



Commission des Finances et du Budget

Procès-verbal de la réunion du 23 février 2016

Ordre du jour :

1. 6929 Projet de loi relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés et portant modification de :
 - la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune;
 - la loi modifiée du 1 décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal;
 - la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;
 - la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif
 - Rapporteur: Monsieur André Bauler
 - Suite de la présentation du projet de loi

2. 6845 Projet de loi du [date]
 - portant transposition de la directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions
 - portant modification de :
 - la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif
 - la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs
 - Rapporteur: Monsieur André Bauler
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat
 - Adoption d'une série d'amendements

3. Divers

*

Présents : Mme Diane Adehm remplaçant M. Claude Wiseler, M. André Bauler, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, Mme Joëlle Elvinger, M. Franz Fayot, M. Claude Haagen, M. Henri Kox, Mme Viviane Loschetter, M. Laurent Mosar, M. Roy Reding, M. Gilles Roth, M. Marc Spautz, M. Michel Wolter

Mme Isabelle Goubin, Directeur du Trésor (Ministère des Finances)
Mme Yasmin Gabriel, M. Vincent Thurmes, du Ministère des Finances
Mme Caroline Guezennec, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Gast Gibéryen, M. Claude Wiseler

*

Présidence : M. Eugène Berger, Président de la Commission

*

- 1. 6929 Projet de loi relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés et portant modification de :**
- la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune;
 - la loi modifiée du 1 décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal;
 - la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;
 - la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif

Comme convenu au cours de la réunion du 16 février 2016, le présent point a été mis à l'ordre du jour afin que soit clarifié le rôle du notaire dans la procédure de constitution d'un FIAR (fonds d'investissement alternatif réservé).

La représentante du ministère des Finances rappelle que l'article 34 du projet de loi 6929 (FIAR) prévoit les formalités de constitution des FIAR. Comme les FIAR ne sont pas soumis à agrément et surveillance par la CSSF, le projet de loi ne reprend pas les dispositions relatives à la surveillance des FIS par la CSSF de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés. Il a été estimé approprié de prévoir dès lors au paragraphe 1^{er} de l'article 34 que la constitution du FIAR doit être constatée par acte notarié. Ce texte n'implique pas que le FIAR est constitué par acte notarié. Il suffit que, après la conclusion du contrat social sous seing privé, le gérant désigné atteste devant notaire que le FIAR a été constitué et c'est cette attestation qui devra être déposée au registre de commerce et des sociétés aux fins de publication au Mémorial.

En réponse à une question d'un membre du groupe parlementaire CSV, la représentante du ministère des Finances indique que cette procédure n'a pas été discutée, à sa connaissance, avec la Chambre des notaires. Elle ajoute que ce type d'attestation par le notaire existe déjà dans d'autres domaines.

Le représentant de la sensibilité politique ADR estime que l'attestation du notaire n'apporte aucune plus-value puisque le dépôt des statuts auprès du registre de commerce prouve à lui seule la constitution du FIAR.

La Commission charge le ministère des Finances d'informer la Chambre des notaires de la mise en place de cette procédure d'attestation dans le cadre de la constitution d'un FIAR et de lui communiquer les réactions de cette chambre par la suite.

*

La représentante du groupe parlementaire déi Gréng signale que son groupe demande à ce que le présent projet de loi soit avisé par le comité du risque systémique.

Plusieurs membres de la Commission doutent de la compétence du comité du risque systémique en la matière.

Il appartient au ministère des Finances de vérifier la compétence du comité du risque systémique et de lui soumettre le présent projet de loi pour avis le cas échéant.

2. 6845 Projet de loi du [date]

- portant transposition de la directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions
- portant modification de :
 - la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif
 - la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs

La Commission procède à l'examen de l'avis du Conseil d'Etat.

Observation générale du Conseil d'Etat

Comme la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs a été modifiée par la loi du 23 juillet 2015, il convient de faire référence à la « loi modifiée du 12 juillet 2013 (...) ». L'observation vaut pour l'intitulé ainsi que pour l'ensemble du dispositif de la loi en projet.

La Commission des Finances et du Budget procède à la correction des références concernées.

Article 2

Cet article introduit de nouvelles définitions dans la loi précitée du 17 décembre 2010.

Parmi ces nouvelles définitions se trouve la définition du terme « organe de direction » au point 6. Selon le Conseil d'Etat, la définition du projet de loi soulève des difficultés à plusieurs égards.

D'un côté, le fait de donner au même terme deux significations différentes en fonction du contexte dans lequel il est utilisé ne contribue pas à la bonne lecture du texte et risque à tout le moins de créer une confusion, voire une insécurité juridique.

D'un autre côté, le Conseil d'Etat est d'avis que la définition proposée est imprécise et que son contenu ne correspond pas à celui de la définition de la directive 2014/91/UE. En effet, la définition de la directive 2014/91/UE vise l'organe investi du pouvoir de décision ultime qui exerce les fonctions de surveillance et de gestion de la société ou, en cas de structure de gestion dualiste avec séparation des organes de gestion et de surveillance, l'organe qui exerce uniquement les fonctions de gestion. En droit luxembourgeois, l'organe visé par la définition d'« organe de direction » de la directive 2014/91/UE est, (i) dans le cas d'une société anonyme, le conseil d'administration ou, en cas de structure de gestion dualiste, le directoire et (ii) dans le cas d'un autre type de société, l'organe représentant la société en vertu de la loi et des documents constitutifs, comme par exemple le conseil de gérance dans le cas d'une société à responsabilité limitée. Or, le texte de la définition de l'« organe de direction » du projet de loi porte à confusion et diverge de la définition de la directive 2014/91/UE, en particulier parce que :

- (i) il pourrait être interprété en ce sens que le conseil de surveillance d'une société anonyme tombe dans le champ d'application de la définition de l'organe de direction au titre de la définition applicable à l'article 111^{ter} de la loi précitée du 17 décembre 2010, et
- (ii) il énumère, au titre de la définition applicable à l'article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, des entités – « toute entreprise concourant aux activités de l'OPC soumise à la surveillance de la CSSF » – et des personnes – « les personnes qui déterminent effectivement la conduite de l'activité des entités » – qui ne sont pas des organes de sociétés, et ce contrairement à la définition de l'organe de direction de la directive 2014/91/UE.

Pour les raisons qui précèdent, le Conseil d'Etat s'oppose formellement au texte de la définition de l'organe de direction du projet de loi.

Il suggère d'adopter une définition unique de l'« organe de direction » qui sera applicable à toutes les références faites à ce terme dans la loi.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la recommandation du Conseil d'Etat et de reprendre le texte qu'il propose.

En outre, quant à la définition de l'organe de direction pour les besoins de l'article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010 sur les sanctions administratives, le Conseil d'Etat suggère de se référer dans cet article 148 à l'« organe de direction » tel que ce terme sera défini et d'y énumérer en plus les autres organes de société ou personnes physiques ou morales susceptibles de faire l'objet des sanctions prévues dans cet article.

La Commission des Finances et du Budget suit la recommandation du Conseil d'Etat par le biais de l'amendement 5 (voir sous article 26 ancien, article 29 nouveau).

Au point 3 qui introduit un point 10^{bis}, le Conseil d'Etat signale qu'il convient d'écrire « la directive 2006/73/CE de la Commission (...) ». La même observation vaut pour le point 4 concernant l'introduction des points 11^{ter} et 11^{quater} où les auteurs de la loi en projet ont omis d'ajouter les numéros respectifs identifiant les directives concernées.

La Commission des Finances et du Budget procède aux modifications suggérées.

Article 3

L'article 3, point 4, alinéa 2, dispose que « les termes « ainsi que par la société de gestion » sont insérés après les termes « par le fonds commun de placement » ». Or, les termes « par le fonds commun de placement » sont supprimés par l'article 3, point 4, alinéa 3, du projet de loi. Il y a donc lieu de supprimer la modification de l'article 3, point 4, alinéa 2, du projet de loi comme étant superflue. Le Conseil d'Etat constate d'ailleurs que la disposition de l'article 3, point 4, alinéa 2, du projet de loi n'a pas été transcrite dans le texte coordonné de loi.

La Commission des Finances et du Budget suit la recommandation du Conseil d'Etat et supprime la modification de l'article 3, point 4, alinéa 2 du projet de loi.

Article 4

Le Conseil d'Etat note, en ce qui concerne l'article 18, paragraphe 2, point d), de la loi précitée du 17 décembre 2010, que le texte du projet de loi se réfère aux « délais d'usage », alors que la directive 2014/91/UE se réfère aux « délais habituels ». Selon lui, il y a lieu de reprendre les termes de la directive 2014/91/UE en vue d'assurer une transposition exacte.

La Commission des Finances et du Budget note cependant que la version française de la directive découle d'une traduction incohérente et utilise tantôt les termes « délais d'usage » et tantôt les termes « délais habituels ». La version anglaise utilise toujours les termes « usual time limits ». Dans un souci de cohérence de la terminologie utilisée par la loi du 17 décembre 2010, la Commission décide de ne pas suivre l'avis du Conseil d'Etat et de maintenir l'expression « délais d'usage ».

En ce qui concerne l'article 18, paragraphe 4, point b) ii) du projet de loi, le Conseil d'Etat demande à ce que la référence à la « société de gestion agissant pour le compte du fonds commun de placement » soit remplacée par une référence au « fonds commun de placement » afin d'assurer la cohérence de ce texte avec l'article 18, paragraphe 4, point b) i) du projet de loi. Le Conseil d'Etat constate d'ailleurs que le texte coordonné de loi reprend les termes « fonds commun de placement » conformément à l'observation formulée ci-avant.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la proposition du Conseil d'Etat.

Article 6

Cet article du projet de loi modifie l'article 19 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et transpose l'article 24 de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE. L'article a trait aux dispositions relatives au nouveau régime de responsabilité du dépositaire d'un FCP.

Le nouvel article 19, paragraphe 5 de la loi précitée du 17 décembre 2010 prévoit que « *[[]es porteurs de parts du fonds commun de placement peuvent invoquer la responsabilité du dépositaire directement ou indirectement par le biais de la société de gestion, pour autant que cela n'entraîne pas la répétition des recours ou l'inégalité de traitement des porteurs de parts.* ».

La disposition précitée correspond bien à la transposition du texte de la directive 2014/91/UE. Nonobstant ce fait, le Conseil d'Etat s'interroge sur la signification précise et, surtout, la mise en œuvre pratique de cette disposition. Or, le Conseil d'Etat se pose en particulier les questions de savoir, d'une part, sur quelle base légale une action directe d'un porteur de parts s'exercerait (action en responsabilité contractuelle ou délictuelle ?) et, d'autre part, à quel titre la société de gestion agirait pour les porteurs de parts (s'agirait-il d'un mandat d'agir en justice, au nom et pour compte d'autrui ?). Le Conseil d'Etat se demande par ailleurs ce qu'il faut entendre par « *la répétition des recours ou l'inégalité de traitement des porteurs de parts* » et constate que le texte de loi ne fournit aucune précision sur la question de savoir comment il y a lieu de les éviter. Le projet de loi et le commentaire des articles passent sous silence les conditions et les modalités de la mise en œuvre par les porteurs de parts de la responsabilité du dépositaire, de sorte que les conditions d'application de cette disposition restent floues.

Compte tenu du fait que la transposition d'une directive ne vise pas seulement la transposition formelle, mais toutes les mesures qui concourent à la mise en œuvre effective de la directive, il conviendrait d'apporter des précisions quant à la portée et aux modalités d'application de l'article 19, paragraphe 5 de la loi précitée du 17 décembre 2010 en droit national.

La Commission des Finances et du Budget note que le projet de loi reprend fidèlement le texte de la directive et décide donc de ne pas suivre la proposition du Conseil d'Etat.

Article 10

Cet article du projet de loi transpose l'article 22, paragraphes 3 à 8 de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE par modification de l'article 34 de la loi précitée du 17 décembre 2010.

Le Conseil d'Etat note en ce qui concerne l'article 34, paragraphe 1^{er}, point d) de la loi précitée du 17 décembre 2010 que le texte du projet de loi se réfère aux « *délais d'usage* », alors que la directive 2014/91/UE se réfère aux « *délais habituels* ». Il y a lieu de reprendre les termes de la directive 2014/91/UE en vue d'assurer une transposition exacte.

Tout comme elle l'a fait à l'article 4, la Commission des Finances et du Budget note que la version française de la directive découle d'une traduction incohérente et utilise tantôt les termes « *délais d'usage* » et tantôt les termes « *délais habituels* ». La version anglaise utilise toujours les termes « *usual time limits* ». Dans un souci de cohérence de la terminologie utilisée par la loi du 17 décembre 2010, la Commission décide de ne pas suivre l'avis du Conseil d'Etat et de maintenir l'expression « *délais d'usage* ».

Selon le Conseil d'Etat, à l'article 34, paragraphe 1^{er}, les points c) et e) de la loi précitée du 17 décembre 2010 devraient se référer à « *la loi et aux statuts* » et non à « *la loi ou aux statuts* ».

La Commission des Finances et du Budget constate cependant que les points c) et e) visent à chaque fois deux scénarios alternatifs (e.g. affectation conforme à la loi ou affectation conforme aux statuts). Il lui semble donc que le terme « *ou* » est bien le terme correct et qu'il n'y a pas lieu de modifier le texte.

Article 12

Cet article du projet de loi modifie l'article 35 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et transpose l'article 24 de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE. L'article a trait au nouveau régime de responsabilité du dépositaire d'une SICAV.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations au sujet de l'article 6 du projet de loi qui s'appliquent *mutatis mutandis* au nouvel article 35, paragraphe 5 de la loi précitée du 17 décembre 2010 en ce qui concerne le régime de responsabilité des dépositaires de SICAV.

La Commission des Finances et du Budget note que le projet de loi reprend fidèlement le texte de la directive et décide donc de ne pas suivre la proposition du Conseil d'Etat.

Article 15

Le Conseil d'Etat se demande si la référence à « *l'article 17, paragraphe 1^{er}, à l'article 33, paragraphe 1^{er}* » dans l'article 88-3 de la loi précitée du 17 décembre 2010 devrait être remplacée par « *l'article 17, à l'article 33* », en omettant la référence aux paragraphes.

La Commission des Finances et du Budget note que le paragraphe 1^{er} de l'article 17 et de l'article 33 dispose à chaque fois qu'un « *dépositaire soit désigné conformément aux dispositions du présent article* », c'est-à-dire conformément aux dispositions de l'article 17, respectivement de l'article 33. Une référence au paragraphe 1^{er} est donc bien suffisante. La Commission décide dès lors de ne pas modifier le texte sur ce point.

Articles 16 à 18

Le Conseil d'Etat constate que le projet de loi ne modifie pas l'article 101-1, paragraphe 4 de la loi précitée du 17 décembre 2010 qui exige que « *les sociétés de gestion désignées*

comme gestionnaires de FIA [se soumettent] à l'ensemble des règles prévues par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, dans la mesure où ces règles leur sont applicables. ». Cet article devra être complété pour préciser que pour les sociétés de gestion gérant des OPC de partie II, ce ne sera plus le régime de dépositaire prévu par la loi précitée du 12 juillet 2013 qui s'appliquera, mais le régime tiré de la transposition de la directive 2014/91/UE.

La Commission des Finances et du Budget note tout d'abord que les précisions nécessaires quant au régime dépositaire applicable aux OPC de la partie II sont reflétées au niveau de l'article 15 du projet de loi modifiant l'article 88-3, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 17 décembre 2010. Toutefois, dans un souci de clarté supplémentaire de ladite loi, la Commission décide de suivre la proposition du Conseil d'Etat et de modifier également l'article 101-1 de la loi modifiée du 17 décembre 2010, par le rajout d'un nouveau paragraphe 5 (voir l'amendement 1 sous article 19 nouveau ci-dessous).

Article 19 nouveau

Le nouveau paragraphe introduit par le biais de ce nouvel article (**amendement 1**) apporte une clarification, par rapport au paragraphe 4 de l'article 101-1, concernant les obligations des sociétés de gestion en matière du régime dépositaire en ce qui concerne les OPC relevant de la partie II gérés par ces sociétés de gestion. Il donne ainsi suite à l'avis du Conseil d'Etat qui constate que l'article 101-1 de la loi du 17 décembre 2010 devra être complété pour préciser que, pour les sociétés de gestion gérant des OPC de partie II, ce ne sera plus le régime de dépositaire prévu par la loi précitée du 12 juillet 2013 qui s'appliquera, mais le régime tiré de la transposition de la directive 2014/91/UE (voir le commentaire du Conseil d'Etat ci-dessus).

Articles 19 et 20 anciens (articles 20 et 21 nouveaux)

L'article 19 ancien (article 20 nouveau) introduit un nouvel article 111*bis* concernant les politiques et pratiques de rémunération dans la loi précitée du 17 décembre 2010 et transpose l'article 14*bis* de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE. Il n'appelle pas d'observation quant au fond.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation quant au fond des deux articles sous examen. Il note, par contre, que l'application des règles rémunérations aux tiers, qui prennent des décisions d'investissement ayant une incidence sur le profil de risque de l'OPCVM en raison d'une délégation de fonctions, fait encore l'objet de discussions au niveau européen à l'heure actuelle.

Le Conseil d'Etat demande à ce que le subjonctif « soient » soit remplacé par l'indicatif présent « sont » dans le paragraphe 1^{er} de l'article 111*bis* du projet de loi.

La Commission des Finances et du Budget procède à cette modification.

Articles 21 et 22 anciens (articles 22 et 23 nouveaux)

Les observations faites par le Conseil d'Etat sur l'article 101-1, paragraphe 4 de la loi précitée du 17 décembre 2010 à l'endroit des articles 16 à 18 de la loi en projet s'appliquent également à l'article 125-2, paragraphe 3 de cette loi du 17 décembre 2010.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la proposition du Conseil d'Etat et de modifier également l'article 125-2 de la loi modifiée du 17 décembre 2010, par le rajout d'un nouveau paragraphe 4 (voir l'amendement 2 sous article 24 nouveau ci-dessous).

Article 24 nouveau

Le nouveau paragraphe introduit par le biais de ce nouvel article (**amendement 2**) apporte une clarification, par rapport au paragraphe 4 de l'article 125-2 concernant les obligations des sociétés de gestion en matière du régime dépositaire en ce qui concerne les OPC relevant de la partie II gérés par ces sociétés de gestion. Il donne ainsi suite à l'avis du Conseil d'Etat qui constate que l'article 125-2 de la loi du 17 décembre 2010 devra être complété pour préciser que, pour les sociétés de gestion gérant des OPC de partie II, ce ne sera plus le régime de dépositaire prévu par la loi précitée du 12 juillet 2013 qui s'appliquera, mais le régime tiré de la transposition de la directive 2014/91/UE (voir le commentaire du Conseil d'Etat sous articles 21 et 22 anciens).

Article 23 ancien (article 25 nouveau)

Cet article introduit un nouvel article 134**bis** dans la loi précitée du 17 décembre 2010 qui reflète l'article 104**bis** de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

Dans la mesure où l'article du projet de loi ne fait qu'énoncer que les traitements de données personnelles doivent être effectués 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, il est superfétatoire et doit être omis pour défaut de valeur normative.

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre l'avis du Conseil d'Etat et de maintenir le texte du présent article dans la mesure où il apporte une précision utile pour le lecteur qui n'est pas spécialiste des questions de protection des données régies par la loi du 2 août 2002.

Article 27 nouveau

Dans son avis, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle (voir le commentaire du Conseil d'Etat sous article 26 ancien, article 29 nouveau), que la possibilité d'un recours en réformation soit introduite dans le projet de loi pour ce qui concerne les sanctions et autres mesures administratives prévues dans le nouvel article 148, paragraphe 4 de la loi du 17 décembre 2010. Le présent nouvel article (**amendement 3**) étend le champ d'application de l'article 142, paragraphe 2 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif pour couvrir les cas visés par le Conseil d'Etat.

Article 25 ancien (article 28 nouveau)

Cet article modifie l'article 147, paragraphe 2, point d) de la loi précitée du 17 décembre 2010 et vise à transposer l'article 98, paragraphe 2, point d) de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

L'article 147, paragraphe 2, point d) actuel permet à la CSSF « *d'exiger la communication des enregistrements des échanges téléphoniques et de données existants* ».

Le nouvel article 147, paragraphe 2, point d) de la loi précitée du 17 décembre 2010 permettra à la CSSF « *d'exiger* :

- i) dans la mesure permise par la législation luxembourgeoise, les enregistrements des échanges de données existants détenus par un opérateur de télécommunications lorsqu'il est raisonnablement permis de suspecter une infraction et que ces enregistrements peuvent être importants pour une enquête portant sur une infraction à la présente loi ;*

ii) *les enregistrements des conversations téléphoniques, des communications électroniques ou autres échanges de données existants détenus par un OPC, une société de gestion, une société d'investissement, un dépositaire ou par toute autre entité régie par la présente loi.* ».

Le point i) de la nouvelle disposition vise à permettre à la CSSF d'exiger « *les enregistrements des échanges de données existants* » directement à un opérateur de télécommunications « *dans la mesure permise par la législation luxembourgeoise* ». Or, le Conseil d'Etat est d'avis que la législation luxembourgeoise ne permet pas à la CSSF d'exiger les données visées directement auprès des opérateurs de télécommunications. Cette nouvelle disposition ne semble notamment pas être en concordance avec l'article 4 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Le Conseil d'Etat s'oppose par conséquent formellement au texte du nouvel article 147, paragraphe 2, point d) i) de la loi précitée du 17 décembre 2010 en raison de l'insécurité juridique qui en découle.

La question se pose, dans ce contexte, de savoir comment il faut interpréter le texte de l'article 98, paragraphe 2, point d) i) de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE. Deux interprétations sont possibles : (a) l'intention du législateur européen est de laisser le choix aux Etats membres de transposer ou non l'article 98, paragraphe 2, point d) i) précité en les laissant apprécier souverainement s'ils considèrent que leur droit national permet à l'heure actuelle une transposition du texte ou (b) l'intention du législateur européen est d'assurer une harmonisation en imposant la transposition de l'article 98, paragraphe 2, point d) i) précité et en obligeant les Etats membres à adopter les dispositions légales qui s'imposent afin d'assurer la transposition effective de l'article précité. La deuxième interprétation semble être plus en ligne avec le contenu du considérant 34 de la directive 2014/91/UE qui dispose en particulier que l'article 98, paragraphe 2, point d) i) précité a été introduit dans l'optique « *[d']assurer des conditions de concurrence homogènes dans l'Union en ce qui concerne l'accès aux enregistrements des échanges téléphoniques et de données existants détenus par un opérateur de télécommunications...* », étant donné que les conditions de concurrence ne seraient pas homogènes si les Etats membres étaient libres de ne pas transposer l'article 98, paragraphe 2, point d) i) précité. Or, dans le cadre de la deuxième interprétation du texte de l'article 98, paragraphe 2, point d) i) précité exposée ci-dessus, le législateur devrait instituer un mécanisme permettant à la CSSF d'accéder aux données visées en collaboration avec les autorités judiciaires, comme le prévoit d'ailleurs l'article 98 de la directive 2009/65/CE, afin de permettre une transposition effective de la directive à l'instar de l'article 16 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Le Conseil d'Etat se pose également la question de la concordance du point ii) de l'article 147, paragraphe 2, point d) de la loi précitée du 17 décembre 2010 avec l'article 10, paragraphe 3 de la loi précitée du 2 août 2002.

En ce qui concerne la recommandation du Conseil d'Etat d'instituer un mécanisme permettant à la CSSF d'accéder aux données visées en collaboration avec les autorités judiciaires, la Commission des Finances et du Budget est informée du fait que ce mécanisme sera en effet introduit dans le droit national par le futur projet de loi traitant de manière horizontale des pouvoirs d'enquête et de sanctions de la CSSF. Par le biais de l'amendement 4, l'article 147, paragraphe 2, point d) i) est supprimé en attendant le projet de loi susmentionné.

Article 26 ancien (article 29 nouveau)

Cet article modifie l'article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010. Il transpose l'article 99bis de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE dans

l'article 148, paragraphe 2 de la loi précitée du 17 décembre 2010 ainsi que l'article 99, paragraphe 6, de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE dans l'article 148, paragraphe 4 de la loi précitée du 17 décembre 2010.

Les paragraphes 1^{er} et 3 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010 ne découlent par conséquent pas de la transposition de la directive 2014/91/UE.

Le Conseil d'Etat formule plusieurs observations en ce qui concerne le nouvel article 148 :

1) A propos des personnes ou organes de sociétés visés par les différentes infractions visées aux paragraphes 1^{er}, 2 et 3 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, le Conseil d'Etat demande que les personnes ou organes de sociétés concernés soient énumérés avec précision dans l'article en question en tenant compte également des observations du Conseil d'Etat à propos de la définition du terme « organe de direction » dans l'article 2 du projet de loi ci-dessus.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre l'avis du Conseil d'Etat et suggère de remplacer, par le biais de l'**amendement 5**, les termes « les membres de l'organe de direction ou les autres personnes physiques responsables d'une infraction des entités visées au 1^{er} tiret », figurant au 2^e tiret de l'article 148, paragraphe 1^{er} de la loi du 17 décembre 2010, par les termes « les membres de l'organe de direction ou du conseil de surveillance des entités visées au 1^{er} tiret ou les personnes qui déterminent effectivement la conduite de l'activité de ces mêmes entités au sens de l'article 129, paragraphe 5 ».

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat note encore que seul le paragraphe 1^{er} du nouvel article 148 vise « toute entreprise concourant aux activités de l'OPC soumise à la surveillance de la CSSF » ainsi que « les liquidateurs en cas de liquidation volontaire d'un OPC ». Ces personnes ne sont pas visées par les paragraphes 2 et 3 du nouvel article 148 et ne sont pas non plus expressément visées par l'article 99, paragraphes 1^{er} et 5 de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE. Cet article de la directive se réfère aux sociétés (OPCVM, sociétés d'investissement, sociétés de gestion, dépositaires), aux membres des organes de direction ainsi qu'aux autres personnes physiques responsables de l'infraction en vertu du droit national.

2) En ce qui concerne les « infractions » énumérées aux paragraphes 1^{er}, 2 et 3 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, le Conseil d'Etat constate que :

- le terme « infraction » est un terme relevant du droit pénal qui devrait, compte tenu des sanctions administratives infligées, être remplacé aux endroits appropriés du projet de loi par un terme juridiquement correct, tel que « violation de la loi » ;

(La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la recommandation du Conseil d'Etat et de remplacer le terme « infraction » par le terme « violation de la loi » (**amendement 5**).

- certaines « infractions » énumérées dans le paragraphe 1^{er} du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, en particulier celle concernant le refus de fournir n'importe quel document demandé par la CSSF, ou celle concernant le manquement de se conformer « aux injonctions de la CSSF », ne sont pas précises, étant donné qu'elles ne se réfèrent à aucun texte légal en à propos du manquement concerné. Or, le principe de légalité des incriminations et des peines implique que les éléments constitutifs des infractions doivent être définis de façon précise et complète. Compte tenu de la gravité des sanctions administratives applicables en vertu du nouvel article 148, paragraphe 4 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et du principe de légalité des peines, le Conseil

d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, que les infractions concernées de l'article 148, paragraphe 1^{er} de la loi précitée du 17 décembre 2010 soient précisées ;

La Commission des Finances et du Budget donne suite à la requête du Conseil d'Etat de préciser les manquements concernés en énonçant clairement qu'il s'agit des documents et autres renseignements dont la CSSF a besoin pour l'exercice de ses missions au titre de la loi du 17 décembre 2010. Comme il s'avère impossible, pour des raisons évidentes, de fournir une liste exhaustive des documents et renseignements visés, l'ajout proposé par la Commission (**amendement 5**) a pour objet de préciser que la CSSF ne peut sanctionner qu'en relation avec des documents dont elle a besoin pour l'accomplissement de sa mission de surveillance, en relation avec la loi du 17 décembre 2010. Il est en outre précisé qu'il s'agit des injonctions que la CSSF a prononcées à l'égard d'acteurs qui ont eu des pratiques contraires à la loi du 17 décembre 2010. La même approche a été retenue dans le cadre du projet de loi 6846.

A noter que le nouvel article 149**bis** a pour objet d'assurer le respect du principe de la légalité des peines. De manière générale cet article prévoit un ordre de gravité des sanctions.

- au sujet du manquement concernant la fourniture de faux documents mentionné à l'article 148, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, point b) du projet de loi, l'application d'une sanction administrative par la CSSF en relation avec un faux pourrait faire obstacle à des poursuites au niveau pénal en raison de principe de *non bis in idem* ;
 - les violations de loi prévues par le paragraphe 2 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010 (qui découlent de la directive 2014/91/UE) divergent des violations de la loi prévues par le paragraphe 3 du même article (non prévues par la directive 2014/91/UE) - le paragraphe 2 visant les OPCVM de la partie I de la loi précitée du 17 décembre 2010 et le paragraphe 3 ayant trait aux OPC de la partie II de la loi précitée du 17 décembre 2010. Le commentaire des articles ne contient pas d'explication sur cette divergence de traitement des OPCVM de la partie I et des OPC de la partie II et le Conseil d'Etat n'est par conséquent pas en mesure de se prononcer sur ces dispositions plus en détail, sauf à remarquer que la volonté exprimée par les auteurs du projet de loi de rapprocher les deux régimes ne semble donc pas s'appliquer à l'identique au niveau de la définition des violations de la loi sanctionnées pour les différents types de fonds ;
 - les auteurs du projet de loi ont choisi de soumettre l'exercice d'activités par une société de gestion ou par une société d'investissement sans agrément préalable non pas aux sanctions administratives prévues par le paragraphe 4 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, mais à de nouvelles sanctions pénales telles qu'elles figurent dans l'article 32 du projet de loi.
- 3) Au sujet des sanctions et autres mesures administratives prévues dans le nouvel article 148, paragraphe 4, qui transpose l'article 99, paragraphe 6, de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE :
- le Conseil d'Etat constate que certaines mesures ou sanctions administratives prévues dans le paragraphe 4 de l'article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010 (comme par exemple l'interdiction temporaire d'exercice d'activités) font double emploi avec certaines mesures ou sanctions administratives prévues dans l'article 147, paragraphe 2 de la même loi. L'article 147, paragraphe 2 de la loi précitée mélange d'ailleurs pêle-mêle les pouvoirs d'enquête et de surveillance avec des mesures et sanctions administratives de la CSSF. Dans une optique de cohérence du texte de loi, le Conseil d'Etat recommande de clarifier le champ d'application des deux articles précités ;

Dans la mesure où l'article 147, paragraphe 2 qui traite des pouvoirs de la CSSF, et l'article 148, paragraphe 4 qui traite des sanctions que peut prononcer la CSSF, reprennent fidèlement le texte de l'article 98, paragraphe 2 de la directive 2009/65/CE respectivement le texte de l'article 99, paragraphe 6 de la directive 2009/65/CE telle que modifiée par la directive 2014/91/UE, la Commission des Finances et du Budget décide de ne pas modifier le texte du projet de loi sur ce point.

- compte tenu de la gravité des sanctions prévues et compte tenu du fait que l'article 142, paragraphe 2 de la loi précitée du 17 décembre 2010 n'a qu'un champ d'application limité, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, que la possibilité d'un recours en réformation soit introduit dans le projet de loi. Le Conseil d'Etat rappelle à ce sujet que, suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme « *Silvester's Horeca Service c/ Belgique* » du 4 mars 2004, les sanctions administratives considérées comme peines doivent prévoir la possibilité d'un recours en réformation afin de permettre au juge administratif d'examiner l'opportunité de la décision attaquée et, pour le cas où la sanction émane d'une autorité administrative qui ne remplit pas elle-même les conditions d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de moduler la peine.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre l'avis du Conseil d'Etat et d'amender l'article 142, paragraphe 2 afin d'y prévoir la possibilité d'un recours en réformation contre les sanctions et autres mesures administratives prononcées par la CSSF au titre de l'article 148 (**amendement 3 portant sur un article 27 nouveau**).

Le Conseil d'Etat signale, finalement, qu'au paragraphe 4, lettres e) et f) du présent article, il convient d'écrire à deux reprises « 5.000.000 », comme chaque tranche de mille est à séparer par un point.

La Commission des Finances et du Budget procède à cette rectification.

Article 27 ancien (article 30 nouveau)

Cet article modifie l'article 149 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et transpose l'article 99^{ter} de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

Cet article appelle les observations suivantes de la part du Conseil d'Etat :

- le paragraphe 1^{er} du nouvel article 149 de la loi précitée du 17 décembre 2010 prévoit le principe de la publication de toute décision, sauf recours ou application de l'une des exceptions prévues par le projet de loi : le Conseil d'Etat se demande si la sanction de « déclaration publique » prévue dans le nouvel article 148, paragraphe 4, point a), de la loi précitée du 17 décembre 2010 doit donc être considérée comme étant toujours publique, nonobstant l'introduction d'un recours contre la décision et les exceptions à la publication énumérées dans le nouvel article 149 de la même loi ;

La Commission des Finances et du Budget note que cette disposition reflète fidèlement la directive et décide donc de ne pas modifier le texte sur ce point.

- le paragraphe 1^{er} du nouvel article 149 fait référence aux termes « sans délai injustifié », alors que l'article 99^{ter} de la directive 2014/91/UE utilise les termes « sans retard inutile » : le Conseil d'Etat demande de se référer à la terminologie de la directive afin d'assurer une transposition fidèle du texte ;

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la recommandation du Conseil d'Etat.

- le nouvel article 149, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 de la loi précitée du 17 décembre 2010 contient les termes « la CSSF peut » qui doivent, sous peine d'opposition formelle, être remplacés par les termes « la CSSF doit » conformément à la *ratio legis* de l'article 99ter, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 de la directive 2014/91/UE ;

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre la recommandation du Conseil d'Etat.

- le paragraphe 2 du nouvel article 149 de la loi précitée du 17 décembre 2010 semble être en contradiction avec le paragraphe 1^{er} du même article : en effet, le paragraphe 1^{er} prévoit la publication de toute décision ne faisant pas l'objet d'un recours, alors que le paragraphe 2 prévoit que l'information sur le fait qu'une décision fasse l'objet d'un recours doit aussi être immédiatement publiée. Le Conseil d'Etat a du mal à comprendre la raison d'être du paragraphe 2 de l'article 149 de la loi précitée du 17 décembre 2010 qui vise la publication immédiate d'une information concernant un recours compte tenu du principe de l'absence de publication des décisions faisant l'objet d'un recours ;

La Commission des Finances et du Budget partage les interrogations du Conseil d'Etat, mais note toutefois que l'article du projet de loi reprend fidèlement le texte de la directive sur ces points. Afin de ne pas courir le risque de se faire reprocher une transposition incomplète de la directive, la Commission décide de ne pas modifier le texte du projet de loi sur ce point.

- le paragraphe 4 du nouvel article 149 de la loi précitée du 17 décembre 2010 prévoit que la CSSF devra communiquer à l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) uniquement les sanctions ou mesures administratives « rendues publiques », alors que l'article 99ter, paragraphe 2 de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE prévoit également que la CSSF doit communiquer à l'AEMF les décisions non publiées, en vertu de l'article 149, paragraphe 1^{er}, point c) de la loi précitée du 17 décembre 2010, y compris tout recours et le résultat dudit recours. Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, que le texte de l'article 149, paragraphe 4 de la loi précitée du 17 décembre 2010 soit amendé afin de prendre en compte les exigences de l'article 99ter, paragraphe 2 de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre l'avis du Conseil d'Etat et d'aligner le texte de l'article 149, paragraphe 4 de la loi du 17 décembre 2010 au texte de la directive (**amendement 6**).

Article 29 ancien (article 32 nouveau)

Cet article introduit l'article 149ter dans la loi précitée du 17 décembre 2010 et vise à transposer l'article 99quinquies de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

Selon le Conseil d'Etat, l'article est une transposition fidèle de la directive, sauf en ce qui concerne le rajout d'obligations de signalement d'infractions par les salariés de toute entreprise concourant aux activités de l'OPC soumise à la surveillance de la CSSF. Le commentaire des articles reste muet sur la raison de cette inclusion de sorte que le Conseil d'Etat ne peut pas apprécier la portée de cette disposition supplémentaire.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations quant aux articles restants.

Les 6 amendements sont adoptés à l'unanimité.

3. Divers

Aucun point divers n'est abordé.

Luxembourg, le 3 mars 2016

La Secrétaire,
Caroline Guezennec

Le Président,
Eugène Berger