux arabes, placés entre parenthèses: (1), (2), Les auteurs utilisent des points énumératifs, ce qui n'est pas conforme aux règles de légistique formelle.

Selon le paragraphe 1^{er} de l'article 103-5, « L'activité de PSA est subordonnée à la justification d'un capital social libéré d'au moins 125.000 (cent vingt-cinq mille) euros, même en cas de cumul de plusieurs agréments de PSA, ainsi qu'à la couverture de leur responsabilité civile professionnelle d'après les modalités déterminées par règlement du Commissariat. » Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette disposition sur le fondement de l'article 108*bis* de la Constitution au sens duquel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, alors que l'approche retenue rajouterait à la loi, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi.

A l'article 103-12, il convient d'écrire au paragraphe 1^{er}: « dans les limites du droit de l'Union européenne ».

A l'intitulé et au paragraphe 1^{er} de l'article 103-14, le terme « communautaire » doit être remplacé par « européenne ». Au paragraphe 1^{er}, le terme « respectivement » prête à confusion dans la mesure où, d'un point de vue rédactionnel, il est mal inséré. Pour rendre la disposition lisible et compréhensible, le Conseil d'Etat propose d'écrire « ... respectivement visés aux sections 1 et 2 du présent chapitre ».

Au paragraphe 5 de l'article 103-17, il est indiqué que « le dirigeant doit avoir son domicile ou avoir élu domicile au Grand-Duché de Luxembourg et résider effectivement à une distance raisonnable du siège opérationnel de l'entreprise pour laquelle il est agréé afin d'assurer une gestion journalière efficace et permanente ». Aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition constitue une restriction à la liberté de circulation dans l'Union européenne. Par ailleurs, comment est-ce que s'apprécie la notion de « distance raisonnable », surtout au regard des moyens de transport et des nouvelles technologies de communication? Afin de concilier le principe de la liberté de circulation avec les exigences d'une bonne gestion administrative et la présence physique des dirigeants au Luxembourg, le Conseil d'Etat propose, sous peine d'opposition formelle, le libellé qui suit:

« (5) Le dirigeant doit assurer, par sa présence physique effective au Luxembourg, une gestion journalière efficace et permanente. »

Au paragraphe 3, dernière phrase de l'*article 103-21*, les termes « doit être motivée » sont superfétatoires, alors qu'il en est déjà fait mention à la première phrase.

Concernant les *articles 104 à 109-4*, se pose une question de principe, soulevée d'ailleurs largement par les milieux professionnels concernés eux-mêmes, à savoir l'étendue dans laquelle les nouvelles dispositions doivent s'appliquer aux courtiers. En effet, est-il nécessaire de traiter les courtiers en (ré)assurances de façon presque aussi stricte que les PSA, sans pour autant les faire bénéficier du statut de PSA, mais en faisant d'eux une troisième catégorie d'acteurs du secteur de l'assurance, à côté des entreprises d'assurances et de réassurances, et des PSA? Il est vrai qu'un argument de taille plaide pour un traitement à part de ces acteurs: en effet, ils ne sont qu'intermédiaires entre les clients et les autres acteurs du secteur, ils ne couvrent pas les risques assurés, ne gèrent pas de provisions techniques, ne font pas de calculs actuariels. Dans la plupart des cas, ils n'encaissent même pas les primes versées par les clients, et, si tel est le cas, ce type de risque est pour le moins tout aussi bien couvert ou couvable par une assurance responsabilité professionnelle que par des exigences en capital. Or, si cette différence importante porte à conséquence, pourquoi alors exiger de ces intermédiaires des assises financières (*article 108-3* du projet de loi) aussi importantes que pour les PSA? De surcroît, comment justifier à cet égard une différence de traitement entre les personnes morales (125.000 euros) et les personnes physiques (50.000 euros), qui restent d'ailleurs admises à ce type d'intermédiation, contrairement à ce que le projet entend disposer pour les PSA?

A supposer que les auteurs du projet de loi entendent maintenir une troisième catégorie d'acteurs, le Conseil d'Etat suggère de libeller le chapitre 3 « Les intermédiaires d'assurances et de réassurances », à l'instar du chapitre 2 actuel de la partie V de la loi de 1991, et de commencer l'*article 104* par un nouveau point 1 libellé ainsi:

« 1. Sont intermédiaires d'assurances et de réassurances les acteurs exerçant les activités énoncées ci-après: »

A l'*article 104*, aux paragraphes 3 et 4, les termes « au sens de la présente loi » sont superfétatoires.

Enfin, concernant l'*article 105*, paragraphe 2, selon le point d), « L'agrément des courtiers d'assurances ou de réassurances ainsi que des sociétés de courtage d'assurances ou de réassurances est en outre soumis à la présentation d'un certificat d'assurance attestant la couverture de leur responsabilité civile professionnelle, dont les modalités sont déterminées par voie de règlement du Commissariat, (...) ». Ici encore, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette disposition pour les mêmes raisons que celles de l'opposition formelle ci-avant à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'*article 103-5*.

Selon le paragraphe 6, « Un règlement du Commissariat peut dispenser des conditions d'agrément prévues au présent chapitre les

personnes physiques ou morales offrant des services d'intermédiation pour les contrats d'assurances qui sont complémentaires à d'autres produits ou services et fixer la durée et le niveau des primes maxima. » Selon le Conseil d'Etat, du fait que le pouvoir réglementaire des établissements publics ne peut consister qu'en une simple mise en œuvre des règles d'application générale, il est exclu que le législateur habilite ces établissements à édicter des règlements à l'effet de déroger à des lois, voire de les compléter. Il s'y oppose formellement.¹

Le chapitre 4 (*articles 109-5 à 111*) énonce une série de dispositions communes aux PSA et aux intermédiaires d'assurances et de réassurances (on retrouve ici bel et bien l'ancienne terminologie générique que le Conseil d'Etat propose de reprendre pour l'intitulé du chapitre 3).

Outre le fait qu'aux paragraphes 4 et 8 de l'*article 109-5*, il convient plutôt d'écrire « 33,33% » au lieu et à la place de « 33 1/3% », le Conseil d'Etat a deux séries d'observations concernant cet *article 109-5* quant au fond.

Selon le paragraphe 10, « le Commissariat peut notamment faire usage de son droit d'injonction ou de suspension ou sanctionner les personnes responsables de l'administration ou de la gestion de la personne morale concernée, qui par leur comportement risquent de mettre en péril la gestion saine et prudente de la personne morale d'une amende d'ordre allant de 125 à 12.500 euros. (...) ».

Comme ces sanctions administratives peuvent être considérées comme peines selon la jurisprudence notamment de la Convention européenne des droits de l'Homme, la possibilité d'un recours en réformation devant le juge administratif doit être prévue dans le texte. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le nouvel *article 111*, paragraphe 3 relatif au recours ne fait pas mention de l'article sous examen. Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

Au paragraphe 3 de l'*article 110-1*, il y a lieu d'écrire « la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ».

Pour ce qui est encore de l'article 111, le paragraphe 1^{er} de l'article relatif aux sanctions pouvant être infligées par le Commissariat appelle plusieurs observations fondamentales, eu égard aux principes en la matière.

Les professionnels du secteur de l'assurance et les intermédiaires d'assurances et de réassurances peuvent être sanctionnés d'une amende d'ordre pour:

- « toute infraction à la présente loi et à ses règlements d'exécution »: cette disposition n'est pas conforme au principe de la légalité des incriminations et des peines, au sens des articles 12 et 14 de la Constitution;
- « toute infraction à la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme et à ses règlements d'exécution »;

¹ Cf. travaux préparatoires dans le cadre de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004; proposition de loi portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution; 2. création d'un article 108bis nouveau de la Constitution (doc. parl. n° 4754).

- « toute fourniture de documents ou de renseignements qui se révèlent être incomplets, inexacts ou faux »;
- « toute infraction aux règles régissant la publication des bilans et situations comptables »: le cumul d'une sanction administrative ayant une finalité répressive et d'une peine pénale risque de poser problème au regard du principe *non bis in idem*;
- « tout comportement, de nature à mettre en péril la gestion saine et prudente de l'activité concernée »: est-ce que le principe de la légalité des incriminations et des peines est respecté?

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement aux dispositions précitées et rappelle dans ce contexte les observations qu'il a formulées dans son avis du 31 janvier 2012 à l'endroit de l'article 40 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (doc. parl. n° 6316⁴), modifiant l'article 65 de la loi précitée de 2007, relatif aux sanctions administratives en vue de transposer les dispositions de l'article 37, paragraphes 4 et 16 de la directive 2009/72/CE:

« Le Conseil d'Etat invite les auteurs à mettre à profit le présent projet de loi pour mettre le dispositif luxembourgeois en conformité non seulement avec le droit européen, mais aussi avec les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il note qu'est sanctionnée „une violation des obligations professionnelles“ sans qu'une référence soit effectuée à des dispositions précises de la loi de 2007. Or, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le type de sanctions administratives prévues à l'article 65 de la loi de 2007 relèvent du domaine pénal et leur application est soumise au principe de légalité des incriminations et des peines. Le Conseil d'Etat se permet d'insister sur la nécessité d'indiquer avec précision les dispositions dont le non-respect est sanctionné. Conformément au texte de l'article 37, paragraphe 4 de la directive 2009/72/CE, il y a lieu de viser „les obligations qui incombent aux entreprises d'électricité en application des articles (...) de la loi ou des décisions juridiquement contraignantes applicables de l'autorité de régulation ou de l'Agence (...)“. Le Conseil d'Etat relève encore l'éventail très large des sanctions allant du simple avertissement à une amende d'un million d'euros. Il conçoit la difficulté de fixer des critères de gravité des infractions, mais tient à exprimer ses doutes les plus sérieux quant à la conformité d'un tel mécanisme avec le principe de la légalité des peines qui exige également une précision de la peine par rapport au type d'infraction et la proportionnalité entre la peine et la gravité de la violation de la loi. »

Concernant la disposition selon laquelle « le maximum de l'amende d'ordre peut être doublé en cas de récidive », aucun délai n'est fixé dans lequel la récidive peut donner lieu à multiplication de la sanction. Comme ce délai est pourtant exigé par la jurisprudence, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement et donne à considérer que ce délai est prévu dans le projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 6456, articles 301 et 302) qui est censé « reprendre » les dispositions du projet de loi sous avis.

Au sens de l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 111 en question, « Pour le cas où le ministre ne se serait pas prononcé sur une demande d'agrément, le délai de trois mois prévu par l'article 4 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif est porté à six mois. » Il s'agit là d'une dérogation au délai de recours dit « contre silence » qui est augmenté de trois mois par le présent texte. Se pose la question de la conformité de cette disposition avec le principe de l'égalité devant la loi. Le Conseil d'Etat demande le maintien du délai de trois mois.

Selon le texte du paragraphe 4 dudit article 111, le Commissariat « peut » rendre publiques les sanctions prononcées. Pourquoi introduit-on une différence avec la loi « CSSF » qui impose de rendre publiques les sanctions en question? En effet, selon le futur paragraphe 4 de l'article 2-1 nouveau de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, tel que prévu par l'article III du projet de loi portant transposition de la directive 2010/78/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2009/65/CE en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers) et modifiant (...) (doc. parl. n° 6397): « La CSSF rend publiques les sanctions prononcées en vertu du présent article, à moins que cette publication ne risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause. » Le Conseil d'Etat recommande de procéder de même pour le projet de loi sous avis.

Article II

L'article n'appelle pas d'observation quant au fond, mais le Conseil d'Etat propose d'insérer la disposition du point 20 du projet en tant que nouveau point 2bis de l'article 2(1) de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. En effet, de l'avis du Conseil d'Etat, c'est l'endroit logiquement le plus adéquat.

Article III

Les dispositions transitoires n'appellent en elles-mêmes pas d'observations, mais le Conseil d'Etat recommande d'accorder un délai plus long que jusqu'au 31 décembre 2012 aux acteurs qui doivent en partie procéder à des changements non négligeables pour pouvoir continuer leurs activités conformément aux nouvelles exigences en organisation et en capital.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 novembre 2012.

Pour le Secrétaire général,
Le Secrétaire adjoint,

s. Yves Marchi

Le Président,

s. Victor Gillen