

Projet de loi

portant

- **transposition de la directive 2009/111/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2007/64/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments de fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion de crises;**
- **transposition pour les établissements de crédit de la directive 2009/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne certaines obligations de publicité pour les sociétés de taille moyenne et l'obligation d'établir des comptes consolidés;**
- **parachèvement de la transposition de la directive 2009/14/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts en ce qui concerne le niveau de garantie et le délai de remboursement;**
- **modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;**
- **modification de la loi modifiée du 17 juin 1992 relative aux comptes des établissements de crédit;**
- **modification de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier;**
- **modification de la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés;**
- **modification de la loi modifiée du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers;**
- **modification de la loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières;**
- **modification de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement.**

Avis du Conseil d'Etat

(8 mars 2011)

Par dépêche du 3 août 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, qui a été élaboré par le ministre des Finances, et dont le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 10 janvier 2011.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis poursuit plusieurs objectifs, dont le principal est la transposition de deux directives, à savoir, d'une part, la directive 2009/111/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009

modifiant les directives 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2007/64/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments de fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion des crises, et, d'autre part, la directive 2009/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne certaines obligations de publicité pour les sociétés de taille moyenne et l'obligation d'établir des comptes consolidés.

La transposition de la directive 2009/111/CE touche le domaine de ce qu'il est convenu d'appeler CRD (Capital Requirement Directives), bloc de dispositions traduisant en règles contraignantes de droit communautaire les décisions du Comité de Bâle en matière d'exigences de fonds propres. Les dispositions à transposer au moyen du projet sous avis n'introduisent cependant pas de nouvelles exigences de fonds propres pour les acteurs financiers concernés, mais visent les attributions et l'organisation de la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) en la matière, notamment en ce qui concerne sa gouvernance interne et son rôle en tant qu'autorité de surveillance consolidante pour les cas où la CSSF est compétente.

Les autres aspects du projet sous avis visent, d'une part, à modifier une série de lois régissant le secteur et les activités financières et, d'autre part, à réduire le délai de remboursement des clients bénéficiant de la garantie des dépôts en cas de défaut d'une institution faisant partie du système à 20 jours, au lieu du délai de trois mois actuellement applicable.

Examen des articles

Article I

L'article I, comprenant 14 points vise à introduire dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier les dispositions transposant la directive 2009/111/CE.

Les modifications concernent les articles 44-2, 48, 50-1, 51-2 et 51-6^{ter} de la loi de 1993. L'ensemble des modifications peut se résumer au fond en la considération qu'il convient de tenir compte des obligations incombant à la CSSF en tant qu'autorité de surveillance consolidante, de même que des nouvelles exigences en matière d'institution de collèges des autorités de surveillance de différents Etats membres de l'Union européenne dans les cas où la surveillance consolidée s'applique à un acteur du secteur financier. Ceci explique notamment l'ajout aux articles respectivement 50-1 et 51-6^{ter} d'une série de paragraphes numérotés dans les deux cas de 9 à 14 et exposant le rôle de la CSSF dans une telle hypothèse.

Article II

L'article II rassemble une série d'autres modifications à la loi de 1993 relative au secteur financier.

En premier lieu, quant au point a), il convient de relever deux innovations qui peuvent paraître anodines, mais que les praticiens salueront.

Premièrement, la Commission de surveillance du secteur financier sera désormais officiellement désignée sous le sigle « CSSF » dans tous les textes législatifs et réglementaires, afin de la distinguer de la Commission européenne. La légistique rejoindra ainsi la pratique courante.

Deuxièmement, une disposition expresse de la loi définira la portée de la notion de PSF, clarifiant enfin à l'exclusion de tout doute, quels acteurs financiers sont des « professionnels du secteur financier » au sens juridique du terme.

On peut également relever les points d) et g), qui obligent désormais les organes dirigeants respectivement des établissements financiers et des PSF de communiquer *sponte sua* à la CSSF tout changement portant sur un élément déterminant ayant fondé l'octroi de l'agrément par la CSSF.

Ensuite, à une époque où les attaques contre le secret bancaire sont plus nombreuses que les initiatives venant le conforter, il y a lieu de noter tout particulièrement le point r), qui apporte deux précisions corroborantes à l'article 41, relatif au secret bancaire, de la loi de 1993.

La première de ces précisions est à saluer en ce qu'elle inclut expressément les personnes agissant dans le cadre de la liquidation d'un acteur relevant de la surveillance de la CSSF dans la sphère de l'obligation au respect du secret. Le secret des liquidateurs va certes de soi, alors que ces personnes continuent pour la durée de la liquidation les fonctions des anciens dirigeants et employés de l'établissement concerné, et se trouvent donc pour les besoins de la cause dans la même situation de droits et d'obligations. Le Conseil d'Etat ne voit cependant pas d'inconvénient à le déclarer expressément dans la loi.

Par contre, pour ce qui est du point r) ii), qui vient préciser que le secret bancaire perdure au-delà du contrat ou de la relation qui y a donné lieu, le Conseil d'Etat déconseille fortement de l'ajouter, alors que dans tous les cas de secret professionnel, celui-ci reste une obligation sans limite dans le temps, au-delà de la relation d'emploi ou de la fonction, quelle que soit la raison pour laquelle celle-ci ait pris fin, retraite, démission, licenciement, fin de mandat, ou autre. Dès lors, le fait de l'ajouter *expressis verbis* dans la loi de 1993, mais pas dans d'autres textes, pourrait ouvrir la porte à des raisonnements *a contrario* pour le moins néfastes, sinon carrément préjudiciables pour la sécurité juridique.

Le point s) modifiant l'article 53 relatif aux pouvoirs de la CSSF est intéressant en ce qu'il donne à celle-ci des pouvoirs non négligeables face à un établissement en carence de liquidités. On peut considérer que ces pouvoirs, notamment celui d'exiger des actifs liquides supérieurs aux minima prescrits par la loi, et celui d'interdire ou de limiter la distribution de dividendes, sont des pouvoirs exorbitants et soulevant de ce fait une série de questions.

En effet, si les pouvoirs de la CSSF sont déjà à l'heure actuelle considérables, l'ajout d'un pouvoir d'appréciation en matière de distribution de dividendes conduirait à un changement exponentiel de la nature de ces pouvoirs, la CSSF risquant de se retrouver, éventuellement malgré elle, dans une situation de dirigeant de fait susceptible de voir mettre en cause sa

responsabilité par omission ou par commission. Ceci est d'autant plus redoutable que la justification de la décision commerciale de distribuer ou non un dividende, de même que son montant, ne se montrera le plus souvent qu'*a posteriori*, à moins de se trouver d'emblée dans une situation de toute façon appréhendée et sanctionnée par le droit commercial. Le Conseil d'Etat recommande donc vivement de supprimer ce tiret. Quant à l'exigence de fonds propres ou d'actifs liquides au-delà des minima légaux, le Conseil d'Etat demande sous peine d'opposition formelle pour des raisons de sécurité juridique à voir fixer une grille de paramètres objectifs connus d'avance pour un acteur potentiellement concerné.

Enfin, les derniers points de l'article II sont consacrés à certaines modifications des modalités pratiques dans la mise en œuvre du système de garantie des dépôts. Il y a dans ce contexte notamment lieu de relever la réduction du délai d'indemnisation des déposants bénéficiant de la garantie de 3 mois à 20 jours ouvrables à partir respectivement de la constatation de l'indisponibilité des dépôts par la CSSF, du jugement de sursis de paiement ou de mise en liquidation.

Article III

Sans observation.

Article IV

L'article IV vise à modifier la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de surveillance du secteur financier. Il s'agit notamment d'étendre et de redéfinir certaines compétences de la CSSF sur base d'évolutions législatives communautaires ou nationales récentes.

Ainsi, en vertu du point a), si une agence de notation avait son siège à Luxembourg, elle relèverait d'une nouvelle compétence de surveillance prudentielle de la CSSF, découlant du règlement (CE) N° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit.

Il convient ensuite de préciser pour autant que de besoin (point b)) que la société de droit luxembourgeois European Financial Stability Facility S.A., établie par la loi du 9 juillet 2010 relative à l'octroi de la garantie de l'Etat dans le cadre de l'instrument européen de stabilisation de la zone euro, appelée à intervenir en cas de crise de liquidité aiguë d'un Etat membre de l'Union européenne, ne relève pas de la compétence de la CSSF.

Le point c) adopte un nouveau libellé de certaines compétences de la CSSF. Il s'agit entre autres de tenir compte des compétences de la CSSF en matière de supervision consolidée au niveau communautaire de même que de transférer la substance de l'article 53 actuel de la loi modifiée de 1993 relative au secteur financier (article modifié par l'article II, sous s)) du projet sous avis) vers la loi organique de la CSSF, tout en l'adaptant pour combler certaines lacunes ou évolutions.

Cette manière de procéder donne lieu dans sa généralité à une opposition formelle de la part du Conseil d'Etat, qui demande à laisser

inscrits les pouvoirs de la CSSF dans les différentes lois techniques et spéciales régissant les domaines où ce pouvoir s'exerce, et non de les placer d'une façon déconnectée de toutes dispositions de procédure et de sanctions régissant ou découlant de ces pouvoirs, dans la loi organique sur la CSSF. De même, la généralité de l'inscription dans la loi organique aurait pour conséquence que ces pouvoirs s'exerceraient d'une manière indistincte sur toute personne pouvant tomber *ratione materiae*, et non seulement *ratione personae*, dans la compétence de la CSSF. Le Conseil d'Etat demande dès lors sous peine d'opposition formelle, basée sur le principe de la sécurité juridique, aux auteurs du projet de revoir tout le point c) de l'article IV dans cette perspective et d'insérer les dispositions afférentes dans les lois spéciales concernées, dont notamment celle de 1993 relative au secteur financier, le cas échéant, en complétant cette loi par la précision de pouvoirs de la CSSF requise, tout en tenant compte des observations du Conseil d'Etat ci-après.

Subsidiairement, le Conseil d'Etat doit encore s'opposer formellement à la substance, indépendamment de l'endroit où elle figurera en fin de compte, à la disposition de l'avant-dernier tiret du paragraphe 2, cela en l'absence de tous critères et procédures régissant le gel et la séquestration d'actifs y prévue. En effet, en l'absence de toutes précisions, les principes constitutionnels fondamentaux relatifs à la protection du droit de propriété, de même qu'à la sécurité juridique, se trouvent violés.

Enfin, le Conseil d'Etat est d'avis que le dernier tiret du nouvel article 3-3, quel que soit l'endroit où figurera cette disposition, est superfétatoire, dans la mesure où les autorités dirigeantes de la CSSF, ayant toutes le statut de fonctionnaires, prises *ut singuli*, tombent dans le champ d'application de l'article 23(2) du Code d'instruction criminelle et n'ont de ce fait non seulement le droit, mais l'obligation, d'informer le procureur d'Etat de faits de la nature y visée.

Articles V à VIII

Ces articles n'appellent pas d'observations au fond, sauf à remarquer que la modification apportée par l'article VI à la loi modifiée du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers donne lieu aux mêmes observations que ci-avant par rapport à l'article II, sous r).

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 mars 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder