

N° 7024⁶**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2016-2017

PROJET DE LOI

portant mise en œuvre du règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, et portant modification:

1. de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;
2. de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier;
3. de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière;
4. de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs;
5. de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement;
6. de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif;
7. de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs;
8. de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances;
9. de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement; et
10. de la loi du 23 décembre 2016 relative aux abus de marché

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(30.5.2017)

La Chambre de Commerce avait déjà eu l'occasion de commenter, dans son avis du 23 novembre 2016¹, le projet de loi n° 7024 dont elle avait été saisie par le Ministre des Finances le 1^{er} août 2016².

Eu égard à l'évolution du Projet Initial suite aux amendements apportés par le Gouvernement en date du 5 avril 2017, la Chambre de Commerce souhaite formuler les observations qui suivent sur le nouveau texte³.

1 Ci-après, l'„Avis Initial“. Tout terme capitalisé non autrement défini a la signification lui attribué dans l'Avis Initial.

2 Ci-après, le „Projet Initial“.

3 Ci-après, le „Projet Bis“.

Les amendements s'articulent autour de trois axes, à savoir, (i) la redéfinition des règles de sous-traitance au regard du secret bancaire et son extension aux secteurs de l'assurance et des services de paiement, (ii) la désignation du Commissariat aux Assurances comme autorité compétente pour certains litiges et, enfin, et de façon générale, (iii) la prise en compte de certaines observations du Conseil d'Etat.

*

RESUME SYNTHETIQUE

Par rapport au Projet Initial, le Projet Bis ne semble pas remettre en cause la tarification de la commission interchange. D'autres points auraient cependant pu être modifiés, tels que la composition et le traitement fiscal du FGDL et le statut des fonds communs d'épargne⁴. La Chambre de Commerce renvoie dès lors, pour autant que de besoin, à son Avis Initial.

Parmi les trois nouveaux axes que comporte le Projet Bis, la Chambre de Commerce n'a souhaité s'attarder que sur celui consacré aux possibilités d'externalisation face au secret professionnel, les deux autres n'appelant pas de commentaires de sa part.

La Chambre de Commerce constate avec satisfaction des avancées intéressantes autour de la redéfinition des règles entourant la sous-traitance financière, outil indispensable au développement de la Place. Elle a identifié plus particulièrement trois domaines qui méritent d'être davantage étudiés:

Tout d'abord, **en matière organisationnelle**, la Chambre de Commerce approuve le recours systématique à un contrat de service en cas d'externalisation. Lorsque cette externalisation est réalisée en cascade, des exigences supplémentaires inspirées de la directive 2014/65/UE⁵ s'appliqueront, afin de garantir une certaine qualité de services au client final. Cependant, même dans ces conditions, la Chambre de Commerce aimerait que les exigences prudentielles soient définies de façon plus précise.

Ensuite, **en matière de consentement du client**, le Projet Bis prévoit maintenant (i) qu'il est un préalable à tout échange de données en dehors du périmètre luxembourgeois directement surveillé par la CSSF, peu importe que le transfert ait lieu intra groupe ou hors groupe et (ii) qu'il doit être donné „conformément à la loi ou selon les modalités d'information convenues entre parties“. Mais le Projet ne résout pas toutes les interrogations. Notamment, cette dernière formulation emporte certaines difficultés d'interprétation.

Enfin, **en matière d'extension du champ d'application des règles d'externalisation**, la Chambre de Commerce est favorable à l'harmonisation des règles régissant le secteur bancaire avec celles valables en matière d'assurance et de services de paiement. Néanmoins, certains concepts, tels les „contrats de services“, sont propres au domaine bancaire et ne sont pas transposables à l'identique. La Chambre de Commerce demande dès lors d'apporter les précisions nécessaires pour aboutir à une vraie harmonisation, réalisable en pratique et qui supprimerait les doublons et incohérences, sources d'insécurité.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut marquer son accord sur les amendements gouvernementaux sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

⁴ Voir articles 47 et 53 respectivement du Projet Initial.

⁵ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, ci-après, la „Mifid II“.

Appréciation des amendements gouvernementaux

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	++
Impact financier sur les entreprises	non disponible
Transposition de la directive	n.a. ⁶
Simplification administrative	0
Impact sur les finances publiques	+
Développement durable	+

Appréciations: ++ : très favorable
+ : favorable
0 : neutre
- : défavorable
-- : très défavorable
n.a. : non applicable

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le premier volet du Projet Initial, qui visait à diminuer le tarif de la commission interchange, semble acté en l'absence de modification dans le Projet Bis. En revanche, d'autres dispositions, comme les articles 47 (traitement fiscal et composition du FGDL) et 53 (indivision des fonds communs d'épargne) du Projet Initial, que la Chambre de Commerce avait souhaité voir modifiés, n'ont en revanche pas trouvé écho dans le Projet Bis.

S'agissant des innovations apportées par le Projet Bis, la Chambre de Commerce limitera ses commentaires à la problématique de la sous-traitance à laquelle elle avait déjà consacré une part très importante de son Avis Initial, auquel elle se permet de renvoyer pour autant que de besoin.

D'entrée de jeu, la Chambre de Commerce regrette que son Avis Initial ne semble pas avoir été considéré, sinon indirectement au travers de certains arguments également soulevés par le Conseil d'Etat dans son avis du 13 décembre 2016. Elle note pourtant que son analyse juridique semble confortée par la position de la Commission Nationale pour la Protection des Données⁷ du 16 mars 2017.

Il n'en reste pas moins que la Chambre de Commerce accueille favorablement ces amendements qui assouplissent et modernisent le régime de l'externalisation dans le secteur financier tout en introduisant de nouvelles exigences organisationnelles visant à assurer le maintien d'un haut niveau de qualité des services offerts à la clientèle et la confidentialité des données concernées.

Ces amendements visent clairement à concilier la nécessité d'adapter le cadre légal de l'externalisation pour permettre au secteur financier de répondre aux défis technologiques de la digitalisation des services financiers avec une protection renforcée des clients, notamment grâce à l'anticipation des exigences de confidentialité et de sécurité imposées par les nouvelles réglementations européennes en la matière.

A cet égard, la Chambre de Commerce relève et salue le fait que plusieurs amendements répondent aux recommandations exprimées par la CNPD et tiennent d'ores et déjà compte du règlement européen général sur la protection des données⁸.

⁶ Sous réserve de ce qui sera précisé sous le point 1 ci-après pour Mifid II.

⁷ Ci-après, la „CNPD“.

⁸ Règlement (EU) 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, aussi appelé règlement général sur la protection des données, ci-après, le „RGPD“.

Il reste néanmoins des imprécisions auxquelles il convient de remédier pour assurer la conduite pérenne et saine des activités de sous-traitance, particulièrement au regard des aspects qui suivent.

1. En matière organisationnelle – amendements 5 et 6

Le Projet Bis prévoit tout d’abord que toute externalisation doit se faire sur base d’un contrat de services. Par ailleurs, dans le but de ne pas compromettre le niveau et la qualité des services à l’égard des clients, l’entité qui externalise demeure responsable du respect de l’ensemble des obligations qui lui incombent en vertu de la réglementation prudentielle. Enfin, le Projet encadre la sous-traitance en cascade et anticipe la transposition de l’article 16 paragraphe 5 de Mifid II en imposant des mécanismes de sécurité solides pour garantir la confidentialité des données transférées.

La Chambre de Commerce est favorable à ces nouveaux développements qui traitent de la maîtrise et de la surveillance prudentielle de toute la chaîne d’externalisation.

Néanmoins, elle réitère les commentaires exprimés dans son Avis Initial au sujet des concepts de „surveillance prudentielle“ et de „contrôle interne“. Elle rappelle que si le premier est issu de textes européens, il a déjà fait l’objet de controverses à l’occasion de requêtes d’autorités étrangères se prévalant de leur surveillance prudentielle de groupe pour obtenir des informations relatives à des clients d’établissements bancaires luxembourgeois. Dans un tel contexte, il serait opportun de définir ces deux notions afin d’éviter d’éventuels malentendus, voire abus, lors de la mise en pratique du nouvel article 41 LSF.

2. En matière de consentement – amendement 8

La Chambre de Commerce se félicite de l’abolition de la distinction entre sous-traitance „intra groupe“ et „hors groupe“, remplacée par l’introduction de „l’acceptation“ par le client en cas de sous-traitance en dehors du périmètre luxembourgeois directement surveillé par la CSSF „conformément à la loi ou selon les modalités d’information convenues entre parties“.

Selon l’interprétation de la Chambre de Commerce, à défaut d’explications plus précises dans le commentaire de l’amendement, elle est d’avis que le terme „loi“ s’entend dans son acception la plus large⁹. La Chambre de Commerce comprend dès lors que la modification de l’article 41 de la LSF ne préjudicie en rien à l’application de la législation sur la protection des données sous l’empire de la Loi de 2002, ni même du RGPD lors qu’il prendra effet, afin de s’assurer que le consentement, chaque fois qu’il est requis, soit éclairé et libre, et ne puisse se déduire du silence des parties¹⁰.

⁹ P. PESCATORE, Introduction à la science du droit, Luxembourg, 1960, p. 107.

¹⁰ Voir avis de la CNPD précité et, par anticipation, le texte du RGPD, en son article 4, paragraphe 11, qui définit le consentement comme „toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l’objet d’un traitement“. Le préambule du RGPD donne un éclairage supplémentaire:

*„Le consentement devrait être donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d’une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d’une déclaration orale. Cela pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d’un site internet, en optant pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l’information ou au moyen d’une autre déclaration ou d’un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel. **Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d’inactivité.** Le consentement donné devrait valoir pour toutes les activités de traitement ayant la ou les mêmes finalités. Lorsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l’ensemble d’entre elles. Si le consentement de la personne concernée est donné à la suite d’une demande introduite par voie électronique, cette demande doit être claire et concise et ne doit pas inutilement perturber l’utilisation du service pour lequel il est accordé.“* (Préambule, point 32)

et

*„Lorsque le traitement est fondé sur le consentement de la personne concernée, le responsable du traitement devrait être en mesure de prouver que ladite personne a consenti à l’opération de traitement. En particulier, dans le cadre d’une déclaration écrite relative à une autre question, des garanties devraient exister afin de garantir que la personne concernée **est consciente du consentement donné et de sa portée.** Conformément à la directive 93/13/CEE du Conseil, une déclaration de consentement rédigée préalablement par le responsable du traitement devrait être fournie sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples, et elle ne devrait contenir aucune clause abusive. Pour que le consentement soit éclairé, la personne concernée devrait connaître au moins l’identité du responsable du traitement et les finalités du traitement auquel sont destinées les données à caractère personnel. **Le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d’une véritable liberté de choix ou n’est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice.**“* (Préambule, point 42)

Un dernier problème que la Chambre de Commerce relève à ce stade, et qui doit être tranché parallèlement à l'analyse du point en matière organisationnelle, est celui du droit applicable quant aux accords de confidentialité devant au minimum satisfaire à la Loi de 2002. Dans ce contexte, la Chambre de Commerce renvoie pour autant que nécessaire, à son Avis Initial.

Enfin, comme elle l'avait demandé dans le cadre de son Avis Initial, la Chambre de Commerce rappelle que pour éviter toute ambiguïté sur la désignation du „client“, il importe que le consentement porte sur „la sous-traitance en cascade“ afin de clarifier qu'il est nécessaire de remonter toute la chaîne de sous-traitance jusqu'à la personne protégée par le secret.

3. En matière d'extension du régime aux prestataires de services de paiement et d'assurance – amendements 9 et 16

Les remarques formulées dans le cadre des points 1. et 2. ci-dessus valent également pour les prestataires de services de paiement et d'assurance et parfois même de façon plus aiguë. Ces difficultés proviennent largement du fait que ces deux secteurs présentent des spécificités propres et que l'extension quasi mot à mot des règles valant initialement pour le secteur bancaire devraient faire l'objet d'ajustement ou de précisions.

3.a. En matière d'assurance

Ainsi, en matière organisationnelle, les assureurs seraient également soumis à l'exigence d'un contrat de service lorsqu'ils souhaitent recourir à la sous-traitance. La Chambre de Commerce aimerait voir préciser ce que les concepts de „contrat de service“ et de „sous-traitance“ recouvrent. Les assureurs se retrouvent en effet confrontés à certaines relations juridiques où ils sont amenés à échanger des informations sur leur client, avec leur consentement préalable, sans qu'il s'agisse d'une sous-traitance à proprement parler (e.g. due diligence, garagiste, avocat, expert, réassureur, etc). Nombre de situations peuvent actuellement bénéficier de l'exécution de bonne foi prévue à l'article 300, paragraphe 2, de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur de l'assurance¹¹ pour déroger au secret professionnel. Un exemple fréquemment évoqué est celui où l'assureur doit faire appel à un enquêteur pour retracer le bénéficiaire des prestations lorsque celui-ci ou ses ayants-droits ne répondent plus aux courriers leur adressés. Une autre situation est celle des cas de coassurance où plusieurs assureurs garantissent le même risque mais un seul est apériteur pour le compte des autres. La Chambre de Commerce note que le futur article 28, paragraphe 3 du RGPD exige un „contrat ou un autre acte juridique“ entre le responsable du traitement et le sous-traitant, ce qui pourrait permettre de régulariser ces situations particulières qui pourraient à tout le moins tomber sous la désignation d'„acte juridique“. Néanmoins, la Chambre de Commerce aimerait que le Projet Bis le précise expressément.

S'agissant du volet relatif au consentement, la Chambre de Commerce relève que le commentaire de l'article 58, paragraphe 2bis du Projet Bis, précise qu'„il s'agit d'aligner le libellé des dispositions actuelles de l'article 300, paragraphe 1^{er}, de la LSA, avec le nouveau libellé de l'article 41 de la LSF, tel qu'il résulte du présent projet de loi, sans apporter de modification importante sur le fond“. Il semblerait cependant que l'expression „selon les modalités d'information convenues entre parties“ devrait pouvoir recouvrir une autre signification en matière d'assurance, et notamment englober les conditions particulières lors de la souscription d'un nouveau contrat et, pour les contrats en vigueur après l'entrée en vigueur du Projet Bis, les documents visés à l'article 17, paragraphe 1 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, dans le respect de la réglementation applicable et plus particulièrement celle sur la protection des données.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce constate l'apparition d'une nouvelle catégorie de personnes soumise au secret, à savoir, les „personnes au service de ces personnes physiques et morales“. Si cette notion préexistait en matière bancaire, elle est nouvelle en matière assurantielle. La Chambre de Commerce s'interroge donc sur la portée de cet ajout dans la mesure où le mode opératoire des banques diffère sensiblement de celui des entreprises d'assurances. La Chambre de Commerce recommande dès lors que le Projet Bis précise, dans le commentaire de la disposition en cause, les personnes ainsi visées et donne notamment quelques exemples¹².

¹¹ Loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur de l'assurance, ci-après, la LSA.

¹² Par exemple, toutes les personnes qui ne sont ni des salariés, ni toutes personnes sous surveillance prudentielle du Commissariat aux Assurances sur le territoire luxembourgeois.

Enfin, la Chambre de Commerce estime qu'il serait nécessaire que les assureurs qui agissent sous le statut de professionnel du secteur des assurances en vertu de l'article 269 LSA soient également inclus dans le paragraphe 4, dernier alinéa.

3.b. En matière de services de paiement

La Chambre de Commerce note que, concernant les amendements à la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement¹³, l'article 11 relatif notamment aux exigences organisationnelles n'a pas été amendé. Certes, la LSP contient déjà un certain nombre d'exigences opérationnelles en cas d'externalisation. Toutefois, une mise en conformité de celles-ci sur le même modèle que le contenu des articles 36-2 et 37-1 de LSF 1993 aurait été opportune.

En effet, il manque certains éléments tels que la référence:

- à un contrat de service entre l'établissement de paiement et le prestataire de service sous-traitant,
- aux exigences spécifiques en cas de sous-traitance en cascade, et
- à des mécanismes de sécurité solides pour garantir la sécurité et l'authentification des moyens de transfert de l'information, réduire au minimum le risque de corruption des données et d'accès non autorisé et empêcher les fuites d'information afin de maintenir en permanence la confidentialité des données.

Il peut en effet arriver qu'un établissement de paiement ait également une licence en tant que PSF. Or, les exigences opérationnelles qui leur seront applicables en vertu d'une part de la loi du 5 avril 1993 et d'autre part de la loi du 10 novembre 2009 ne seraient dès lors pas harmonisées. La Chambre de Commerce demande dès lors qu'une harmonisation parfaite des textes soit opérée pour des raisons de lisibilité et de sécurité juridique.

La Chambre de Commerce n'a pas d'autres commentaires à formuler.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut marquer son accord sur les amendements gouvernementaux sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

¹³ Loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres et – portant transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE portant modification de:

- la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier
- la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme
- la loi du 18 décembre 2006 sur les services financiers à distance
- la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux
- la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers
- la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif
- la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier
- la loi modifiée du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale de Luxembourg
- la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances portant abrogation du titre VII de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, ci-après, la „LSP“.

