

Projet de loi

relative aux informations à obtenir et à conserver par les fiduciaires et portant transposition de l'article 31 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission

Avis du Conseil d'État

(10 juillet 2018)

Par dépêche du 8 décembre 2017, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi n° 7216 instituant un Registre des fiducies et portant transposition de l'article 31 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, du texte coordonné des dispositions de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises modifiées par le projet de loi sous examen, d'une fiche d'évaluation d'impact ainsi que d'une fiche financière.

Les avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises, de la Chambre de commerce, du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg et de la Chambre des métiers sur ce projet de loi ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 5 février, 20 février, 16 mars et 26 mars 2018.

Par dépêche du 29 juin 2018, le président de la Chambre des députés a informé le Conseil d'État que la Commission des finances et du budget a proposé, lors de sa réunion du 29 juin 2018, de scinder le projet de loi n° 7216 en deux projets de loi distincts, à savoir le projet de loi n° 7216A sous rubrique et le projet de loi n° 7216B instituant un Registre des fiducies et portant transposition de l'article 31 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du

Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission.

Selon la dépêche, cette façon de procéder se justifie du fait de l'adoption de la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849. La directive (UE) 2018/843 apporterait des modifications substantielles en ce qui concerne tant le champ d'application que les modalités de fonctionnement du registre central. Elle prévoirait aussi, en ce qui concerne la mise en place de ce registre, un report du délai de transposition prévu par la directive (UE) 2015/849, précitée, jusqu'au 10 mars 2020.

La scission s'accompagne, selon la commission parlementaire, de quelques adaptations des renvois et d'amendements destinés à tenir compte de la scission et de respecter à la lettre l'article 31, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2015/849. Le Conseil État note que les modifications apportées au projet de loi dans sa version initiale, qui constituent des amendements au sens propre du terme, ne sont pas accompagnées d'un commentaire.

Vu l'urgence d'une entrée en vigueur du projet de loi sous rubrique, en raison de la procédure d'infraction entamée par la Commission européenne à l'égard du Luxembourg, le président de la Chambre des députés a demandé au Conseil d'État de rendre son avis dans les meilleurs délais afin de permettre son adoption et sa publication au cours du mois de juillet 2018.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis entend transposer l'article 31 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financiers aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission ayant trait au registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques et aux obligations de celles-ci en rapport avec leurs bénéficiaires effectifs et de la recommandation 24 du Groupe d'action financière (GAFI).

Il doit être vu en relation avec le projet de loi n° 7217 instituant un registre des bénéficiaires effectifs (...) ¹ qui est destiné à transposer l'article 30 de la directive (UE) 2015/849. Alors que le projet de loi n° 7217 vise, à côté de l'obtention et de la communication des informations sur les

¹ Projet de loi n° 7217 instituant un registre des bénéficiaires effectifs et portant 1. transposition des dispositions de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission ayant trait au registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques et aux obligations de celles-ci en rapport avec leurs bénéficiaires effectifs ; 2. modification de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

bénéficiaires effectifs, la création d'un registre de ces bénéficiaires, la mise en place d'un registre des fiducies est renvoyée au projet de loi n° 7216B précité issu de la scission du projet de loi initial.

Observations préliminaires sur le texte en projet

Le Conseil d'État constate que l'article 29 du projet de loi initial n'a pas été repris, ce qui rend inapplicable le délai de six mois à partir de l'entrée en vigueur de la loi pour se conformer aux dispositions de la future loi.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} contient les définitions d'un certain nombre de termes qui seront utilisés par la suite dans le projet de loi sous avis.

Cet article précise que les définitions sont données « sauf dispositions contraires ». Il s'agit là d'un élément d'insécurité juridique, dans la mesure où il n'est pas certain si, et dans quelle mesure, les termes définis peuvent encore être utilisés lorsqu'une autre disposition de la loi en projet y fait référence. Il y a dès lors lieu, sous peine d'opposition formelle, de supprimer les termes « Sauf dispositions contraires » ou de préciser les définitions concernées ou d'adapter ces « dispositions contraires » pour ne pas utiliser les termes définis ou les y utiliser en y ajoutant des précisions.

