

Projet de loi

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, tel que modifié par la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE

Avis complémentaire du Conseil d'État

(26 mai 2020)

Par dépêche du 30 mars 2020, le président de la Chambre des députés a fait parvenir au Conseil d'État une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission des finances et du budget lors de sa réunion du même jour.

Aux textes desdits amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements ainsi que le texte coordonné du projet de loi sous avis intégrant les amendements parlementaires.

L'avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données, ci-après « CNPD », et le troisième avis complémentaire de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 17 avril et 24 avril 2020.

Le Conseil d'État a pris connaissance de l'avis du président du Tribunal administratif du 11 mai 2020.

Examen des amendements

Amendement 1 concernant l'article 1^{er} du projet de loi

Au dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 1^{er}, la commission parlementaire propose d'écrire « une structure ou des fonctions similaires à celles d'une fiducie et d'un trust » au lieu de la proposition faite par le Conseil d'État d'écrire « une structure ou des fonctions similaires à celle d'une fiducie ou d'un trust ». Selon le commentaire de l'amendement sous rubrique, il

s'agit d'assurer la cohérence du paragraphe en question, dans la mesure où le début de ce dernier prévoit que « sont assimilées aux fiduciaires et trustees ». Afin d'assurer la cohérence du paragraphe, si tant est que la proposition du Conseil d'État ne l'assurât pas, il aurait fallu changer le début du texte pour écrire « sont assimilées aux fiduciaires ou trustees ». Puisqu'une personne sera assimilée soit à un fiduciaire d'une fiducie, soit à un trustee d'un trust, le Conseil d'État peut néanmoins marquer son accord avec l'amendement sous examen.

Amendement 2 concernant l'article 3 du projet de loi

Dans son avis du 24 mars 2020, le Conseil d'État s'était formellement opposé à l'article 3, paragraphe 1^{er}, en raison de l'imprécision des termes « informations élémentaires » et « autres agents réglementés et prestataires de services du trust ou de la fiducie, y compris les conseillers en investissement ou gestionnaires d'investissement, les comptables et les conseillers fiscaux ».

L'amendement 2 entend préciser ces termes. Si le Conseil d'État peut lever l'opposition formelle qu'il avait faite dans son avis du 24 mars 2020, il tient néanmoins à faire les observations suivantes.

D'abord, l'amendement sous rubrique entend préciser les personnes concernées pour viser les « autres professionnels et les entités de droit étranger qui, si leur siège social était situé au Grand-Duché de Luxembourg, seraient considérées comme professionnels, qui prestent des services au trust ou à la fiducie ou qui entrent en relation d'affaires avec le trust ou la fiducie ».

Le Conseil d'État demande à ce que l'adjectif « élémentaire » figurant à l'article 3, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, soit supprimé. Il renvoie à ses observations sous le nouvel alinéa 2 de cet article 3, paragraphe 1^{er}.

D'après ce nouvel alinéa 2, les « autres professionnels et les entités de droit étranger » peuvent être des personnes physiques ou morales. L'utilisation de la notion de « siège social » à l'alinéa 1^{er} est dès lors trop restrictive. Outre le fait qu'il n'est pas correct d'utiliser deux fois le terme « professionnels » (« les autres professionnels [...] de droit étranger qui [...] seraient considérés comme professionnels »), pour assurer une meilleure cohérence du paragraphe 1^{er} et pour souligner qu'il y a deux critères à remplir, à savoir être considéré comme un professionnel au regard du droit luxembourgeois et, ou bien prester des services au trust ou à la fiducie, ou bien entrer en relation d'affaires avec le trust ou la fiducie, le Conseil d'État demande à ce que la première phrase du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, soit formulée de la manière suivante :

« Les trustees des trusts exprès administrés au Grand-Duché de Luxembourg et les fiduciaires obtiennent et conservent ~~des~~ les informations ~~élémentaires~~ énumérées à l'alinéa 2 sur les ~~autres professionnels et les entités~~ personnes de droit étranger qui, si leur siège social ou domicile était situé au Grand-Duché de Luxembourg, seraient considérées comme professionnels, et qui prestent des services au trust exprès ou à la fiducie ou qui entrent en relation d'affaires avec le trust exprès ou la fiducie. »

Ensuite, les « informations élémentaires » sont détaillées dans un nouvel alinéa 2. Selon la CNPD, dans son avis complémentaire, l'alinéa 2 ne

prévoit pas clairement les données à collecter. Le Conseil d'État note que, d'une part, les informations doivent servir à « identifier les personnes concernées » et, d'autre part, l'alinéa 2 renvoie à des informations énumérées à l'article 14, paragraphe 2, de la loi en projet. Or, ces dernières devraient suffire à « identifier les personnes concernées », c'est-à-dire les personnes visées à l'alinéa 1^{er}.

Le Conseil d'État demande à ce que l'alinéa 2 soit rédigé de la manière suivante :

« Les informations ~~élémentaires~~ visées à l'alinéa 1^{er} ~~doivent permettre aux trustees et fiduciaires d'identifier les personnes concernées et comprennent~~ sont, dans le cas d'une personne physique, les informations ~~visées~~ énumérées à l'article 14, paragraphe 2, point 1, lettres a) à c), ~~et h) et i)~~ et i) et, dans le cas d'une personne morale, les informations ~~visées~~ énumérées à l'article 14, paragraphe 2, point ~~2~~, lettres a) à c). »

Amendement 3 concernant l'article 8 du projet de loi

L'article 8 détermine les pouvoirs des autorités de contrôle. Dans son avis du 24 mars 2020, le Conseil d'État s'était formellement opposé au paragraphe 2 pour contrariété avec l'article 7, paragraphe 2, de la loi en projet en vertu duquel ne devraient relever de la compétence de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA que les personnes qui ne sont pas soumises à la surveillance de la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) et du Commissariat aux assurances (CAA).

L'amendement sous examen tient compte de cette opposition formelle qui peut ainsi être levée.

Le Conseil d'État entend encore faire les observations suivantes.

En ce qui concerne les personnes visées au point b) de l'alinéa 1^{er}, c'est-à-dire les personnes visées à l'article 3, paragraphe 1^{er}, il s'agit par définition de personnes ayant leur domicile ou leur siège social ailleurs qu'au Luxembourg. Se pose la question des possibilités de les contraindre à se conformer à une injonction de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA. Dans son avis du 24 mars 2020, à propos de l'article 13, paragraphe 2, le Conseil d'État avait déjà relevé qu'il « n'a pas besoin de rendre attentif au fait que la surveillance des fiduciaires ou trustees qui ne sont pas établis dans un État membre de l'Espace économique européen par l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ne sera pas aisée ».

Le Conseil d'État propose de rédiger l'alinéa 2 de la manière suivante :

« Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, ~~la CSSF et le CAA sont investis du~~ le pouvoir d'injonction qui y est prévu à l'alinéa 1^{er} est exercé par la CSSF et le CAA en ce qui concerne les personnes soumises à leur pouvoir de surveillance respectif conformément à l'article 7. »

Amendements 4 à 6 concernant les articles 11, 23 et 24 du projet de loi

Sans observation.

Amendement 7 concernant l'article 25 du projet de loi

Si le Conseil d'État peut lever l'opposition formelle qu'il avait faite à l'endroit de l'article 25, paragraphe 2, de la loi en projet, il recommande cependant de rédiger ce paragraphe 2 de manière identique à l'article 11, paragraphe 2, de la loi du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs.

L'article 25, paragraphe 2, se lira donc ainsi :

« Les modalités de mise en œuvre concernant l'octroi des accès des autorités nationales sont fixées par règlement grand-ducal. »

Amendement 8 concernant l'article 27 du projet de loi

La modification apportée à l'article 27, paragraphe 3, alinéa 2, n'appelle pas d'observation et le Conseil d'État peut donc lever son opposition formelle.

L'article 27, paragraphe 5, est modifié pour y prévoir un recours en réformation devant le Tribunal administratif contre la décision du directeur de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ou de son délégué concernant l'accès au Registre des fiducies et des trusts. La commission parlementaire entend ainsi répondre à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'État dans son avis du 24 mars 2020, puisque le projet de loi, dans sa version initiale, prévoyait une procédure de référé devant le Tribunal administratif non prévue dans la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. L'amendement sous examen prévoit que le recours en réformation contre la décision du directeur de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ou de son délégué concernant l'accès au Registre des fiducies et des trusts est porté devant le président de chambre du Tribunal administratif ou le juge qui le remplace, sans qu'un appel soit possible.

Selon les auteurs des amendements, la modification proposée serait inspirée de l'article 35 de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

La modification proposée s'écarte de l'article 35 de la loi précitée du 18 décembre 2015 sur la compétence du président de chambre du Tribunal administratif ou du juge qui le remplace et sur l'interdiction de faire appel contre la décision de ce dernier.

En premier lieu, le paragraphe 5, tel qu'amendé, prévoit que l'affaire est jugée par le président de chambre ou le juge qui le remplace. L'article 35, paragraphe 1er, de la loi précitée du 18 décembre 2015 ne prévoit pas de jugement rendu par un juge unique et le paragraphe 2 de cet article 35 ne donne compétence au président de chambre ou au juge qui le remplace uniquement que lorsqu'il « estime que le recours est manifestement infondé ». L'article 35, paragraphe 2, alinéa 2, de la loi précitée du 18 décembre 2015 prévoit que : « Si, par contre, il estime que le recours n'est pas manifestement infondé, il renvoie l'affaire devant le tribunal administratif pour y statuer. »

Le Conseil d'État renvoie à son avis du 16 janvier 2018 relatif au projet de loi n° 71621. Il considère que l'introduction de la compétence d'un juge unique devant le Tribunal administratif doit se faire sur base de critères clairs et que la manière de procéder en l'espèce n'est pas propice à introduire une modification pouvant avoir des conséquences plus fondamentales sur la manière dont doivent fonctionner et s'organiser les juridictions administratives. Il marque dès lors sa nette préférence à ne pas déroger à la composition collégiale afin de connaître des recours en réformation contre une décision d'accès ou refus d'accès au Registre des fiduciaires et des trusts.

En second lieu, en ce qui concerne l'interdiction de faire appel contre la décision de première instance, à nouveau, la loi précitée du 18 décembre 2015 ne peut servir de précédent. L'article 35, paragraphe 1er, de cette loi prévoit la possibilité d'interjeter appel contre une décision du Tribunal administratif. Le paragraphe 2 interdit un appel contre une décision du président de chambre ou du juge qui le remplace, mais il convient de souligner que le président de chambre, ou le juge qui le remplace, ne peut se prononcer que s'il estime que le recours est manifestement infondé et que si l'affaire est transmise à la formation collégiale, un recours devant la Cour administrative est permis. Il y a lieu de relever, par ailleurs, que la décision prise par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, à propos de l'accès au Registre des bénéficiaires effectifs, est susceptible d'appel conformément à l'article 7, paragraphe 3, auquel renvoie l'article 15, paragraphe 5, de la loi précitée du 13 janvier 2019.

Le Conseil d'État renvoie à l'arrêt no 96/13 de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2013 rendu à propos du respect de l'égalité devant la loi ancré à l'article 10bis de la Constitution². Il s'interroge sur les critères qui peuvent être avancés pour admettre que l'interdiction de faire appel actuellement, prévue à l'article 27, paragraphe 5, est une mesure « rationnellement justifiée et adéquate à son but ». Par conséquent, le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel sur le fondement de l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution dans l'attente de la justification de l'interdiction proposée au regard de cet article 10bis tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle, à moins que la commission parlementaire ne décide de modifier le paragraphe 5 en faveur de l'application du droit commun en la matière.

Par ailleurs, la deuxième phrase, aux termes de laquelle « le recours doit faire l'objet d'une seule requête introductive, sous peine d'irrecevabilité du recours séparé », se comprend dans le cadre de l'article 35 de la loi précitée du 18 décembre 2015 qui prévoit un recours en réformation contre deux, voire trois décisions différentes : le paragraphe 1^{er} contre les décisions de refus ou de retrait de la demande de protection internationale et contre l'ordre de quitter le territoire et le paragraphe 2 contre la décision du ministre de statuer sur le bien-fondé de la demande de protection internationale dans le cadre d'une procédure accélérée, la décision de refus de la demande de protection internationale prise dans ce cadre et l'ordre de quitter le territoire. Or, en l'espèce, le recours en réformation ne porte que sur une décision, à savoir celle du directeur de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de

¹ Avis du Conseil d'État du 16 janvier 2018 sur le projet de loi relative à l'évaluation des incidences sur l'environnement (doc. parl. n° 7162⁴, p. 9).

² Publié au Journal officiel, A n° 54 du 29 mars 2013, pp. 722 et 723.

la TVA concernant l'accès au Registre des fiducies et des trusts. La référence faite à la deuxième phrase de l'article 31, paragraphe 5, tel qu'amendé, à une seule requête introductive et à l'irrecevabilité d'un « recours séparé » doit donc être supprimée.

Finalement, l'article 27, paragraphe 5, devrait préciser que le fait qu'il n'y ait qu'un seul mémoire se fait « par dérogation à la législation en matière de procédure devant les juridictions administratives ».

Amendement 9 concernant l'article 30 du projet de loi

La modification apportée au paragraphe 1^{er} de l'article 30 n'appelle pas d'observation.

En ce qui concerne le nouveau paragraphe 3, les références à l'article 25, paragraphe 1^{er}, et à l'article 26, paragraphe 1^{er}, doivent être supprimés, dans la mesure où les autorités nationales et les organismes d'autorégulation sont définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la loi en projet.

En outre, « le gestionnaire », terme repris de l'article 13, paragraphe 3, de la loi précitée du 13 janvier 2019, doit être remplacé par « le directeur de l'AED ou son délégué ».

Amendement 10 concernant l'article 31 du projet de loi

Le Conseil d'État renvoie à ses observations et à la réserve de dispense du second vote constitutionnel concernant l'amendement 8, point 2, visant l'article 27, paragraphe 5, du projet de loi. Ces observations s'appliquent également à l'amendement sous examen modifiant l'article 31, paragraphe 5, de la loi en projet.

Amendement 11 concernant l'article 33 du projet de loi

La suppression de l'article 33, paragraphe 3, de la loi en projet n'appelle pas d'observation et le Conseil d'État peut lever l'opposition formelle qu'il avait faite dans son avis du 24 mars 2020.

Concernant les explications sur l'article 27, paragraphe 2, alinéa 3, de la loi en projet

Dans son avis du 24 mars 2020, le Conseil d'État s'était interrogé sur le bien-fondé du dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 27 du projet de loi qui prévoit qu'« à l'appui de la demande il est joint un extrait du casier judiciaire [...] ». Il avait réservé sa position quant au second vote constitutionnel au regard des principes de nécessité et d'adéquation du traitement de données à caractère personnel prévus à l'article 5, paragraphe 1^{er}, lettres b) et c), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

La commission parlementaire relève, à juste titre, que « les informations contenues dans le Registre des fiducies et des trusts sont

hautement personnelles et sensibles en ce qu'elles comprennent des indications sur l'étendue des intérêts effectifs détenus par le bénéficiaire effectif en question ». Elle relève que l'intention était de préserver l'équilibre entre l'intérêt du grand public et les droits fondamentaux des personnes concernées.

Selon la commission parlementaire, « il a [...] été jugé nécessaire et adéquat de mettre à disposition du directeur de l'AED ou de son délégué, aux fins de l'appréciation de l'existence d'un intérêt légitime qu'il leur appartient de faire, un extrait du casier judiciaire en tant qu'élément objectif à prendre en compte dans la détermination si le demandeur justifie de garanties suffisantes d'honorabilité ».

Suivant la commission parlementaire, si le Conseil d'État estimait que les explications fournies ne seraient pas suffisantes, elle proposerait de supprimer, à l'article 27, paragraphe 2, alinéa 4, de la loi en projet, l'exigence pour le requérant de fournir un extrait de son casier judiciaire.

Le Conseil d'État ne peut que souscrire à l'objectif d'équilibre entre les intérêts du demandeur et les droits fondamentaux des personnes concernées, tout en relevant que, d'après l'article 27, paragraphe 1^{er}, de la loi en projet, le « grand public » n'aura pas accès au Registre des fiducies et des trusts.

Par ailleurs, l'article 27, paragraphe 1^{er}, ne soumet pas le demandeur à l'accès au Registre des fiducies et des trusts à la condition de ramener la preuve de « garanties suffisantes d'honorabilité ». Il exige seulement du demandeur d'avoir un « intérêt légitime dans le cadre de la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment ou de financement du terrorisme ».

Dans son avis complémentaire, la CNPD regrette que les explications données « [...] ne répondent pas aux questions soulevées par la CNPD dans son avis du 28 février 2020 et à celles soulevées par le Conseil d'État dans son avis du 24 mars 2020. [...] tout comme le Conseil d'État, la CNPD s'interroge sur le lien entre l'extrait du casier judiciaire et l'accès au registre. Est-ce que l'accès serait systématiquement refusé aux personnes ne disposant pas d'un extrait de casier judiciaire vierge ? » Le Conseil d'État partage cette position. Ainsi est-ce que l'indication dans le casier judiciaire d'une infraction aux prescriptions du Code de la route ou d'une législation similaire interdirait à une personne d'avoir accès au Registre des fiducies et des trusts ?

Le Conseil d'État doit ainsi maintenir sa position, dans la mesure où les explications données par la commission parlementaire ne permettent pas de justifier l'exigence de la délivrance d'un extrait du casier judiciaire au regard des principes de nécessité et d'adéquation du traitement de données à caractère personnel prévus à l'article 5, paragraphe 1^{er}, lettres b) et c), du règlement (UE) 2016/679 précité, ceci d'autant plus que l'honorabilité du demandeur n'est pas une condition à l'accès au Registre des fiducies et des trusts.

Le Conseil d'État relève encore que la commission parlementaire n'a pas pris position sur les questions pratiques qu'il avait soulevées dans son avis du 24 mars 2020, à savoir l'application de cette disposition à des requérants qui sont ressortissants de pays où il n'existe pas de casier

judiciaire, les extraits qui ne seraient pas rédigés en français ou allemand et la transmission de ces documents par voie électronique.

Selon la CNPD, dans son avis complémentaire, « le projet de loi n'exige pas qu'un demandeur doive fournir une pièce d'identité à l'appui de sa demande ».

Dans la mesure où la commission parlementaire propose de supprimer l'exigence pour le demandeur de fournir un extrait de son casier judiciaire, ce à quoi le Conseil d'État peut marquer son accord, ce qui lui permet de lever sa réserve de dispense du second vote constitutionnel, elle pourrait compléter l'article 27, paragraphe 2, alinéa 4, pour exiger du demandeur de fournir une copie de son passeport ou de sa carte d'identité, s'il s'agit d'une personne physique, ou un extrait d'inscription à un registre de commerce et des sociétés ou registre équivalent, s'il s'agit d'une personne morale.

Observation d'ordre légistique

Amendement 4

Il y a lieu d'écrire « 31, alinéa 1^{er}, point 1*bis*, [...] ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 26 mai 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu