

Objet : Amendements parlementaires relatifs au 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. (4976bisPMR)

*Saisine : Ministre des Finances
(5 juillet 2018)*

AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

La Chambre de Commerce avait déjà eu l'occasion de commenter, dans son avis n°4976 du 9 février 2018 (ci-après, l'« Avis Initial »), le projet de loi n°7216 instituant un Registre des fiducies¹ (ci-après, le « Projet Initial »).

Le Projet Initial a fait l'objet de plusieurs amendements en date du 2 juillet 2018 qui visent presque exclusivement à le scinder en deux projets distincts :

- un nouveau projet de loi n°7216 A relative aux informations à obtenir et à conserver par les fiduciaires et transposant l'article 31 de la Directive 2015/849 (ci-après, la « DAML4 ») et
- un nouveau projet de loi n°7216 B instituant un Registre des fiducies et portant transposition de l'article 31 de la DAML4.

La raison invoquée pour cette scission tient à l'adoption de la directive (UE) 2018/843 du 30 mai 2018², soit la cinquième directive anti-blanchiment (ci-après, la « DAML5 »). Cette dernière modifie le champ d'application et les modalités de fonctionnement du Registre des fiducies sur des sujets susceptibles de se rapporter à ce qui pourrait devenir le volet B du Projet Initial. Cette scission a pour but de permettre l'adoption en deux temps du Projet Initial, en donnant priorité à l'évacuation du projet n°7216 A dans la mesure où la Commission européenne a déjà entamé une procédure d'infraction contre le Luxembourg pour transposition tardive de la DAML4.

La Chambre de Commerce ne s'explique pas le découpage du Projet Initial. A ses yeux, ce découpage ne va qu'ajouter au retard législatif qu'elle n'a pas manqué de déplorer d'emblée dans son Avis Initial. Ainsi, elle aurait jugé plus efficace d'intégrer directement les modifications apportées par l'article 1^{er}, paragraphe 16 de la DAML5, afin de ne pas avoir à modifier une future loi instituant un Registre des fiducies d'ores et déjà obsolète (ou un projet B si la loi n'est pas adoptée avant que les modifications ne soient effectuées).

Par ailleurs, ce découpage ne permet pas d'identifier clairement les amendements substantiels, soit ceux qui ne se rapportent pas à la scission du Projet Initial, la dépêche du

¹ Tout terme capitalisé non-autrement défini a la signification lui assignée dans l'Avis Initial.

² 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.

Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'État du 2 juillet 2018 n'y faisant référence que dans son avant-dernier paragraphe, et ce, de manière assez expéditive. La Chambre de Commerce se serait attendue à recevoir un texte avec des amendements numérotés et justifiés dans une motivation distincte et propre à chaque amendement.

Au titre des amendements non liés au découpage du Projet Initial, la Chambre de Commerce a identifié, aux articles 5 et 6 du Projet Initial, la suppression de l'obligation pour les fiduciaires de fournir aux autorités le numéro d'immatriculation d'une fiducie d'un autre Etat membre ou d'un pays tiers, ce qu'elle salue.

Pour le reste, la Chambre de Commerce déplore qu'aucune autre des remarques qu'elle a émises dans le cadre de son Avis Initial n'ait été prise en compte.

Elle regrette tout particulièrement que les amendements n'aient pas clarifié un point crucial, à savoir, le **type de fiducie visé par l'obligation de déclaration dans le chef du fiduciaire**. En effet, le Projet Initial, non modifié sur ce point, en son article 13, paragraphe 1^{er} (devenu article 3, paragraphe 1^{er} du volet B du nouveau projet de loi) choisit de reprendre littéralement les termes de l'article 31, paragraphe 4, de la DAML4 ainsi formulé : « *les États membres exigent que les informations visées au paragraphe 1 [i.e. celles relatives à l'identification des bénéficiaires effectifs des fiducies] soient conservées dans un Registre central lorsque la fiducie/le trust génère des conséquences fiscales* ».

Or, cet article est remplacé par la DAML5, à compter du 9 juillet 2018, en ces termes : « *les États membres veillent à ce que les informations sur les bénéficiaires effectifs d'une fiducie/d'un trust ou d'une construction juridique similaire soient accessibles dans tous les cas (...)* ». La notion de trust/fiducie qui « *génère des conséquences fiscales* » disparaît donc avec l'entrée en vigueur de la DAML5.

Force est de constater que la conservation des termes de la DAML4 dans le nouveau projet va obliger tous les acteurs financiers agissant en qualité de fiduciaires à effectuer des formalités déclaratives sur des bénéficiaires effectifs de trusts qui « *génèrent des conséquences fiscales* », en contravention avec la DAML5 qui dispose que les fiduciaires doivent déclarer les bénéficiaires de (toute) fiducie/trust.

Choisir de garder dans le projet la notion de fiducie « *qui génère des conséquences fiscales* » n'est non seulement **pas conforme aux termes de la DAML5** mais constitue également une **source d'incertitude juridique** tant sur la question du type de fiducie visé que sur l'applicabilité d'éventuelles sanctions administratives imposées par l'AED dans le chef de tout fiduciaire établi au Luxembourg.

En effet, il existe en pratique plusieurs types de fiducies présentant des caractéristiques et des finalités distinctes et pour lesquelles certains acteurs du secteur financier désignés par la loi agissent en tant que fiduciaires. La Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux explications fournies dans son Avis Initial sur les différents types de fiducies usités sur la place.

Etant entendu que les autorités de contrôle auront, le cas échéant, le pouvoir d'infliger des sanctions administratives à l'égard des fiduciaires/« *personnes soumises à leur pouvoir de surveillance* », il importe pour tous les professionnels concernés de connaître de manière précise le caractère et la portée de leurs obligations. Ainsi, le Conseil d'Etat exige

généralement que l'infraction en matière administrative soit soumise aux mêmes critères de précision que le délit pénal. Le Conseil d'Etat demande « *une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination, pour exclure tout arbitraire* » ou pour « *assurer la prévisibilité des sanctions attachées à un comportement précis*³ ». En l'état, les fiduciaires sont donc dans l'impossibilité de déterminer avec certitude l'étendue de leurs obligations et les conséquences administratives en découlant et se trouvent donc potentiellement à la merci de lourdes sanctions administratives. En effet, un fiduciaire pourrait se voir reprocher par l'AED d'avoir omis de procéder à l'inscription de la fiducie dans le Registre des fiducies, alors même que le fiduciaire aurait estimé que celle-ci ne génère pas de conséquences fiscales.

Aussi, la responsabilité civile du fiduciaire pourrait être engagée par son client/fiduciant, au cas où ce dernier considérerait que la fiducie constituée ne génère pas de conséquences fiscales, le fiduciaire ayant ainsi à tort inscrit la fiducie dans le Registre des fiducies. Procéder à une analyse au cas par cas du caractère d'une fiducie dans le chef du fiduciaire peut ainsi s'avérer aléatoire.

Par conséquent, la Chambre de Commerce demande de bien vouloir au moins adapter le texte de l'article 13, paragraphe 1^{er} du Projet Initial (devenu article 3, paragraphe 1^{er} du volet B du nouveau projet de loi) en accord avec la DAML5 comme suit : « *Toute fiducie dont le fiduciaire est établi au Luxembourg ~~et qui génère des conséquences fiscales~~ est inscrite dans le Registre des fiducies* ».

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi sous avis que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

PMR/DJI

³ WIVENES Georges, « *Les sanctions administratives au Luxembourg-contribution du Conseil d'Etat du Luxembourg* », p.19-32, contribution au colloque du 21 octobre 2011 sur les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas – analyse comparée.