Le point 1 définit les « autorités nationales » qui, au vœu de l'article 31, paragraphe 4, de la directive 2015/849 et de l'article 5 de la loi en projet, ont accès aux informations sur les fiducies énumérées à l'article 2. Le Conseil d'État constate que le ministère de l'Économie, pour ce qui est de la délivrance des autorisations en application de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales n'est pas visé dans l'énumération du point 1. En outre, à la lettre m), il convient de se référer à l'« Office du contrôle des exportations, des importations et du transit ». Le Conseil d'État peut d'ores et déjà marquer son accord avec ces deux ajouts.

D'une manière générale, sans qu'il soit nécessaire de le préciser, les « autorités nationales » ne peuvent agir que dans le cadre de leurs prérogatives et des limites prévues dans le projet de loi sous avis et sous réserve des principes fondamentaux en matière de protection des données, à savoir les principes de finalité, de proportionnalité et de nécessité, ceci s'appliquant d'ailleurs aussi aux organismes d'autorégulation. Le Conseil d'État note que la lettre d) prévoit une limitation pour les officiers de police judiciaire, tandis que la lettre h) ne prévoit pas de limitation pour les agents de l'Administration des douanes et accises, bien que la loi du 27 octobre 2010 portant organisation des contrôles du transport physique de l'argent liquide entrant au, transitant par le ou sortant du Grand-Duché de Luxembourg limite la recherche des infractions à cette loi à certains agents de l'Administration des douanes et accises. Le Conseil d'État peut d'ores et déjà marquer son accord avec une nouvelle formulation du point d) :

« d) les officiers de police judiciaire agréés par le directeur général de la Police grand-ducale ou le directeur de l'Administration des douanes et accises ; »

Le point h) devra être supprimé et les autres points renumérotés.

Le point 2 renvoie aux autorités de contrôle telles que celles-ci sont définies à l'article 1^{er}, paragraphe 16, de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. Cette disposition ne donne pas de définition des autorités nationales et renvoie à l'article 2-1 de la même loi qui, sous le titre « autorités de contrôle et organismes d'autorégulation », énumère différents organismes professionnels et administrations concernés. Le Conseil État relève que certaines des autorités visées dans l'article 2-1 de la loi précitée du 12 novembre 2004 figurent d'ores et déjà dans la liste du point 1. Il constate encore que l'approche et la terminologie retenues dans le projet de loi n° 7217 sont différentes. L'article 1^{er}, point 6, ne vise pas les autorités de contrôle par renvoi à la loi précitée du 12 novembre 2004, mais ajoute, sous l'intitulé d'organismes d'autorégulation, le Conseil de l'ordre, la Chambre des notaires, l'Institut des réviseurs d'entreprises, l'Ordre des experts-comptables et la Chambre des huissiers. Le Conseil d'État considère qu'il y a lieu de suivre la même approche dans les deux projets de loi et ne comprend pas le renvoi, au point 2 de l'article 1^{er} du projet de loi sous examen, à des textes de la loi précitée du 12 novembre 2004 qui reprennent des autorités et organismes déjà visés au point 1. Le Conseil d'État propose un simple renvoi à la loi précitée du 12 novembre 2004. Ce renvoi pourra valoir pour toutes les autorités visées à l'article 2-1 de la loi précitée du 12 novembre 2004 sans qu'il soit besoin de reprendre nommément certaines d'entre elles, que ce soit dans la liste des autorités nationales ou dans la liste des autorités de contrôle.

Le point 3 concernant la définition du « bénéficiaire effectif » n'appelle pas d'observation quant au fond.

Les points 4 et 5 portent définition du « fiduciaire » et de la « fiducie ». Dans le cadre de la loi modifiée du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires, le fiduciaire n'est pas nécessairement établi au Luxembourg. Ainsi, dans le commentaire de l'article 4 du projet de loi n° 4721, les auteurs de ce projet de loi, qui allait devenir la loi précitée du 27 juillet 2003, précisait que les fiduciaires pouvaient être des professionnels « quels que soient leur origine et partant le siège de leur autorité de contrôle. Pourraient être ainsi soumis à la législation luxembourgeoise un contrat fiduciaire conclu avec une banque étrangère ne disposant d'aucun établissement au Luxembourg ni dans l'Espace Économique Européen ou encore un contrat conclu par la succursale luxembourgeoise d'un établissement de crédit dont le siège se trouve hors de l'Espace Économique Européen ». En outre, la loi précitée du 27 juillet 2003 permet à un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier à agir comme fiduciaire. Le Conseil d'État s'interroge sur l'application de la loi en projet à ces deux catégories de fiduciaires qui n'ont pas d'établissement au Luxembourg ou qui échappent à la loi territoriale luxembourgeoise.

Le point 6 concernant la définition des « professionnels » est l'équivalent du point 7 de l'article 1^{er} du projet de loi n° 7217 et n'appelle pas d'observation quant au fond.

Article 2

Le dispositif sous examen reprend les informations relatives à l'identité des bénéficiaires effectifs de la fiducie visée au paragraphe 1^{er} de l'article 31 de la directive. Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs du projet de loi sur la différence de terminologie avec la loi précitée du 27 juillet 2003. Dans l'ordre juridique luxembourgeois, qui ne règle que les fiducies et ne prévoit pas la création de trust, le renvoi à des informations relatives au constituant d'un trusts, au trustee et au protecteur ne fait pas de sens. Partant, au point 1, le terme « constituant » est à remplacer par celui de « fiduciaire » et le point 3 relatif au « protecteur » est à supprimer.

Le Conseil d'État partage encore l'avis de la Chambre de commerce et du Conseil de l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg qui ont constaté une difficile conciliation entre, d'une part, les obligations d'un fiduciaire prévues dans le projet de loi sous examen et, d'autre part, les modalités d'une émission fiduciaire d'instruments financiers.

Le paragraphe 2 de l'article 2 du projet de loi, dans sa version initiale, se trouve supprimé dans la version issue de la scission. Ce texte renvoyait aux informations requises et conservées dans l'hypothèse où les bénéficiaires effectifs sont désignés par caractéristique ou par catégorie. Cette suppression du paragraphe 2 s'accompagne de l'ajout au point 4 visant les bénéficiaires d'une référence à la « catégorie de bénéficiaires ». Le Conseil d'État note que ni le texte dans sa version initiale ni le texte amendé figurant dans le projet de loi issu de la scission ne déterminent ce qu'il faut entendre par « catégorie de bénéficiaires ».

Article 3

L'article 3 constitue l'équivalent de l'article 20, paragraphe 2, du projet de loi n° 7217. Le Conseil d'État constate, une nouvelle fois, une différence des formulations. Alors que l'article 20, paragraphe 2, du projet de loi n° 7217 vise des informations exactes actuelles, le texte sous examen ajoute qu'elles doivent être adéquates ce qui est conforme au texte de l'article 31, paragraphe 3, de la directive (UE) 2015/849.

Article 4

L'article sous examen prévoit, à l'instar du paragraphe 3 de l'article 20 du projet de loi n° 7217 que les informations doivent être conservées pendant cinq ans. Alors que le projet de loi n° 7217 vise comme point de départ la date à laquelle l'entité immatriculée est dissoute ou cesse d'exister, l'article 4 sous examen vise la date de la cessation de l'implication des fiduciaires dans la fiducie.

Article 5

L'article sous examen prévoit que les fiduciaires fournissent aux autorités nationales, sur demande, les informations visées à l'article 2. Ce

texte est le corollaire de l'article 21 du projet de loi n° 7217 et n'appelle pas d'observation.

Article 6

L'article sous examen reprend le dispositif du paragraphe 2 de l'article 31 de la directive (UE) 2015/849.

Le Conseil d'État s'interroge sur la référence à l'article 3, paragraphe 1^{er}, points b), ba) et bb), de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme qui vise respectivement les négociants de biens et les prestataires de services de jeux d'argent et de hasard.

Articles 7 et 8

Les articles sous examen donnent aux autorités de contrôle une mission spécifique de surveiller le respect des obligations de la loi en projet et indique les pouvoirs de surveillance et d'enquête dont elles disposent.

Le Conseil d'État constate que le projet de loi n° 7217 ne contient pas de dispositif similaire et s'interroge sur cette différence d'approche. Si la mission de surveillance des autorités de contrôle s'étend, au titre de la loi précitée du 12 novembre 2004, au dispositif prévu par la loi en projet sous avis, avec les moyens d'action dont sont dotées les autorités de contrôle, les textes sont dépourvus de plus-value normative. S'il y a lieu de prévoir un dispositif particulier, se pose la question de l'absence de textes parallèles dans le projet de loi n° 7217.

Le Conseil d'État renvoie encore à la difficulté d'application de ces mécanismes de surveillance, lorsque le fiduciaire n'est pas établi au Luxembourg ou est soumis à ses propres autorités de contrôle dans son État d'origine ou lorsqu'il s'agit d'un organisme international.

Articles 9 et 10

Les articles 9 et 10 organisent le pouvoir des autorités de contrôle d'infliger des sanctions administratives en cas de non-respect par les personnes soumises à leur pouvoir de surveillance, des obligations imposées par la loi en projet.

Le Conseil d'État relève, une nouvelle fois, la différence d'approche avec la loi en projet n° 7217 qui a opté pour un régime de sanctions pénales.

Article 11

Quant au délai de recours, le Conseil d'État demande régulièrement de s'en tenir au délai de droit commun qui est de trois mois.

Par ailleurs, dans un souci d'harmonisation des différentes législations, le Conseil d'État propose de reformuler l'article sous examen comme suit :

« **Art. 11.** Les décisions prises par les autorités de contrôle en vertu de la présente loi sont susceptibles d'un recours en réformation

devant le Tribunal administratif ».

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Les énumérations sont caractérisées par un numéro suivi d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°, ...), eux-mêmes éventuellement subdivisés en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante (a), b), c)). En procédant de cette manière, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

En ce qui concerne les montants d'argent, les tranches de mille sont séparées par une espace insécable pour lire par exemple « 1 250 ».

Intitulé

Dans la mesure où la transposition de l'article 31 de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission est assurée au moyen de deux actes nationaux de transposition, chacun de ces actes n'en effectue qu'une transposition partielle. Partant, à l'intitulé de la loi en projet sous avis, l'adjectif « partielle » est à ajouter après les termes « portant transposition ».

Article 1^{er}

À la phrase liminaire, il est superfétatoire d'indiquer que les définitions s'appliquent à la loi en projet « sauf dispositions contraires », de sorte que ces termes sont à supprimer.

Les institutions, administrations, services, etc., prennent une majuscule au premier substantif. Partant, au point 1, lettre g), il convient d'écrire « l'Admⁱⁿistration de l'enregistrement et des domaines » avec une lettre « a » majuscule. De même, au point 1, lettre h), il convient d'écrire « l'Admⁱⁿistration des douanes et accises » et au point 1, lettre j), d'écrire « l'Admⁱⁿistration des contributions directes ».

Article 4

Lors du renvoi aux dispositions de l'article 2 de la loi en projet, le terme « article » est à écrire au singulier.

Article 6

Lorsqu'il est renvoyé à une lettre faisant partie d'une subdivision, il y a lieu d'utiliser le terme « lettre » avant la lettre référée, et non le terme « point ». Partant, il convient d'écrire « l'article 3, paragraphe 1^{er}, lettres b), ba) et bb), de la loi modifiée du 12 novembre 2004 [...] ».

Article 8

À la fin du paragraphe 2 de l'article sous examen, il convient de supprimer le « ne » explétif après « sans que ».

Article 9

Au paragraphe 2, point 4, les auteurs emploient les sigles « CSSF » et « CAA », sans que ceux-ci aient été introduits au préalable. Partant, il convient d'introduire les sigles à l'endroit de l'article consacré aux définitions, pour écrire à l'article 1^{er}, point 1, lettre e), « la Commission de surveillance du secteur financier, ci-après « CSSF » » et au point 1, lettre f) du même article « le Commissariat aux assurances, ci-après « CAA » ».

Toujours au paragraphe 2, point 4, les délais et durées exprimés en années sont à rédiger en toutes lettres pour lire « cinq ans ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 10 juillet 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes