



Barreau  
de Luxembourg

MINISTERE DE LA JUSTICE  
Monsieur le Ministre  
Felix BRAZ

L-2934 LUXEMBOURG

Luxembourg, le 9 MAR. 2018

Concerne: Avis du Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg

- sur 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
- sur le projet de loi n° 7217 instituant un registre de 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 et du Conseil et 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

Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur de vous remettre en annexe à la présente l'avis du Barreau de Luxembourg relatif aux projets de loi nos 7216 et 7217.

Je me tiens volontiers à votre disposition pour toutes demandes de précisions complémentaires.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma parfaite considération.

François PRUM  
Bâtonnier

**Avis du Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg**

- sur 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
- sur le projet de loi n° 7217 instituant un registre de 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

---

Le Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg a pris connaissance des projets de loi n°7216 déposé par le Ministre des Finances et n°7217 déposé par le Ministre de la Justice, tous les deux en date du 6 décembre 2017.

Il a également pris connaissance des avis des juridictions administratives, de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises, de la Cour supérieure de justice, de l'Ordre des Experts-comptables et de la Chambre de commerce qui ont été rendus depuis cette date.

Le Conseil de l'Ordre souhaite soulever certaines questions d'opportunité relatives à ces projets de loi et par ailleurs attirer l'attention sur un nombre de difficultés techniques auxquelles ils peuvent donner lieu dans leur version actuelle.

### **1. Considérations générales**

De manière générale, le Conseil de l'Ordre comprend la nécessité d'accroître la transparence de la vie des affaires et dès lors d'améliorer l'identification des bénéficiaires effectifs des structures sociétaires et des fiducies afin d'agir contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le Conseil de l'Ordre donne cependant à considérer, vu le risque d'empiètement sur la protection de la vie privée et des données, que les pouvoirs et obligations prévues dans les projets de loi n° 7216 et n° 7217 devront être liés et proportionnés à l'objet de ces projets de loi et au but qu'ils cherchent à atteindre.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il est essentiel que ces projets de loi ne portent pas atteinte aux valeurs fondamentales de notre société parmi lesquelles en particulier la protection de la vie privée et des données.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre estime important de ne pas perdre de vue les aspects pratiques ainsi que les coûts administratif et financier engendrés par les projets de loi. En effet, les projets de loi prévoient, d'une part, des délais de traitement très courts et, d'autre part, un contrôle étendu et au fond des demandes d'inscriptions aux registres respectifs. Une telle extension des pouvoirs créerait une charge de travail et des coûts difficilement maîtrisables pour les autorités chargés de la gestion des registres au vu du nombre très important de dossiers à traiter<sup>1</sup>.

Il faut également garder à l'esprit que la vie des affaires exige une certaine rapidité d'exécution. Instaurer un contrôle *a priori* au fond des demandes d'inscription semble incompatible avec la rapidité nécessaire dans ce contexte.

La mise en œuvre pratique des projets de loi sera de la plus haute importance et dépendra en grande partie des règlements grand-ducaux d'exécution dont le Conseil de l'Ordre ne dispose pas à ce jour. A titre d'exemple, le projet de loi n°7217 est silencieux sur les formalités à accomplir dans l'hypothèse où une entité a émis des titres qui seront qualifiés ci-dessous comme titres exemptés, ou dans le cas d'un actionnariat dispersé où aucun bénéficiaire effectif ne dépasse un certain seuil de détention dans la structure.

## 2. Projet de loi n°7217 - Commentaire des articles

### 2.1 Article 1, point 4 – Définition d'entité immatriculée

Le projet de loi prévoit d'exclure les sociétés cotées de la définition des « entités immatriculées », ces sociétés étant déjà soumises à des règles propres en matière de transparence. Le libellé du projet de loi est, d'après le commentaire des articles, emprunté de l'article L-561-46 du Code monétaire et financier français.

Il est cependant concevable qu'une entité immatriculée émette aussi bien des titres exemptés que des titres pleinement soumis aux règles prévues par le projet de loi n° 7217. En conséquence, il serait préférable de créer une exemption concernant non pas la qualité d'entité immatriculée, mais qui soit plus limitée et liée à la nature des titres émis par l'entité immatriculée.

---

<sup>1</sup> Selon les estimations du Conseil de l'Ordre, le projet de loi n°7217 concernerait autour de 135.000 entités. En supposant que chaque dossier exigerait une heure de travail en moyenne (ce qui ne semble pas déraisonnable, comme le projet implique une vérification au fond avec traitement des difficultés éventuelles), à traiter endéans une période 6 mois, cela reviendrait à 135.000 heures réparties sur 26 semaines. Il faudrait environ 130 personnes auprès du gestionnaire qui s'occupent de cette tâche à temps plein (40 h / sem.) en faisant abstraction des congés et des modifications d'inscription dans des dossiers déjà existants. Des estimations chiffrées sont plus difficiles pour le nombre de fiducies concernées par le projet de loi n°7216, mais la question de la charge de travail et des coûts pour l'administration de l'enregistrement et des domaines se pose également.

Par ailleurs, il y a lieu de s'interroger si la définition prévue dans le projet de loi n° 7217 n'est pas trop étroite. En effet, en l'état actuel du cadre législatif et du fonctionnement des systèmes disponibles, il sera matériellement impossible non seulement pour toute société cotée sur un marché réglementé, mais encore pour toute société dont les titres sont admis à la négociation sur un autre marché, de même que pour toute société dont les titres font l'objet d'un clearing, d'identifier ses bénéficiaires effectifs. D'une part, la société ne dispose pas de ces informations et, d'autre part, elle ne dispose d'aucun moyen juridique pour en obtenir communication. A titre d'exemple, cette situation pourrait se présenter pour une société dont les titres sont admis à la négociation sur le marché Euro MTF de la Bourse de Luxembourg, et qui ne bénéficierait pas, en l'état actuel du texte proposé, de l'exonération applicable aux sociétés cotées.

Il est donc proposé de modifier la définition d'entité immatriculée de la manière suivante :

*« entité immatriculée » : les entités immatriculées au registre de commerce et des sociétés telles que visées à l'article 1er, points 2° à 4°, 6° à 13° et 15°, 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;*

Il est en plus proposé d'ajouter une nouvelle définition de titres exemptés de la manière suivante :

*« titres exemptés » : les titres admis dans un système de règlement de titres au Grand-Duché de Luxembourg ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans un système de règlement de titres ou inscrits en compte auprès d'un dépositaire central de titres reconnu par l'Autorité Européenne des Marchés Financiers, ou admis à la négociation sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation au Grand-Duché de Luxembourg ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans un autre pays tiers imposant des obligations reconnues comme équivalentes par la Commission européenne au sens de la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE ; »*

Enfin, il y a lieu de créer un nouvel article 3 qui prévoit ce qui suit :

*« Les entités immatriculées ayant émis des titres exemptés sont exonérées de l'obligation d'inscrire au Registre des bénéficiaires effectifs et de conserver toute information en relation avec les bénéficiaires effectifs de ces titres exemptés. »*

Il y a lieu de constater que les risques de blanchiment dans un tel contexte sont faibles voire inexistants, car les participants à des systèmes de règlement des opérations sont soumis eux-mêmes à des obligations d'identification de leurs clients.

## 2.2 Article 4(1) - Le délai de transmission des informations au registre de commerce et des sociétés

Ce délai a été fixé à 30 jours à partir de l'événement qui les rend nécessaires. L'obligation pèse sur l'entité immatriculée.

En premier lieu et au vu de la définition large du bénéficiaire effectif, l'entité immatriculée ne sera souvent pas informée de l'événement qui rend nécessaire une modification de l'inscription au Registre

des bénéficiaires effectifs, notamment si le changement intervient non pas au niveau de l'actionnariat de l'entité immatriculée, mais au niveau d'un associé indirect de celle-ci.

Par ailleurs, il s'agit d'un délai extrêmement court, sanctionné par des peines pénales. Or, il est vraisemblable que ce délai sera difficile à respecter dans un contexte où l'entité luxembourgeoise est en général détenue directement ou indirectement par des entités étrangères, et, dans un certain nombre de cas, par des bénéficiaires effectifs non-européens. Il sera très difficile de respecter le délai notamment dans l'hypothèse où l'entité immatriculée dispose de plusieurs bénéficiaires économiques sans aucun lien entre eux.

Afin de ne pas indument exposer les dirigeants d'entités luxembourgeoises à des sanctions pénales et de préserver l'intérêt pour ce type de mandats, il convient de prévoir un délai d'inscription les autorisant dans une première phase à chercher à collecter l'information requise de par la loi, mais leur permettant éventuellement de prendre les mesures nécessaires après la phase de recherche dans l'hypothèse où les informations n'ont pas pu être collectées.

En conséquence, le point de départ du délai d'inscription doit être fixé au moment où l'entité immatriculée « a pris connaissance ou aurait dû prendre connaissance de l'événement qui la rend nécessaire ».

Vu les difficultés potentielles dans la collecte de l'information, un délai de transmission de 3 mois serait plus approprié afin de ne pas créer un climat d'insécurité et d'imprévisibilité parmi les dirigeants de sociétés luxembourgeoises.

### 2.3 Article 4(3) – Pièces justificatives

Le projet de loi prévoit que la demande d'inscription soit accompagnée de pièces justificatives, pièces dont la nature sera fixée par règlement grand-ducal. Il est à noter que la directive (UE) 2015/849 ne mentionne pas de pièces justificatives.

Il convient de s'interroger si la fourniture de pièces justificatives publiquement disponibles n'est pas contraire aux règles de protection de la vie privée, cela d'autant plus qu'elle ne présente que peu d'intérêt, étant donné que les entités immatriculées auront l'obligation de conserver ces pièces justificatives au siège social et que par ailleurs, en vertu de la législation anti-blanchiment, tous les prestataires de services sont soumis à cette même obligation. Il est à noter que l'examen et le traitement de pièces justificatives représenteront une charge de travail importante qui viendra s'ajouter à la masse de travail déjà substantielle qui découlera du présent projet.

Si la fourniture de pièces justificatives est considérée comme étant indispensable, il conviendra de s'assurer du caractère raisonnable de ces exigences, afin de préserver la vie privée des bénéficiaires effectifs et d'éviter les entraves administratives à la gestion des sociétés.

### 2.4 Article 5 – Traitement des données

En ce qui concerne l'article 5(2), deuxième alinéa se pose la question si le gestionnaire n'est pas plutôt le sous-traitant du ministre ayant la Justice dans ses attributions.

Dans l'article 5(3), le Conseil de l'Ordre estime que le gestionnaire n'est certes pas responsable du contenu des informations qui lui sont communiquées mais il devrait rester responsable de toute erreur d'inscription qui lui sera imputable.

#### 2.5 Article 6(2) – Délai d'inscription

Le projet prévoit que le gestionnaire dispose d'un délai de 3 jours suivant le dépôt de la demande d'inscription pour procéder à l'inscription. Vu le nombre important de demandes d'inscription devant intervenir avant la fin de la période transitoire, il est probable que le gestionnaire n'arrivera pas à y faire face. Il serait dès lors préférable de prévoir un délai plus long pendant la période transitoire.<sup>2</sup>

#### 2.6 Article 7 - Contrôle des inscriptions par le gestionnaire

Le projet prévoit que le gestionnaire refusera toute demande d'inscription incomplète ou non conforme. Le gestionnaire refuse également d'inscrire ou de modifier les informations qui ne correspondent pas aux pièces justificatives. Le projet de loi ne spécifie cependant pas comment ce contrôle sera effectué.

Un tel contrôle soulève la question des coûts administratif et financier très substantiels qu'il engendrerait, et cela aussi bien pour les justiciables que pour le gestionnaire. Afin de maintenir ces coûts dans les limites de l'acceptable et de permettre un traitement des demandes dans des délais raisonnables au vu du nombre très élevé d'entités concernées et des ressources limitées du gestionnaire, la mission du gestionnaire ne pourra pas consister en un contrôle au fond, mais devra être limité à un contrôle sommaire à l'instar du contrôle prévu à l'article 21(2) paragraphe 3 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. Le Conseil de l'Ordre donne également à considérer que les entités immatriculées incluent non seulement de grandes sociétés dotées d'une certaine infrastructure administrative mais aussi des petites et moyennes entreprises, voire des entités sans but lucratif.

Notons par ailleurs que le terme « requérant » utilisé dans cet article n'est pas défini et devrait donc l'être, ou alors devrait être remplacé par le terme « entité immatriculée ».

Concernant l'article 7(3), le délai de huit jours est particulièrement court et il y a lieu de s'interroger si le délai proposé laisse suffisamment de temps à l'entité immatriculée pour pouvoir efficacement exercer son droit de recours. Un délai plus long serait préférable dans l'intérêt du justiciable, la directive 2015/849 ne fixant pas d'exigence en la matière.

Enfin, le texte ne se prononce pas sur les conséquences d'un refus définitif d'inscription. Une disposition en ce sens peut présenter une utilité, notamment dans l'hypothèse de dossiers incomplets dans des situations non sanctionnables pénalement, afin d'éviter que des entités immatriculées ne se retrouvent dans une zone grise en étant en situation irrégulière en ce qui concerne le présent projet de loi alors qu'elles restent en situation parfaitement régulière du point de vue du droit des sociétés.

#### 2.7 Article 8(1) – Obligation d'informer le gestionnaire en cas d'erreur dans ou de défaut de fourniture de données

---

<sup>2</sup> Voir ci-dessus, Considérations générales.

Toute personne disposant d'un accès aux informations du registre des bénéficiaires effectifs sera tenue de d'informer le gestionnaires si elle constate l'existence de données erronées ou le défaut de tout ou partie des données (article 8(1)). Il est à noter que cette obligation ne figure pas dans la directive 2015/849.

Le Conseil de l'Ordre s'oppose à cette obligation lourde et très générale à charge des personnes consultant le registre de bénéficiaires effectifs. Il appartient aux entités immatriculées de faire en sorte que les informations fournies au gestionnaire soient correctes. Il n'y a pas lieu de créer une obligation de vérification et de délation généralisée à charge de chaque personne disposant d'un accès au registre des bénéficiaires effectifs, combinée notamment au fait que les données de journalisation sont conservées pendant un délai de cinq ans à partir de leur enregistrement (article 13(2)), et créant de ce fait un pouvoir exorbitant dans le chef du gestionnaire.

Il convient de modifier le texte de sorte à ce que ces personnes aient le droit, et non l'obligation d'informer le gestionnaire.

2.8 Article 10 – Cet article prévoit que certaines informations devront être conservées pendant une durée de 5 ans après la date à laquelle l'entité est dissoute ou « cesse d'exister ». Etant donné le caractère juridiquement imprécis de cette formulation, le Conseil de l'Ordre préconise de prévoir que les informations sont conservées pour une de cinq ans « après la date de radiation de l'entité du registre de commerce et des sociétés. »

## 2.9 Chapitre 4 – Accès au registre des bénéficiaires effectifs

### 2.9.1 Article 11(1) – Les autorités nationales

Outre les autorités judiciaires, certaines autorités gouvernementales disposeront d'un accès au registre. En vertu du principe de spécialité, il doit être précisé dans le projet de loi que toutes ces autorités, et non seulement le ministère des Affaires étrangères et européennes et le ministère des Finances, doivent agir dans l'exercice des missions leur incombant dans le cadre de leurs compétences spécifiques en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Dans le cas spécifique de l'administration des contributions directes, l'accès peut, en vertu de la directive 2016/2258 (UE) du Conseil du 16 décembre 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux, être étendu si cette administration agit dans le cadre de la coopération administrative européenne et internationale en matière fiscale.

### 2.9.2 Article 15(1) et (3) – L'intérêt légitime

Toute personne démontrant un intérêt légitime peut demander l'accès au registre des bénéficiaires effectifs.

Si cette disposition est prévue telle quelle par la directive 2015/849, la directive ne donne pas plus de détails en ce qui concerne la notion d'intérêt légitime.

Le Conseil de l'Ordre fait sienne l'argumentation mise en avant à ce sujet dans l'avis des juridictions administratives du 18 janvier 2018, notamment en ce qui concerne les développements concernant la

protection de la vie privée et des données. Le Conseil de l'Ordre renvoie en particulier à la décision n°2015-591 QPC du 21 octobre 2016 de la Cour Constitutionnelle française et au considérant 14 de la directive 2015/849 soulignant que « *les Etats membres devraient également s'assurer que l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs est accordé, conformément aux règles en matière de protection des données, à d'autres personnes pouvant justifier d'un intérêt légitime en ce qui concerne le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les infractions sous-jacentes associées comme la corruption, les infractions fiscales pénales et la fraude* ».

Le Conseil de l'Ordre suggère en conséquence fortement de préciser l'accès au registre des bénéficiaires effectifs au-delà de la notion d'intérêt légitime, en prenant en considération la protection de la vie privée et des données.

Concernant l'article 15(3), cette disposition prévoit implicitement que l'entité immatriculée a un délai de moins de cinq jours ouvrables pour introduire un recours complété d'une éventuelle requête en effet suspensif devant les juridictions administratives. Ce délai semble trop court pour que l'entité immatriculée puisse utilement exercer son droit de recours. Un délai plus long est envisageable, la directive 2015/849 ne fixant pas d'exigence en la matière. Dans le même ordre d'idées, il pourrait être utile de préciser quelles sont les voies de recours à l'encontre d'une décision de la commission de coordination.

#### 2.10 Article 16(3) – Limitation de l'accès au registre

Le projet de loi ne prévoit pas que l'entité immatriculée elle-même puisse avoir accès au Registre des bénéficiaires effectifs pour contrôler le dépôt effectif et la retranscription correcte des informations qu'il communique au gestionnaire. Compte tenu de la sévérité des sanctions prévues par le projet de loi et également du fait que l'inscription pourra être faite par un notaire conformément à l'article 4(1) du projet de loi, il semble nécessaire de prévoir un droit d'accès en faveur de l'entité immatriculée aux fins de vérification des informations transcrites.

#### 2.11 Article 19 – Protection des données

Le respect des règles relatives à la protection des données à caractère personnel incombant à la fois au Ministre de la Justice, au gestionnaire, aux entités immatriculées et à toute personne ayant accès au Registre des bénéficiaires effectifs, il conviendrait de préciser que les personnes physiques ou morales qui traitent des données à caractère personnel selon les dispositions de la présente loi sont tenues d'effectuer ce traitement en conformité avec la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. A noter que, en fonction de la date d'adoption finale du présent projet de loi il y aura le cas échéant lieu de remplacer la référence à la loi modifiée du 2 août 2002 par une référence directe au règlement 2016/679.

#### 2.12 Article 21 – Fourniture d'informations aux autorités nationales sur simple demande

L'article 21 prévoit que les entités immatriculées doivent fournir aux autorités nationales, et sur simple demande, les informations visées à l'article 3 et les informations sur leur propriétaire légal. L'article semble par conséquent sous-entendre que toute autorité nationale sera en droit, par une demande qui

ne devra pas être motivée, de requérir de manière tout à fait discrétionnaire des informations sur toute entité immatriculée.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis que ce texte peut conduire à des violations fondamentales de la protection des données et de la vie privée, permettant aux administrations de mener des « fishing expeditions » selon leur bon vouloir.

Il convient dès lors de préciser ici également que le pouvoir des administrations ne peut s'exercer que dans le cadre de l'exercice de leur mission précise et du projet de loi.

Le Conseil de l'Ordre propose les modifications textuelles suivantes :

*« Les entités immatriculées doivent fournir aux autorités nationales, sur simple demande effectuée dans l'exercice de leur mission en vertu de l'article 11 de la présente loi, les informations visées à l'article 3 et les informations sur le bénéficiaire effectif. »*

Par ailleurs, les articles 21 et 22 font référence aux informations sur le propriétaire légal de l'entité immatriculée. Un tel concept n'étant pas défini par la loi, il serait utile de préciser ce qu'il faut entendre par propriétaire légal.

#### 2.13 Article 23, 24 et 25 - Sanctions pénales

Le Conseil de l'Ordre entend que le législateur a voulu créer un projet de loi assorti de sanctions pénales afin de créer un texte législatif dissuasif et efficace. Le Conseil de l'Ordre donne cependant à considérer que le projet est issu de la directive 2015/849 et a donc pour finalité la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme. Il devra donc s'insérer dans ce cadre et ne devra pas être détourné à d'autres fins.

Le Conseil de l'Ordre note par ailleurs que la directive 2015/849 n'envisage pas expressément un système de sanctions pénales et incite le législateur à réfléchir à la proportionnalité de ces sanctions aux infractions qu'elles sont censées sanctionner.

A titre préliminaire, le Conseil de l'Ordre constate que sont punis pénalement l'entité immatriculée ainsi que son « mandataire ». Le terme mandataire ne fait pas l'objet d'une définition. Il convient dès lors de préciser que par mandataires, il faut comprendre les mandataires sociaux, à savoir les gérants et administrateurs des entités immatriculées.

Encore à titre préliminaire, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la compatibilité du dispositif envisagé avec l'article 34, alinéa 1er, du Code pénal qui dispose que :

« Lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38. »

Les incriminations prévues aux articles 23(1) et 24(1) du projet de loi concernent des délits matériels d'omission. Dans les hypothèses envisagées, les omissions en question seront le plus souvent le produit d'une simple négligence, dont on ne peut pas dire qu'elle serait « dans l'intérêt » de l'entité immatriculée en question. Il convient soit (i) de clarifier que l'entité immatriculée ne sera responsable

que si le délit a été commis en son nom et dans son intérêt soit (ii) d'exclure expressément l'application du principe de droit commun posé à l'article 34, alinéa 1er du Code pénal.

#### 2.13.1. Article 23(1) - Sanctions prévues en cas de retard de transmission d'informations au registre des bénéficiaires économiques

Le projet de loi crée une infraction pénale matérielle en prévoyant des sanctions pénales lourdes en cas de simple dépassement des délais d'inscription au Registre des bénéficiaires effectifs.

Or, un dépassement de délais n'implique pas nécessairement un blanchiment de capitaux ou un financement du terrorisme. En effet, ni l'entité immatriculée ni ses dirigeants ne disposeront nécessairement eux-mêmes des informations requises pour l'inscription mais devront les recevoir des associés directs et/ou indirects de la société luxembourgeoise. Dans de nombreux cas, ni la société luxembourgeoise ni ses dirigeants n'auront raisonnablement les moyens de s'assurer en permanence du respect de ses obligations par l'entité immatriculée, notamment en cas de changement d'un bénéficiaire effectif non directement associé de l'entité immatriculée.

En conséquence et afin de protéger les dirigeants de bonne foi de l'entité immatriculée, une sanction administrative à l'instar de celles prévues par la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés semble plus équitable. Une sanction pénale pourrait être prévue dans une deuxième phase.

#### 2.13.2 Article 23(2) et 24 (2) – Sanctions pénales prévues à l'encontre des entités immatriculées

Sont sanctionnées pénalement :

- toute demande d'inscription inexacte, incomplète ou non actuelle au registre des bénéficiaires effectifs aux fins de l'inscription des informations visées à l'article 3.
- la fourniture d'informations inexactes ou non actuelles.

Ces deux infractions doivent être commises « sciemment », ce qui sous-entend en principe la nécessité d'un dol général. Or, le but de ce projet de loi est strictement limité à combattre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Dès lors, le Conseil de l'Ordre estime que les infractions prévues dans ces articles devraient être sujettes à sanction exclusivement dans l'hypothèse où elles visent à induire en erreur en ce qui concerne l'identification du bénéficiaire effectif. Il convient dès lors d'ajouter aussi bien à l'article 23(2) qu'à l'article 24(2) les mots suivants :

*« [...] dans la mesure où ces informations visent à induire en erreur en ce qui concerne l'identification du ou des bénéficiaires effectifs. »*

#### 2.13.3 Article 24(1) – Sanction matérielle prévue à l'encontre des entités immatriculées

L'omission par une entité immatriculée d'obtenir et de conserver, au lieu de son siège, toutes les informations sur leurs bénéficiaires effectifs visées à l'article 3 est sanctionnée par le projet de loi indépendamment du fait si cette omission a eu lieu sciemment ou non.

Or, il n'y a pas lieu de traiter cette infraction différemment des infractions prévues aux articles 23(2) et 24(2). Au contraire, l'obligation de conserver les informations sur leurs bénéficiaires effectifs représente

une obligation accessoire liée à l'obligation de transmettre ces mêmes informations au gestionnaire. Il paraît difficilement concevable et disproportionné qu'une simple problématique de documentation, peu importe son degré de gravité et n'impactant d'aucune manière l'identification du bénéficiaire effectif puisse, mécaniquement, aboutir à une condamnation pénale substantielle.

Le Conseil de l'Ordre propose par conséquent de prévoir, dans ce cas également, l'ajout suivant :

*« [...] dans la mesure où ce défaut vise à induire en erreur en ce qui concerne l'identification du ou des bénéficiaires effectifs. »*

#### 2.13.4 Article 25(1) – Sanctions pénales prévues à l'encontre des organismes d'autorégulation

Il est également prévu de sanctionner pénalement les organismes d'autorégulation qui auront sciemment demandé l'accès aux informations du registre des bénéficiaires effectifs en-dehors de l'exercice de leur mission de surveillance.

Si l'Ordre des avocats est doté de la personnalité juridique, le Conseil de l'Ordre ne l'est pas et n'est donc pas susceptible de sanctions pénales.

A supposer même que les organes pertinents des organismes d'autorégulation disposent de la personnalité morale, il faut garder à l'esprit qu'ils sont en charge de faire respecter la déontologie parmi leurs membres et disposent de par cette fonction d'une honorabilité au-dessus de tout soupçon et équivalente à l'honorabilité des administrations étatiques. Il n'y aurait donc en tout état de cause pas plus lieu de prévoir de sanctions pénales à leur encontre qu'à l'encontre des administrations gouvernementale et judiciaires.

#### 2.14 Article 27 – Délai de mise en conformité

La loi prévoit une clause de grand-père accordant six mois aux entités immatriculées pour se mettre en conformité avec la nouvelle loi. Etant donné le domaine d'application extrêmement large de la loi et le nombre très important de sociétés luxembourgeoises, ce délai paraît très court et peu réaliste, aussi bien pour les entités concernés que pour le registre de commerce dont il n'est pas certain qu'il pourra faire face au nombre massif de demandes d'inscriptions.<sup>3</sup>

Il est préconisé d'allonger ce délai à douze mois.

A titre d'exemple, il semblerait qu'en Belgique, alors que la loi créant le registre des bénéficiaires effectifs a été adoptée définitivement le 18 septembre 2017, le registre devrait être opérationnel uniquement en juin 2018.

#### 2.15 Commentaires purement formels

- Article 1, point 7 – Définition du concept de professionnel

Le renvoi prévu à cet article semble erroné et devra être modifié.

- Article 4(1)

---

<sup>3</sup> Voir également ci-dessus, Considérations générales.

Il y a lieu de modifier le premier alinéa de cet article comme suit :

*« L'inscription des informations visées à l'article 3 et de leurs modifications **doit** être demandée dans le mois au plus tard de l'événement qui la rend nécessaire par l'entité immatriculée ou par son mandataire, sauf dispositions légales particulières. »*

### 3. Projet de loi n°7216

#### 3.1 Commentaire général

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur les différences structurelles entre le projet de loi n°7217 et le projet de loi n°7216, projets ayant tous les deux la même finalité. Ces différences structurelles se manifestent de la manière suivante :

- Les deux projets de loi prévoient la création de registres. Or, ces registres seront établis auprès de deux autorités différentes, le Registre des bénéficiaires effectifs auprès du groupement RCSL sous la tutelle du Ministère de la Justice et l'autre auprès de l'administration de l'enregistrement et des domaines (l'« AED »). Alors que cette répartition est sans aucun doute due à une problématique de statut de ces autorités, le Conseil de l'Ordre ne peut que la regretter. En effet, la conséquence en sera d'une part et en dépit de toute organisation rationnelle qu'il sera nécessaire de créer des effectifs pour traiter les demandes d'inscription auprès du groupement RCSL d'une part et auprès de l'AED d'autre part. D'autre part, et alors que les informations à fournir se recouperont très largement pour les deux registres, il est probable que les deux autorités prendront des positions divergentes sur la notion de bénéficiaire effectif et sur le type de documents à fournir, de sorte qu'une entité qui agirait en même temps comme bénéficiaire effectif d'une fiducie peut être amenée à devoir fournir des informations différentes selon qu'elle communique avec le groupement RCSL et l'AED. Un regroupement des registres auprès d'une même autorité semble dès lors préférable.

- Comme indiqué sous le point 2.13 ci-dessus, le projet de loi n°7217 prévoit des sanctions pénales en cas de violation des obligations qui y sont prévues. Or, le projet de loi n°7216 se limite exclusivement à des sanctions administratives. Dans un souci de cohérence, il serait préférable que les systèmes de sanctions prévues dans les deux projets de loi soient similaires voire identiques. Le Conseil de l'Ordre réitère sa position selon laquelle les sanctions administratives sont, de manière générale, plus adaptées au type d'obligations qu'il convient de sanctionner dans le cas présent.

Enfin, d'un point de vue de la technique législative, il aurait été plus judicieux de regrouper le système de sanctions du projet n°7216 à un endroit plutôt que de prévoir deux séries d'articles rigoureusement identiques (articles 9(2) à 11 et articles 22(2) à 24).

#### 3.2 Article 1, points 4. et 5. et article 6 – Définitions de fiduciaire et de fiducie

Ces articles prévoient que le projet de loi s'applique aux fiduciaires et fiducies régies par la loi du 27 juillet 2003. Le projet de loi ne prend pas position sur le lieu d'établissement ou de l'administration centrale du fiduciaire.

Un effet extraterritorial de la loi étant difficilement concevable, notamment dans l'hypothèse d'un contrat de fiducie soumis à la loi du 27 juillet 2003 où le fiduciaire serait établi dans un Etat membre

autre que Luxembourg, il conviendrait de préciser qu'elle s'applique aux fiduciaires « établis au Luxembourg ».

### 3.3 Article 2 – Obtention et conservation des informations

Le Conseil de l'Ordre a pris note des commentaires de la Chambre de commerce au sujet de l'article 2 du projet de loi, auxquels il ne peut que souscrire. Plus particulièrement, et à l'instar de ce que le Conseil de l'Ordre a noté quant aux titres inscrits dans un système de clearing dans le cadre de ses commentaires au titre du projet de loi n°7217, le texte commenté ne devra pas aboutir à rendre des émissions fiduciaires impossibles en pratique. En effet, comme relevé à juste titre par la Chambre de commerce, au vu de la structuration de telles émissions, une identification des détenteurs ultimes des titres émis par le fiduciaire est matériellement impossible au vu de l'intermédiation professionnelle qu'une telle émission implique.

### 3.4 Article 6 – Déclaration de statut

L'article 6 prévoit que les fiduciaires doivent déclarer leur statut et fournir certaines informations aux professionnels avec lesquels ils traitent dans leur capacité de fiduciaire. Une des informations à fournir consiste dans le numéro d'immatriculation visé à l'article 13, paragraphe 2 ou équivalent dans un autre Etat membre. Or, l'article 13 ne prévoit pas l'attribution d'un numéro au fiduciaire, mais à la fiducie. En conséquence, le fiduciaire ne pourra fournir le numéro d'immatriculation qu'une fois la fiducie conclue et le contrat de fiducie immatriculé et non pas lorsqu'ils nouent la relation d'affaires.

L'article devra dès lors être modifié comme suit :

*« Les fiduciaires déclarent leur statut et fournissent les informations visées à l'article 2, ainsi que, le cas échéant, le numéro d'immatriculation unique visé à l'article 13, paragraphe 2, ou le numéro d'immatriculation dans un registre équivalent mis en place dans un autre Etat membre ou dans un pays tiers aux professionnels lorsque, en tant que fiduciaires, ils ~~nouent une relation d'affaires avec ceux-ci ou~~ exécutent, à titre occasionnel, une transaction dont le montant dépasse les seuils fixés à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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, une fois ce numéro disponible. »*

### 3.5 Article 7 et 9 – Autorités de contrôle

Les articles 7 et 9 traitent des pouvoirs des autorités de contrôle telles que définies par la loi du 12 novembre 2004 et accordent notamment le pouvoir de prononcer une amende à ces autorités de contrôle. Or, l'article 9(5) spécifie, de manière plus étroite, que la décision de prononcer une sanction ou une autre mesure administrative appartient, en ce qui concerne les fiduciaires, à l'AED. Il conviendrait de clarifier dès lors si le pouvoir appartient exclusivement à l'AED ou à toutes les autorités de contrôle.

### 3.6 Article 15 – Délai de transmission

Le Conseil de l'Ordre renvoie, *mutatis mutandis*, à ses commentaires figurant sous 2.2 ci-dessus.

### 3.7 Article 16(3) – Responsabilité de l'AED

Le Conseil de l'Ordre renvoie, *mutatis mutandis*, à son commentaire figurant sous 2.4, deuxième alinéa, ci-dessus.

### 3.8 Article 18(1) – Contrôle des inscriptions

Le Conseil de l'Ordre renvoie, *mutatis mutandis*, à son commentaire figurant sous 2.6, alinéas 1., 2. et 5., ci-dessus.

Luxembourg, le 7 mars 2018

François PRUM

Bâtonnier

