

Projet de loi

portant création d'un comité du risque systémique.

Avis du Conseil d'Etat

(20 mai 2014)

Par dépêche du 5 mars 2014, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances. Le projet était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche financière et d'une fiche d'évaluation d'impact.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 9 avril 2014.

Le projet est destiné à concrétiser en droit luxembourgeois une recommandation du Comité européen du risque systémique (« CERS ») qui part du constat que la surveillance prudentielle est certes assez avancée dans son aspect microprudentiel, c'est-à-dire en ce qui concerne la surveillance d'acteurs individuels, mais qu'il reste une lacune pour ce qui est d'une vue d'ensemble macroprudentielle cohérente. Voilà pourquoi les Etats membres sont invités à mettre en place une instance qui réunit des représentants des diverses autorités microprudentielles nationales dans une sorte de forum de surveillance macroprudentielle.

Au Luxembourg, ce forum qui portera la dénomination de « comité du risque systémique » réunira ainsi le Gouvernement, la Banque centrale du Luxembourg (BCL), la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), et le Commissariat aux assurances (CAA). La nouvelle structure faîtière n'a ni de pouvoir normatif ni de contrainte propre. Elle opère par recommandations et rapprochements afin d'établir une sorte de vase communicant, si jamais il devait y avoir des lacunes entre les compétences respectives des différentes autorités microprudentielles. La nouvelle structure opère de façon discrète, le cas échéant, sans rendre publiques les démarches et actions recommandées.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article sous examen décrit les grandes lignes relatives à la mise en place et au *modus operandi* du comité.

A titre purement formel, le Conseil d'Etat suggère de remplacer, au paragraphe 2, les tirets par des virgules et de citer la

recommandation à laquelle il est fait référence de manière complète pour écrire « recommandation du Comité européen du risque systémique (ci-après « CERS ») du 22 décembre 2011 concernant le mandat macroprudentiel des autorités nationales (CERS/2011/3) ».

Quant au fond, tout en étant conscient que le terme figure dans la recommandation précitée, le Conseil d'Etat propose de supprimer le mot « ultime » au paragraphe 1^{er}, troisième ligne. La mission a un objectif, sans besoin de précision métaphysique, d'autant plus que le but recherché par le projet sous avis se veut être concret.

Au paragraphe 3, le Conseil d'Etat recommande de remplacer la notion de « vulnérabilités » par « exigences spécifiques » du système financier national. En effet, ce qui est une faiblesse dans telle circonstance peut se révéler être une force dans telle autre, et vice versa. C'est la raison pour laquelle il convient de préférer une notion objective.

Quant aux « objectifs intermédiaires », si le commentaire des articles en traite assez extensivement, il convient de définir la notion tant soit peu dans le texte même du projet, alors qu'il s'agit d'un terme jusqu'ici non utilisé dans le droit financier luxembourgeois, pour autant que le Conseil d'Etat sache.

Enfin, le commentaire des articles donne des explications fort utiles sur les destinataires potentiels des recommandations (et autres) du comité. Le Conseil d'Etat reviendra plus amplement sur ce point à l'endroit de l'article 4.

Article 2

Cet article énonce les compétences du comité.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il convient de dire expressément dans le texte qui sont les destinataires des différents documents par voie desquels le comité se prononce.

Les compétences énoncées dans le texte sont avant tout « émettrices », c'est-à-dire que le comité identifie, évalue, fait des suivis, émet, formule, détermine, veille et échange à l'adresse d'autres acteurs. Or, il y a bien sûr aussi des sources d'information. Dans la mesure où celles-ci proviennent sans doute prioritairement des membres composant le comité (au sens propre des personnes physiques, mais au sens indirect les autorités qu'elles représentent), elles sont le cas échéant soumises à la confidentialité et au secret professionnel. Certes, l'article 3, paragraphe 14 du projet fait référence à l'article 458 du Code pénal pour y soumettre les membres du comité dans l'exercice de leurs fonctions et pour ce qui est du secret des délibérations des réunions du comité, mais il conviendrait de compléter également l'article 2 par le constat exprès que le comité du risque systémique ne peut travailler que sur des données macroprudentielles agrégées, et non sur des données individualisant tel acteur ou ses clients. En l'état actuel du texte, les membres effectifs violeraient d'ailleurs leur propre secret professionnel s'ils

transmettaient au comité du risque systémique de telles données, alors que la seule référence à l'article 458 du Code pénal ne suffit pas pour étendre le cercle des confidentiels couverts de manière à en faire une sphère du secret partagé. Juridiquement, il n'y a aucune communauté de secret entre les différents types d'acteurs soumis à l'article 458 du Code pénal, ni entre la sage-femme et le banquier, ni entre une autorité microprudentielle et le comité du risque systémique.

Dès lors, de deux choses l'une : soit, il n'y a pas d'extension de la communauté de secret, et le nouveau comité se limitera au traitement de données agrégées, sachant que cela n'empêche pas de faire adresser un message à un acteur individuel via son autorité de surveillance compétente ; soit le texte devrait prévoir expressément que le nouveau comité partage le secret professionnel des institutions que ses membres représentent. Le Conseil d'Etat déconseille cependant vivement cette seconde lecture, alors qu'elle donnerait en plus lieu à un échange de données via la structure faîtière entre les institutions représentées, échange qui n'est actuellement possible que dans des hypothèses très restrictives. Une telle extension devrait être prévue expressément par le texte.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 5.

Enfin, le Conseil d'Etat se heurte à une remarque qui figure au commentaire des articles. On y lit qu'« aux fins de la présente loi, le secteur financier couvre en fait tout le système financier au Luxembourg ». Si le « système financier » est défini, le « secteur financier » n'est pas pour autant une notion juridique. En plus de tous les différents types de professionnels du secteur financier agréés, on peut y subsumer les avocats d'affaires, les experts comptables, les réviseurs, et une panoplie d'autres activités encore plus connexes. Si le Conseil d'Etat ne voit pas d'inconvénient à trouver ces notions dans le texte du projet de loi en tant que description de la source des informations destinées à alimenter les réflexions du comité, il ne faut par contre pas en déduire le champ de destination.

A titre purement formel, le Conseil d'Etat observe qu'il convient de renvoyer au point h) à l'« article 1^{er}, paragraphe 4 ». Les paragraphes sont en effet référencés sans parenthèses.

Article 3

L'article 3 régit la composition et le fonctionnement du comité du risque systémique. Le Conseil d'Etat relève encore une fois que le comité est certes composé de personnes physiques, mais que celles-ci représentent ès qualité leurs autorités d'envoi. Concernant les membres suppléants, il convient de clarifier, au paragraphe 2, si « en cas d'empêchement » se rapporte uniquement à « remplacer » ou aussi à « accompagner ». On croit en effet déduire du paragraphe 5 que les membres suppléants peuvent en toutes hypothèses assister (« accompagner ») aux réunions, mais qu'ils votent uniquement en cas d'absence du membre effectif.

Quant au paragraphe 6, il conviendra de veiller à ce que les publications respectent en tout état de cause le secret professionnel et la confidentialité des données personnelles, tout comme le secret des affaires. Par ailleurs, des publications malencontreuses pourraient causer un dommage de réputation non négligeable aux acteurs visés, voire à tout ou partie du secteur financier luxembourgeois. En l'absence de personnalité juridique dans le chef du comité, ses membres porteraient personnellement de telles responsabilités. Le Conseil d'Etat ne peut dès lors qu'inviter à la plus grande circonspection et parcimonie en ce qui concerne ces publications.

Il en va d'ailleurs de même pour la publicité découlant de l'article 6 de la loi en projet, de sorte que les mêmes observations s'y appliquent *mutatis mutandis*.

Au paragraphe 7, le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value du terme « hiérarchique » à la première ligne, voire de toute cette référence à l'autorité du directeur général de la BCL. Comme le texte dit que le secrétariat est assuré par la BCL, cela est autosuffisant et permet à celle-ci d'exécuter cette tâche dans le respect de ses règles de hiérarchie et de fonctionnement internes.

Au paragraphe 9, il faut préciser si cette approbation se fait à l'unanimité (cf. paragraphe 6) ou à la majorité. Il convient aussi de déterminer la valeur d'une abstention à admettre que cela est du tout possible. En effet, il en dépend si la majorité est toujours de trois voix au moins ou pourrait, au contraire, se satisfaire de deux voix.

Quant au paragraphe 14, le Conseil d'Etat a amplement exposé ci-avant que cela ne couvre que le secret des délibérations et le secret professionnel « compartimenté » par profession au sens de l'article 458 du Code pénal, mais rien au-delà.

Au paragraphe 17, il convient de rayer les « s » à la fin des mots « experts » et « conflits », le premier étant de trop pour des raisons d'orthographe, le second étant mal choisi en substance alors qu'un seul conflit d'intérêts devrait suffire pour écarter un expert.

Quant au financement du comité, le Conseil d'Etat prend acte que « le comité n'est pas conçu comme un poste budgétaire », selon le commentaire de l'article. La question de la rémunération reste cependant ouverte en ce qui concerne le recours aux experts qui peuvent être sollicités (cf. paragraphe 17). Ce point devrait être clarifié d'avance.

Quant à la légistique formelle, le Conseil d'Etat note que l'article sous examen ne comporte pas moins de 17 paragraphes. Dans cette hypothèse, il est préférable de reprendre ces dispositions sous un ou plusieurs articles nouveaux, subdivisés, le cas échéant, en alinéas, voire en paragraphes.

Article 4

Le Conseil d'Etat enchaîne ici avec son observation faite à l'article 1^{er}. Le libellé de l'article 4 soulève pour lui un problème fondamental. En effet, le comité du risque systémique ne disposant ni de pouvoir réglementaire, ni de pouvoir de contrainte propres (et il ne saurait d'ailleurs en disposer s'agissant d'une structure « douce » de recommandation et d'orientation), le Conseil d'Etat ne peut appuyer l'idée que ce comité s'adresse directement à des acteurs individuels. En effet, ces interventions risquent d'être ressenties comme des instructions, alors qu'elles sont dépourvues des assises juridiques nécessaires et surtout des voies de recours caractérisant un Etat de droit. Les seuls destinataires directs du comité seront dès lors les autorités de surveillance microprudentielles qui, elles, choisiront si, et selon quelles voies, elles feront passer le message à un, plusieurs ou tous les acteurs sur lesquels elles ont autorité.

S'agissant d'un pouvoir indirect non négligeable du nouveau comité, le Conseil d'Etat recommande vivement de faire ressortir ce cheminement potentiel du texte même.

Suivant cette lecture, le paragraphe 1^{er} se limitera aux trois premières lignes actuelles, la partie « ainsi que ... ou à l'une de ses composantes » étant à supprimer et à remplacer par la description de la « voie indirecte » que le Conseil d'Etat vient d'énoncer.

Même si ce commentaire devient dès lors superfétatoire, le Conseil d'Etat souligne encore que l'idée de s'adresser à « tout ou partie du secteur financier » est dépourvue de toute signification juridique.

Le paragraphe 2 est superfétatoire, alors qu'il reprend, certes en utilisant des termes différents, l'article 3, paragraphe 6.

Le commentaire des articles expose que le comité pourrait même s'adresser au secteur dit « *shadow banking* ». Si le commentaire des articles n'a pas de valeur juridique et n'est pas formellement examiné par le Conseil d'Etat, il faut à cet endroit cependant souligner qu'une telle « compétence » du comité est inconcevable. En effet, s'il convient de réguler tant soit peu le secteur financier parallèle, et sachant que des initiatives en ce sens sont en cours, cette compétence devra nécessairement revenir aux autorités de surveillance visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, disposition dont il ressort d'ailleurs que le comité du risque systémique ne saurait avoir une compétence de régulation propre indépendante de celle des autorités en place.

Enfin, le paragraphe 3 est, le cas échéant, à reformuler en fonction de ce qui sera retenu pour le paragraphe 1^{er}.

Article 5

L'article sous examen soulève une série de questions. Tout d'abord, le paragraphe 1^{er} prévoit que ce sont les « membres du comité » qui communiquent des informations au comité. Par contre, le

commentaire des articles énonce, de façon correcte, que cette communication se fait par les « autorités représentées au comité ». Cette formulation est la seule juridiquement correcte et il convient de la reprendre dans le texte même.

Ensuite, au paragraphe 2, qui est visé par « tout autre organisme national » ? La sphère des destinataires et correspondants devrait en effet être déterminée avec plus de clarté dans un texte à portée contraignante.

Enfin, l'ensemble de l'article 5, dans les deux sens du flux d'informations y prévu, et pour tous les acteurs, organismes et autorités visés, soulève une nouvelle fois la question du secret professionnel et de la protection des données. En effet, le Conseil d'Etat estime que la référence au « respect de leurs compétences et obligations légales résultant du droit de l'Union et du droit national » est trop sommaire pour y subsumer la réponse à la problématique discutée à l'endroit de l'article 3, paragraphe 14, à savoir la création d'une sphère partagée de secret, qui ne serait d'ailleurs pas souhaitable, alors qu'elle pourrait, le cas échéant, « couvrir » formellement les auteurs des révélations et transmissions sans pour autant adresser la question du droit légitime des acteurs concernés par les échanges et révélations de voir protégées leurs données confidentielles.

Si le Conseil d'Etat ne devait pas recevoir les apaisements nécessaires sur l'ensemble de ces questions qui se posent par rapport à plusieurs dispositions du texte sous avis, à savoir la délimitation de la sphère du secret partagé, la circonspection en matière de publicité, et la proportionnalité des interventions potentielles par rapport aux droits légitimes des acteurs concernés, il se verrait obligé, sur base de considérations impérieuses de sécurité juridique, de réserver la dispense du second vote constitutionnel.

Article 6

On note une certaine disparité entre le texte du projet et le commentaire des articles. D'après ce dernier, le texte rendrait les membres du comité « responsables » devant le Gouvernement en conseil et la Chambre des députés. En premier lieu, le texte ne dit rien de tel, il prévoit juste une réunion. En second lieu, quelle serait la nature de cette responsabilité ? Les membres du comité deviendraient-ils d'un coup des acteurs politiques contraints, le cas échéant, à la démission si les représentants de la Nation ne trouvent pas de satisfaction ? Quelles en seraient les répercussions sur leurs fonctions professionnelles principales ?

Par ailleurs, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations faites à l'endroit de l'article 3, paragraphe 6 quant aux risques inhérents à la publicité.

Enfin, le Conseil d'Etat propose de reformuler l'article sous avis comme suit :

« Au cours du premier trimestre de l'année civile, le comité communique au Conseil de Gouvernement et à la Chambre des députés un rapport sur ses activités de l'année écoulée. Sur demande de la Chambre, le comité présente le rapport à la commission compétente de la Chambre. Une version abrégée du rapport est publiée par le comité ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 mai 2014.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen