

**N° 6845<sup>2</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2015-2016

**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 du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif
  - la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissements alternatifs

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT**

(19.1.2016)

Par dépêche du 6 août 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet qui a été élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi proprement dit, étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, un tableau de correspondance entre 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 (directive „UCITS V“, ci-après désignée „directive 2014/91/UE“) à transposer et le projet de loi sous examen, ainsi que le texte coordonné de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif.

Le texte de la directive 2014/91/UE n'a pas été transmis au Conseil d'État, contrairement à la circulaire 501 du 9 août 2011 de la ministre aux Relations avec le Parlement (cf. point 2. „Procédure de saisine du Conseil d'État et transposition des directives européennes“). Le Conseil d'État regrette encore que le tableau de correspondance communiqué est erroné et que la version coordonnée de la loi précitée du 17 décembre 2010 ne met pas en évidence les dispositions du projet de loi sous examen.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 11 novembre 2015.

\*

## CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le projet de loi sous avis a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la directive 2014/91/UE ainsi que de modifier la loi précitée du 17 décembre 2010 et la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissements alternatifs. Le délai de transposition de la directive 2014/91/UE a été fixé au 18 mars 2016. Les dispositions de la directive 2014/91/UE à transposer concernent essentiellement trois volets: (i) un nouveau régime concernant les missions et responsabilités des dépositaires d'OPCVM, (ii) des règles relatives à la rémunération des gestionnaires d'OPCVM visant à éviter la prise de risque excessive et (iii) des règles concernant les sanctions administratives en cas de manquement aux obligations incombant aux OPCVM et à leurs gestionnaires. Des actes délégués de la Commission européenne sont attendus pour compléter l'arsenal législatif par des mesures d'exécution.

Le projet de loi vise également à apporter certaines modifications à la loi précitée du 17 décembre 2010 et à la loi précitée du 12 juillet 2013 qui ne sont pas liées à la transposition de la directive 2014/91/UE. Les auteurs du projet de loi ont prévu en particulier d'aligner le régime dépositaire applicable aux organismes de placement collectif (OPC) de la partie II de la loi précitée du 17 décembre 2010 sur celui applicable aux OPCVM de la partie I.

Le projet de loi vise enfin à introduire l'obligation pour les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs d'avoir recours à un réviseur d'entreprises agréé pour le contrôle de leur comptes ainsi que de leur permettre d'offrir certains services de manière transfrontalière en transposant les dispositions afférentes de la 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 (directive „MiFID 2“, ci-après la „directive 2014/65/UE“).

\*

## EXAMEN DES ARTICLES

### Article 1<sup>er</sup>

Sans observation.

### 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.

Le Conseil d'État note que l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2014/91/UE définit le terme „organe de direction“ comme suit:

*„l'organe investi du pouvoir ultime de décision au sein d'une société de gestion, d'une société d'investissement ou d'un dépositaire, comprenant les fonctions de surveillance et de gestion, ou uniquement la fonction de gestion lorsque ces deux fonctions sont séparées. Lorsque, en vertu du droit national, la société de gestion, la société d'investissement ou le dépositaire dispose de différents organes ayant des fonctions spécifiques, les exigences que la présente directive impose à l'organe de direction ou à l'organe de direction dans l'exercice de sa mission de surveillance, en plus ou au lieu de s'appliquer à celui-ci, s'appliquent aux membres des autres organes de la société de gestion, de la société d'investissement ou du dépositaire, respectivement responsables en vertu du droit national applicable“.*

En ce qui concerne la deuxième partie de la définition, le quatrième considérant de la directive 2014/91/UE explique les raisons de son introduction comme suit:

*„Si certaines mesures doivent être prises par l'organe de direction, il convient de s'assurer que, dans les cas où, en vertu du droit national, la société de gestion ou la société d'investissement dispose de différents organes auxquels sont attribuées des fonctions spécifiques, les exigences applicables à l'organe de direction ou à l'organe de direction dans l'exercice de sa mission de surveillance, en plus ou au lieu de s'appliquer à celui-ci, s'appliquent à ces organes, par exemple l'assemblée générale.“*

Or, l'article 2, point 6, du projet de loi dispose ce qui suit:

„... „organe de direction“: Sont visés:

- a) *aux fins de l'application de l'article 111ter, les membres du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, respectivement les membres de tout autre organe qui représentent, en vertu de la loi ou des documents constitutifs, la société de gestion ou l'OPCVM;*
- b) *aux fins de l'application de l'article 148:*
  - *les membres du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, respectivement les membres de tout autre organe qui représentent, en vertu de la loi ou des documents constitutifs, l'OPC, la société de gestion, le dépositaire ou toute entreprise concourant aux activités de l'OPC soumise à la surveillance de la CSSF; ou*
  - *les personnes qui déterminent effectivement la conduite de l'activité des entités visées au 1<sup>er</sup> tiret au sens de l'article 129, paragraphe 5;“.*

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'État 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 111ter 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'État doit donc s'opposer formellement au texte de la définition de l'organe de direction du projet de loi.

Le Conseil d'État 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. Il y aurait par exemple lieu d'écrire à l'endroit de l'article 2, point 6, du projet de loi:

„... „organe de direction“: Sont visés:

- a) *En ce qui concerne les sociétés anonymes, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas,*
- b) *En ce qui concerne les autres types de sociétés, l'organe qui représente, en vertu de la loi et des documents constitutifs, la société de gestion ou l'OPCVM;“.*

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'État 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.

### Articles 3 à 7

Ces articles transposent les dispositions de la directive 2014/91/UE concernant les nouvelles règles relatives aux obligations des dépositaires de fonds commun de placement (FCP).

#### Article 3

Cet article modifie l'article 17 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et transpose les dispositions de l'article 22, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE. Il apporte également des adaptations de l'article 17 précité par rapport à l'article 26bis de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

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'État 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.

Le Conseil d'État n'a pas d'autres observations à formuler.

#### Article 4

Cet article du projet de loi transpose notamment 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 18 de la loi précitée du 17 décembre 2010.

Le Conseil d'État 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“. Il y a lieu de reprendre les termes de la directive 2014/91/UE en vue d'assurer une transposition exacte.

En ce qui concerne l'article 18, paragraphe 4, point b) ii), du projet de loi, le Conseil d'État 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'État constate d'ailleurs que le texte coordonné de loi reprend les termes „fonds commun de placement“ conformément à l'observation formulée ci-avant.

#### Article 5

Sans observation.

#### 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 „*[l]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'État s'interroge sur la signification précise et, surtout, la mise en œuvre pratique de cette disposition. Or, le Conseil d'État 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'État 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.

#### *Articles 7 et 8*

Sans observation.

#### *Articles 9 à 13*

Ces articles transposent les dispositions de la directive 2014/91/UE concernant les nouvelles règles relatives aux obligations des dépositaires de sociétés d'investissement à capital variable (SICAV).

La directive 2014/91/UE ayant créé un cadre juridique uniforme applicable aux dépositaires d'OPCVM, quelle que soit la forme juridique de l'OPCVM en question, il en découle en effet que les dispositions applicables aux dépositaires des SICAV sont les mêmes que celles applicables aux dépositaires de FCP.

#### *Article 9*

Sans observation.

#### *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'État note en ce qui concerne l'article 34, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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.

À l'article 34, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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“.

#### *Article 11*

Sans observation.

#### *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'État 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.

#### *Articles 13 et 14*

Sans observation.

#### *Article 15*

Le Conseil d'État se demande si la référence à „l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, à l'article 33, paragraphe 1<sup>er</sup> 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.

#### *Articles 16 à 18*

Le Conseil d'État 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.

#### *Articles 19 et 20*

L'article 19 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'État n'a pas d'observation quant au fond des deux articles sous examen. Il note, par contre, que l'application des règles de 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.

#### *Articles 21 à 22*

Les observations faites par le Conseil d'État 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.

#### *Article 23*

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.

#### *Article 24*

Sans observation.

#### *Article 25*

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'État 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'État 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 États 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 États 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 États 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'État 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.

#### Article 26

Cet article modifie l'article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010. Il transpose l'article 99*bis* 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<sup>er</sup> 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'État souhaite formuler plusieurs observations en ce qui concerne le nouvel article 148:

- 1) En ce qui concerne les personnes ou organes de sociétés visés par les différentes infractions visées aux paragraphes 1<sup>er</sup>, 2 et 3 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, le Conseil d'État 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'État à propos de la définition du terme „organe de direction“ dans l'article 2 du projet de loi ci-dessus.

Dans ce contexte, il y a encore lieu de noter que seul le paragraphe 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, 2 et 3 du nouvel article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010, force est de constater 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“;
  - certaines „infractions“ énumérées dans le paragraphe 1<sup>er</sup> 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 ce qui concerne le 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'État demande, sous peine d'opposition formelle, que les infractions concernées de l'article 148, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 17 décembre 2010 soit précisées;
- le Conseil d'État souhaite également signaler au sujet du manquement concernant la fourniture de faux documents mentionné à l'article 148, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, point b), du projet de loi que 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'État 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;
  - le Conseil d'État note encore que 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) En ce qui concerne les 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'État 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'État recommande de clarifier le champ d'application des deux articles précités;
  - 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'État demande, sous peine d'opposition formelle, que la possibilité d'un recours en réformation soit introduit dans le projet de loi. Le Conseil d'État 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.

#### Article 27

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

Cet article appelle les observations suivantes:

- le paragraphe 1<sup>er</sup> 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'État 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;
- le paragraphe 1<sup>er</sup> du nouvel article 149 fait référence aux termes „sans délai injustifié“, alors que l'article 99<sup>ter</sup> de la directive 2014/91/UE utilise les termes „sans retard inutile“: le Conseil d'État demande de se référer à la terminologie de la directive afin d'assurer une transposition fidèle du texte;
  - le nouvel article 149, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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 99<sup>ter</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la directive 2014/91/UE;
  - le paragraphe 2 du nouvel article 149 de la loi précitée du 17 décembre 2010 semble être en contradiction avec le paragraphe 1<sup>er</sup> du même article: en effet, le paragraphe 1<sup>er</sup> 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'État 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;
  - 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 99<sup>ter</sup>, 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<sup>er</sup>, point c) de la loi précitée du 17 décembre 2010, y compris tout recours et le résultat dudit recours. Le Conseil d'État 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 99<sup>ter</sup>, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE telle qu'elle a été modifiée par la directive 2014/91/UE.

#### Article 28

Sans observation.

#### Article 29

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

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'État ne peut pas apprécier la portée de cette disposition supplémentaire.

#### Articles 30 à 45

Sans observation.

**OBSERVATIONS D'ORDRE LÉGISTIQUE***Observation générale*

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<sup>1</sup>, 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.

*Article 2*

Au point 3 qui introduit un point *10bis*, 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 *11ter* et *11quater* où les auteurs de la loi en projet ont omis d'ajouter les numéros respectifs identifiant les directives concernées.

*Article 19*

Le Conseil d'État demande à ce que le subjonctif „soient“ soit remplacé par l'indicatif présent „sont“ dans le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article *111bis* du projet de loi.

*Article 26*

L'article 26 de la loi en projet modifie l'article 148 de la loi précitée du 17 décembre 2010. Au paragraphe 4, lettres e) et f) de cet article, il convient d'écrire à deux reprises „5.000.000“, comme chaque tranche de mille est à séparer par un point.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 janvier 2016.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*La Présidente,*  
Viviane ECKER

---

<sup>1</sup> Loi du 23 juillet 2015 portant: – transposition de la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013; – transposition des articles 2 et 3 de la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011; – transposition de l'article 6, paragraphe 6 de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011; – modification de: 1. la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; 2. la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier; 3. la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

