

Avis du Conseil de l'Ordre sur le projet de loi n°7961 modifiant : 1° 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 ; 2° la loi modifiée du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs

(29 mai 2024)

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n°7961 sous rubrique et a suivi avec intérêt les avis successifs du Conseil d'État des 7 février 2023 et 6 février 2024 ainsi que les amendements parlementaires des 30 juin 2023 et 18 avril 2024.

Le projet de loi sous avis vise à modifier, entre autres, les dispositions légales applicables au registre des bénéficiaires effectifs (ci-après le « RBE »).

Le Conseil de l'Ordre prend acte de la nécessité de modifier les règles d'accès au RBE suite à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après la « CJUE ») du 22 novembre 2022 dans les affaires jointes C-37/2 et C-601/20.

Le Conseil de l'Ordre prend également acte de la nécessité de garantir l'exactitude et l'actualité des informations détenues par le RBE ainsi que de renforcer le pouvoir de sanctions administratives du gestionnaire du RBE, ce point étant également étayé par les conclusions du rapport d'évaluation mutuelle du GAFI relatif au Luxembourg de septembre 2023.

Cependant, le Conseil de l'Ordre s'inquiète du rôle que le projet de loi entend faire jouer aux avocats en tant que professionnels assujettis à la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (ci-après la « Loi AML »). Si l'obligation faite aux professionnels d'informer le gestionnaire du RBE dès qu'ils constatent l'existence de données erronées ou le défaut de tout ou partie des données dans le RBE n'est pas nouvelle, la restriction de l'accès au RBE, introduite par le projet de loi sous examen, aux seules fins de l'exécution des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle pose problème au regard du respect du secret professionnel de l'avocat.

Par ailleurs, de manière plus fondamentale, le projet de loi (i) s'appuie sur la fausse prémisse qu'il y aurait une méthode d'identification unique des bénéficiaires effectifs en méconnaissant la nature circonstanciée de la détermination du bénéficiaire effectif de son mandat par l'avocat et (ii) véhicule l'illusion qu'il existe une vérité universelle et immuable d'un bénéficiaire effectif de société.

I. Le secret professionnel de l'avocat

Les amendements proposés sur le texte de l'article 11 de la loi modifiée du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs (ci-après la « Loi RBE ») confèrent aux avocats, en tant que professionnels au sens de la Loi AML, un droit d'accès au RBE uniquement dans le cadre de l'exécution de leurs mesures de vigilance à l'égard de leur clientèle conformément aux articles 3 à 3-3 de la Loi AML.

Le projet de loi sous examen vise également à renforcer les dispositions de l'article 8 de la Loi RBE en imposant, à l'instar de l'article 3 (4) de la Loi AML¹, une obligation aux professionnels, y compris les avocats, de consulter le RBE dans le cadre de leurs obligations de vigilance constante à l'égard de la

¹ Telle que modifiée par la loi du 29 juillet 2022



clientèle. Cet article 8 prévoit également l'obligation pour ces mêmes professionnels d'informer le gestionnaire du RBE dès qu'ils constatent soit l'existence de données erronées ou le défaut de tout ou partie des données dans le RBE, soit le défaut d'une inscription, d'une modification ou d'une radiation, dans un délai de trente jours à partir de cette constatation.

A cet égard, le Conseil de l'Ordre se joint aux questions formulées par le Conseil d'État dans son opposition formelle². Dans son avis complémentaire du 6 février 2024, le Conseil d'État a rappelé que les amendements ne répondent pas à l'opposition formelle.

Le Conseil de l'Ordre s'inquiète plus particulièrement du fait que le gestionnaire du RBE est mis en mesure de connaître si une relation d'affaires a été nouée entre un avocat et un client et si celle-ci perdure dans le temps. En outre, l'avocat se trouve dans l'obligation de dénoncer son client si les informations qu'il a fournies au RBE sont inexactes, incomplètes ou simplement plus à jour.

Bien qu'en vertu de la Loi RBE aucune sanction ne soit attachée à la violation de l'article 8 précité, la Commission de la Justice considère en préambule des amendements déposés le 30 juin 2023, qu'à défaut d'informer le gestionnaire du RBE des erreurs ou manquements qu'il constate, le professionnel s'expose à des sanctions « dans le cadre général applicable aux professionnels de contrôle du respect des obligations professionnelles ». Cette position est réitérée dans les observations préliminaires des amendements gouvernementaux du 18 avril 2024 avec la précision que l'obligation vise effectivement la clientèle du professionnel.

Le Conseil de l'Ordre relève encore que les exceptions prévues à l'article 24 (4) du futur règlement AML ne sont pas reprises par le projet de loi sous analyse³.

Le Conseil de l'Ordre constate que le projet de loi sous examen porte atteinte au secret professionnel. Comme l'a relevé la CJUE dans son arrêt du 8 décembre 2022 dans l'affaire Affaire C-694/20 portant sur la validité de l'article 8 bis ter, paragraphe 5, de la directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, telle que modifiée par la directive (UE) 2018/822 du Conseil, du 25 mai 2018, au regard des articles 7 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »):

1. « l'article 7 de la Charte, qui reconnaît à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications, correspond à l'article 8, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), tandis que l'article 47, qui garantit le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, correspond à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. » ; et

² Doc 7961/3 du 7 février 2023, page 7: « L'article sous examen modifie l'article 8 de la loi précitée du 13 janvier 2019, afin d'y inscrire l'obligation pour les autorités nationales et les professionnels de consulter le Registre des bénéficiaires effectifs dans le but, selon le commentaire de l'article afférant, « de favoriser le contrôle a posteriori de la qualité de l'information qui s'y trouve inscrite. » Quelles sont les entités inscrites au Registre des bénéficiaires effectifs dont les données doivent être ainsi consultées ? Doit-on forcer une autorité nationale ou un professionnel de consulter les données de toute entité dont ils ont connaissance ? À quel intervalle est-ce que la consultation doit avoir lieu (mensuellement, semestriellement, trimestriellement) ? À quelle sanction l'autorité nationale ou le professionnel s'exposent-ils s'ils méconnaissent cette obligation ? Quels sont les moyens de contrôle ? Au regard de ces interrogations, la modification proposée à l'article 29 de la loi en projet est source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État doit par conséquent s'y opposer formellement et propose l'abandon de cet ajout ».

³ Le présent article ne s'applique pas aux notaires, aux avocats, aux membres d'autres professions juridiques indépendantes, aux auditeurs, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux en ce qui concerne des informations qu'ils reçoivent d'un client ou obtiennent sur un client, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure.

2. « il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH protège la confidentialité de toute correspondance entre individus et accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients (voir, en ce sens, Cour EDH, arrêt du 6 décembre 2012, Michaud c. France, CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, §§ 117 et 118). À l'instar de cette disposition, dont la protection recouvre non seulement l'activité de défense, mais également la consultation juridique, l'article 7 de la Charte garantit nécessairement le secret de cette consultation juridique, et ce tant à l'égard de son contenu que de son existence. En effet, ainsi que l'a relevé la Cour EDH, les personnes qui consultent un avocat peuvent raisonnablement s'attendre à ce que leurs communications demeurent privées et confidentielles [Cour EDH, arrêt du 9 avril 2019, Altay c. Turquie (No 2), CE:ECHR:2019:0409JUD001123609, § 49]. Partant, hormis des situations exceptionnelles, ces personnes doivent pouvoir légitimement avoir confiance dans le fait que leur avocat ne divulguera à personne, sans leur accord, qu'elles le consultent. »

Le Conseil de l'Ordre comprend la volonté du législateur de circonscrire l'accès au RBE et de garantir l'exactitude et l'actualité des informations détenues par le RBE. Force est cependant de constater que les amendements examinés donnent au gestionnaire du RBE une vue complète et presque actualisée de la clientèle de l'avocat, ce qui constitue une atteinte au secret professionnel de l'avocat qui n'est ni nécessaire ni proportionnée par rapport au but recherché par le projet de loi. De plus, ils imposent à l'avocat une obligation de divulgation vis-à-vis de sa clientèle sous peine de sanction pénale.

Si en revanche le projet de loi devait étendre l'accès des avocats au RBE au-delà de leur propre clientèle la question de l'atteinte au secret professionnel ne se poserait plus.

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 36 du projet de loi afin d'ajouter à l'article 11, paragraphe 1, point 2, de la Loi RBE, que les avocats ont également accès au RBE aux fins de connaître les bénéficiaires effectifs d'une société ou d'une entité donnée du fait que leurs clients ont l'intention de conclure des transactions avec celles-ci et veulent éviter tout lien entre de telles transactions et le blanchiment et le financement du terrorisme.

Cette extension serait en phase avec le considérant n° 42 et l'article 12 paragraphe 2 point c) de la 6^{ème} directive qui vient d'être adoptée par le Parlement européen en avril 2024.

A titre d'exemple, le Conseil de l'Ordre considère que dans le cadre d'une fusion de sociétés ou d'une opération de rachat d'une entreprise par son client, l'avocat a tout comme son client un intérêt légitime à savoir (ne fut-ce que mitiger son appréciation du risque de l'opération, ou pour protéger son client d'une opération douteuse) qui est le bénéficiaire effectif de la société cible, une société qui n'est pas la cliente de l'avocat concerné.

Le Conseil de l'Ordre propose par ailleurs de prévoir expressément dans la Loi RBE que le gestionnaire du RBE soit soumis au secret professionnel et que les informations qu'il reçoit ne peuvent être utilisées que pour les besoins de la Loi RBE.

II. La détermination du bénéficiaire effectif de son mandat par l'avocat

Le Conseil de l'Ordre rappelle que si la Loi RBE renvoie à la définition de bénéficiaire effectif incluse dans la Loi AML, les deux textes de loi imposent l'identification du bénéficiaire effectif à deux groupes distincts de personnes dont les perspectives sont différentes.

D'une part, la Loi AML s'applique aux professionnels qui doivent identifier, au-delà de leur client, le bénéficiaire effectif de celui-ci afin de ne pas être utilisé à des fins de blanchiment par des criminels qui se cacheraient derrière une structure de société. Les professionnels recherchent l'identité de la personne qui bénéficiera ultimement de leurs services respectifs.

Il n'est pas vain de rappeler que la définition proposée par l'article 1(7) de la Loi AML comporte en réalité trois hypothèses décrites dans la première phrase, qui pourrait être ainsi disséquée :

« Par « bénéficiaire effectif » au sens de la présente loi, est désignée toute personne physique qui, en dernier ressort,

- possède ou contrôle le client ou
- toute personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou
- toute personne physique pour laquelle une activité est réalisée ».

La Loi RBE réduit la recherche du bénéficiaire effectif au seul cas des sociétés plus amplement expliqué sous la lettre a) de l'article 1 (7) de la Loi AML. Or, les professionnels assujettis à la Loi AML peuvent concentrer leurs recherches sous le prisme de la transaction (tels que les agents immobiliers ou les notaires qui devront prendre en compte les deux parties à l'acte dans une transaction immobilière isolée) ou sous le prisme des activités (tels que les avocats agissant dans le domaine des fonds d'investissement qui peuvent conseiller différents acteurs).

Chaque professionnel assujetti pourra donc voir, en fonction des services qu'il preste ou des circonstances particulières de la relation d'affaires, son propre bénéficiaire effectif. Il y aura fatalement une appréciation et une analyse différentes car les services rendus ne sont pas comparables et n'ont pas la même temporalité.

D'autre part, la Loi RBE impose aux représentants légaux d'entités immatriculées au registre de commerce et des sociétés d'inscrire au RBE les informations relatives aux bénéficiaires effectifs des entités dans lesquelles ils sont nommés en s'appuyant sur les documents internes de l'entité.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il serait faux de considérer que les recherches menées par l'avocat dans le cadre de ses obligations sous la Loi AML mèneraient nécessairement au même résultat que celles des représentants légaux de l'entité concernée. Ainsi, un avocat chargé d'assister une société anonyme à la nomination d'un nouveau délégué à la gestion journalière aura, compte tenu de l'influence déterminante qu'aura ce dirigeant sur la société, des vues différentes par rapport aux sociétés qui ne se concentreront que sur l'angle de la possession de leur propre capital.

L'exemple d'une conversion d'instruments de dette en capital à hauteur de 15% peut encore illustrer la possible divergence de vues. L'avocat chargé d'assister la société dans une telle transaction sera amené à identifier les détenteurs des instruments de dette et pourra à raison les considérer comme les bénéficiaires effectifs de ses services alors que les informations détenues par le RBE pourraient n'identifier que les actionnaires majoritaires de la société.

De surcroît, la Loi AML laisse au professionnel toute latitude pour déterminer les seuils de détention inférieurs à 25%⁴ qu'il souhaite appliquer en fonction du risque attaché à sa clientèle selon les services professionnels qu'il rend. Ainsi l'avocat pourrait suivant sa politique interne identifier comme bénéficiaires effectifs des actionnaires dont l'identité n'apparaît pas au RBE en raison de son évaluation du risque qui inclut la (i) prise en compte des services juridiques rendus à la société et (ii) les caractéristiques propres à la société-cliente. Ceci ne devrait pour autant pas emporter une obligation de dénonciation au gestionnaire du RBE dans son chef et encore moins une obligation sanctionnée pénalement.

Le Conseil de l'Ordre s'inquiète également du fait que l'application rigoureuse par les avocats de l'article 8 de la Loi RBE pourrait avoir pour conséquence que les dirigeants d'entités immatriculées ne requièrent plus leur assistance pour déterminer, dans le cadre de structures complexes (*trusts* ou *family*

⁴ Ce seuil n'est jamais indiqué par le GAFI que comme un exemple donné en note de bas de page n° 37 de la note interprétative de la recommandation n° 10, voir page 73 des recommandations (version novembre 2023).



offices par exemple), l'identité des bénéficiaires effectifs de peur que ceux-ci ne les dénoncent s'ils ne suivent pas leur avis juridique à la lettre.

Le Conseil de l'Ordre s'interroge enfin sur deux autres conséquences fâcheuses pour l'avocat confronté à un constat de divergence : Est-ce que l'avocat serait alors dans la situation de devoir dénoncer un crime (faux en écritures de l'article 196 du Code pénal), afin de ne pas se rendre coupable du délit d'entrave défini à l'article 140 du Code pénal ? Ce même avocat serait-il encore dans l'obligation de déclarer de soupçon de blanchiment de faux en écritures, conformément à l'article 5 de la Loi AML ?

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 34 du projet de loi afin d'exclure les avocats de l'article 8 de la Loi RBE.

Le Conseil de l'Ordre déplore que le durcissement des dispositions de la Loi RBE mène à la conséquence fâcheuse que d'un outil devant faciliter les démarches de connaissance d'un client afin que le professionnel ne soit pas utilisé à des fins de blanchiment par un criminel, le RBE devient un véritable piège pour les professionnels qui l'utilisent. Cette situation est diamétralement opposée aux objectifs premiers du GAFI.

Luxembourg, le 29 mai 2024

Le Bâtonnier
p. Pit RECKINGER emp.

Le Vice-Bâtonnier
s. Albert MORO