

Projet de loi

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

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

Avis du Conseil d'État

(13 décembre 2016)

Par dépêche du 2 août 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, ainsi que les textes coordonnés par extraits des lois modifiées par le projet de loi sous avis, à savoir la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs, la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif, la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 30 novembre 2016.

Considérations générales

Le projet de loi a pour objet la mise en œuvre de certaines dispositions du règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte. Les auteurs du projet de loi ont par ailleurs profité de l'occasion pour apporter un certain nombre d'ajustements à plusieurs lois relatives au secteur financier. Le Conseil d'État note qu'il s'agit dans la plupart des cas de modifications qui portent sur des détails de la législation en vigueur, à l'exception de l'une ou l'autre mesure plus substantielle.

En ce qui concerne la mise en œuvre du règlement (UE) 2015/751, l'intervention du législateur se limitera à désigner l'autorité compétente au Luxembourg aux fins de l'application du règlement européen, à définir les pouvoirs de l'autorité en question et les sanctions qu'elle pourra prononcer et, enfin, à fixer un plafond pour le montant de la commission d'interchange pour les opérations de paiement nationales effectuées moyennant une carte de débit. C'est ce dernier point qui représente un enjeu majeur pour les acteurs économiques concernés.

Le Conseil d'État constate que, dans la définition des pouvoirs de l'autorité compétente, en l'occurrence la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), des comportements qu'elle sera en mesure de sanctionner et des sanctions qu'elle pourra prononcer, les auteurs du projet de loi ont tenu compte des observations que le Conseil d'État a pu formuler récemment, à l'endroit d'un certain nombre de textes comportant des dispositifs comparables¹, par rapport notamment au respect du principe de la légalité des incriminations et des peines.

Ceci dit, il reste que les formulations et les approches changent au gré des textes, sans que les auteurs justifient autrement ces différences. Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir à ce constat.

Le Conseil d'État s'interroge encore sur le choix fait en l'occurrence de ne pas modifier le champ des interventions de la CSSF au niveau de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

Certes, les prestataires de services de paiement visés par le dispositif proposé par les auteurs du projet de loi tombent d'ores et déjà dans le champ de la surveillance de la CSSF en application des dispositions de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement². Il reste

¹ Avis du Conseil d'État du 18 décembre 2015 concernant le projet de loi relative aux produits dérivés de gré à gré, aux contreparties centrales et aux référentiels centraux (doc. parl. n° 6846²) ; avis du Conseil d'État du 19 janvier 2016 concernant le projet de loi portant notamment 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 (doc. parl. n° 6845²)

² Loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres et - portant transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE - portant modification de : - la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier - la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme - la loi du 18 décembre 2006 sur les services financiers à distance -

que, dans l'intérêt de la cohérence et de la lisibilité du droit, il y aurait avantage à faire figurer les nouvelles missions qui sont attribuées à la CSSF, en application du règlement (UE) 2015/751, parmi les missions énumérées dans la loi précitée du 23 décembre 1998. Le Conseil d'État propose dès lors d'ancrer les nouvelles missions qui seront confiées à la CSSF directement dans sa loi organique.

Le Conseil d'État suggère par ailleurs de réfléchir à la définition d'un dispositif de base décrivant les pouvoirs de surveillance, d'intervention, d'inspection, d'enquête et de sanction de la CSSF nécessaires à l'exercice de ses fonctions, dispositif de base qui pourrait être inséré dans la loi précitée du 23 décembre 1998 et auquel les lois spécifiques organisant les activités des organismes qui sont soumis à la surveillance de la CSSF pourraient faire référence, ce dispositif de base n'étant ensuite adapté aux spécificités de la matière couverte qu'en cas de nécessité.

La façon de procéder proposée par le Conseil d'État éviterait l'éparpillement des dispositifs qui régissent l'activité de la CSSF sur une multitude de textes et les flottements au niveau de la terminologie qui l'accompagnent et que le Conseil d'État vient de souligner. La transparence et la cohérence de la législation afférente s'en trouveraient renforcées.

En ce qui concerne les ajustements entrepris à l'endroit de plusieurs lois relatives à l'organisation du secteur financier, c'est l'article 14 du projet de loi qui modifie l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier qui retient l'attention. Cet article 14 allonge la liste des exceptions au secret professionnel qui est défini à l'article 41 précité. Les nouvelles exceptions au secret professionnel seraient destinées à faciliter la coopération intragroupe et la sous-traitance, cette dernière couvrant le cas de l'externalisation de services, encore appelée « *outsourcing* ». Le Conseil d'État note au passage que la coopération intragroupe, qui est visée par le projet de loi, constitue en elle-même également une forme de sous-traitance, même si elle se déroule à l'intérieur d'un groupe. Plus précisément, le projet de loi distingue trois situations :

- une première situation, dans laquelle il sera permis de transmettre des renseignements couverts par l'obligation de secret à des personnes établies au Luxembourg qui sont soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF, de la Banque centrale européenne (BCE) ou du Commissariat aux assurances, les renseignements afférents étant mis à la disposition des personnes concernées dans le cadre d'un contrat de services ;
- une deuxième situation, qualifiée de sous-traitance intragroupe, dans laquelle une personne soumise à la surveillance prudentielle de la CSSF ou de la BCE pourra, dans le cadre d'une sous-traitance de services, transmettre à des personnes au service d'une entité du groupe dont elle fait elle-même partie, des renseignements couverts par l'obligation de secret sans se heurter, lorsque certaines conditions sont remplies, au secret professionnel ;

la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux - la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers - la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif - la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier - la loi modifiée du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale de Luxembourg - la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances - portant abrogation du titre VII de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique

- une troisième situation qui couvre tous les autres cas dans lesquels la sous-traitance s’opérera extragroupe, et dans laquelle l’obligation au secret est, sous certaines conditions, levée face aux personnes au service des entités sous-traitantes concernées.

Le Conseil d’État regrette tout d’abord le peu d’éléments que les auteurs du projet de loi livrent pour expliquer et motiver leur démarche. Ils se limitent en effet à des considérations opérationnelles concernant la facilitation de certains processus de sous-traitance. L’effet premier résidera probablement au niveau des coûts de fonctionnement qui pourront être diminués. L’impact des nouvelles mesures risque cependant de se faire sentir à d’autres niveaux. Le Conseil d’État se demande ainsi quelles seront les répercussions des mesures envisagées sur la configuration de la place financière et l’emploi. Certes, la situation créée par le projet de loi n’est pas foncièrement nouvelle. Depuis 2003³, « l’obligation au secret n’existe (plus) à l’égard des établissements de crédit et des PSF de support lorsque les renseignements communiqués à ces professionnels sont fournis dans le cadre d’un contrat de services »⁴. Les circulaires de la CSSF 05/178 du 11 avril 2005 et 12/552 du 11 décembre 2012 qui couvrent, la première, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement et PSF autres que les entreprises d’investissement et, la seconde, les établissements de crédit, les entreprises d’investissement et professionnels effectuant des opérations de prêt, traitent de l’*outsourcing* et permettent, sous des conditions strictes, un *outsourcing* de la fonction informatique à un tiers même situé à l’étranger, dépassant en cela le champ du dispositif législatif en vigueur depuis 2003. Des circulaires antérieures à celles précitées contenaient d’ailleurs des dispositifs comparables (voir à ce sujet la circulaire IML 96/126). L’*outsourcing* est encore encadré par une procédure d’autorisation préalable de la CSSF ou, dans certains cas, par une procédure de notification. Face à ce dispositif très complet, il aurait été indiqué d’en dresser un bilan, d’en pointer d’éventuelles rigidités et inefficacités et de l’alléger ensuite, si nécessaire. Ancrer un tel dispositif dans la loi, sans en avoir exploré tous les tenants et tous les aboutissants, semble en tout cas prématuré et risqué aux yeux du Conseil d’État qui serait notamment intéressé de savoir si le Luxembourg anticipe en l’occurrence des évolutions de la réglementation internationale et européenne et quelles sont les solutions adoptées par les places financières concurrentes. Le Conseil d’État note au passage que la fiche d’impact qui était jointe au dossier qui lui a été transmis, ne contient aucun détail au sujet des répercussions qu’aura la loi en projet.

Dans ses circulaires, la CSSF, tout en relevant que « la sous-traitance peut, dans de bonnes conditions, contribuer à une meilleure gestion par le transfert de certaines fonctions à des tiers disposant d’une plus grande expertise et permettant des économies d’échelle accrues »⁵, note cependant également qu’« en cas de recours à de tels services auprès de prestataires autres que les PSF connexes, les professionnels financiers s’exposent à un risque de divulgation plus important que dans l’hypothèse où ils utilisent leur propre personnel pour gérer leur système informatique »⁶.

³ Loi du 2 août 2003 portant - modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; - modification de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d’une commission de surveillance du secteur financier ; - modification de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés

⁴ Formulation résultant de la loi du 25 juillet 2015 relative à l’archivage électronique

⁵ Circulaire CSSF 05/178, page 2

⁶ Circulaire CSSF 05/178, page 5

Ces considérations soulignent un autre enjeu du dossier, à savoir celui de la protection des données à caractère personnel. Dans le cadre du dispositif de sous-traitance qui sera mis en place, les données à caractère personnel des clients des établissements concernés constituent en effet un intérêt central. Les banques détiennent sur leurs clients des données en quantités importantes et sensibles à des degrés variables. Il peut s'agir de l'identité des clients, de l'historique des opérations effectuées, de données en relation avec l'évaluation des risques liés à un client dans le cadre de l'évaluation d'une demande de crédit, de l'enregistrement d'entretiens avec le conseiller clientèle, etc. Il en résulte que les opérations de sous-traitance qu'il est projeté de faciliter en l'occurrence devront être strictement encadrées au regard du risque accru de divulgation thématique dans la circulaire 05/178 de la CSSF.

Le Conseil d'État relève que, dans le commentaire des articles, les auteurs du projet de loi s'expriment avec une certaine retenue en notant qu'« en règle générale », l'entité surveillée, qui souhaite procéder à une sous-traitance devra non seulement respecter les conditions du nouvel article 41 de la loi précitée du 5 avril 1993, mais également la législation sur la protection des données et les exigences réglementaires en la matière. Le Conseil d'État, pour sa part, se doit d'insister sur le respect strict de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel notamment de ses articles 18 et 19 traitant du transfert de données vers des pays tiers et de son article 26 sur le droit à l'information de la personne concernée.

Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir à cet aspect du dossier lors de son examen des articles.

Il note enfin que la Commission nationale pour la protection des données devrait être entendue en son avis, vu les enjeux, en l'occurrence, au niveau de la protection des données à caractère personnel.

Examen des articles

Chapitre 1^{er} – Commissions d'interchange

Article 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} met en œuvre l'article 13, paragraphe 1^{er}, du règlement (UE) 2015/751 et désigne la CSSF comme autorité compétente au Luxembourg aux fins de l'application dudit règlement.

Le paragraphe 2 donne compétence à la CSSF pour régler sur une base extrajudiciaire les litiges qui opposent les bénéficiaires et les prestataires de services de paiement.

Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales figurant en introduction au présent avis et dans lesquelles il prône l'insertion des nouvelles missions de la CSSF dans la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

Article 2

L'article 2 dote la CSSF des pouvoirs nécessaires pour s'acquitter des missions que la loi en projet lui attribue. La liste des pouvoirs s'inspire notamment de l'article 53 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. On trouve des listes aux contenus comparables dans d'autres textes comme la loi du 15 mars 2016 relative aux produits dérivés de gré à gré, aux contreparties centrales et aux référentiels centraux.

À l'alinéa 1^{er}, le Conseil d'État propose d'écrire :

« Aux fins de l'application du règlement (UE) 2015/751 et du présent chapitre ... ».

Le Conseil d'État note ensuite que l'alinéa 1^{er} fait référence aux « pouvoirs d'enquête et d'exécution » de la CSSF. L'article 53 de la loi précitée du 5 avril 1993, dont les auteurs du projet de loi disent s'être inspirés, se réfère aux « pouvoirs de surveillance et d'enquête » tandis que la loi précitée du 15 mars 2016 utilise les termes de « pouvoirs de surveillance, d'intervention, d'inspection et d'enquête ». Le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi d'harmoniser la terminologie utilisée en reprenant celle figurant dans la loi précitée du 15 mars 2016.

L'alinéa 2 se réfère, à plusieurs endroits, aux personnes à l'égard desquelles la CSSF sera, le cas échéant, amenée à exercer ses pouvoirs. Le Conseil d'État constate que le texte se réfère ainsi, sous les points 2, 4 et 5, « aux prestataires de services de paiement, aux entités de traitement et aux schémas de cartes de paiement », tandis que le pouvoir de procéder à des inspections sur place et des enquêtes, mentionné sous le point 3, se limiterait aux prestataires de services de paiement. La définition des notions employées se retrouve à l'article 2 du règlement (UE) 2015/751. Ainsi, par prestataire de services de paiement, il convient d'entendre « toute personne physique ou morale autorisée à fournir les services de paiement énumérés à l'annexe de la directive 2007/64/CE ou considérée comme émetteur de monnaie électronique conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la directive 2009/110/CE. Un prestataire de services de paiement peut être un émetteur, un acquéreur ou les deux ». Un schéma de cartes de paiement correspond à « un ensemble unique de règles, de pratiques, de normes et/ou de lignes directrices de mise en œuvre régissant l'exécution d'opérations de paiement liées à une carte, qui est distinct de l'infrastructure ou du système de paiement qui assure son fonctionnement, et qui inclut toute organisation, toute entité ou tout organe décisionnel spécifique responsable du fonctionnement du schéma ». Enfin, l'entité de traitement est définie comme « toute personne physique ou morale qui fournit des services de traitement d'opérations de paiement ». La directive 2007/64/CE définit encore la notion d'« établissement de paiement » en précisant qu'il s'agit d'une personne morale qui, conformément à l'article 10 de la directive, a obtenu un agrément l'autorisant à fournir et à exécuter des services de paiement dans toute l'Union européenne. Ce sont d'ailleurs les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique, au sens de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, qui tombent déjà dans le champ de la surveillance prudentielle de la CSSF en vertu de l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 23 décembre 1998. Toutes les entités, dont la définition vient d'être rappelée, sont liées plus ou moins directement à la fourniture, à l'exécution et au traitement de services de paiement. En l'occurrence, le Conseil d'État ne voit en tout cas pas au nom de quelle

logique les auteurs du projet de loi excluraient au point 3 de l'alinéa 2, par exemple, les entités de traitement du champ des inspections sur place et des enquêtes de la CSSF, à moins que les auteurs du projet de loi ne soient d'avis que la notion de « prestataires de services » englobe les autres entités, au cas où il conviendrait de reformuler les autres points de l'alinéa 2 entrant en ligne de compte. Un doute pourrait subsister pour la notion de « schéma de cartes de paiement », alors que la définition fournie par le règlement (UE) 2015/751 pourrait donner à croire qu'il s'agit non pas d'une personne, mais d'un dispositif. Ceci dit, l'article 7 du règlement européen qualifie le schéma de cartes de paiement d'« entité » en prévoyant que les schémas de cartes de paiement et les entités de traitement sont des entités indépendantes du point de vue de la comptabilité, de l'organisation et des processus décisionnels.

Face à ces imprécisions, le Conseil d'État constate qu'il y a un risque de discordance par rapport au champ d'application matériel et personnel du dispositif tel qu'il est défini dans le règlement (UE) 2015/751 qui est d'applicabilité directe. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au texte proposé. Il suggère de renoncer à la désignation et à l'énumération directes dans la future loi des entités visées, leur désignation étant prévue au niveau du règlement européen.

Le Conseil d'État attire enfin l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que le règlement européen ne prévoit pas de mesures d'exécution, alors que la notion de « pratiques contraires au règlement (UE) 2015/751, au présent chapitre ou aux mesures prises pour leur exécution » utilisée à l'article 2, points 4 et 5, laisse entendre que de telles mesures seront prises. La même observation s'impose à l'endroit du texte de l'article 3, paragraphe 1^{er}, points 1 et 3.

Article 3

Le dispositif figurant à l'article 3 est étroitement inspiré de textes analogues se retrouvant à l'article 53 de la loi précitée du 5 avril 1993 et à l'article 3 de la loi précitée du 15 mars 2016.

L'article 3 incrimine tout d'abord les comportements que la CSSF pourra sanctionner (paragraphe 1^{er}) et prévoit ensuite le régime des sanctions que la CSSF pourra prononcer en cas de violation des obligations découlant du règlement (UE) 2015/751, du chapitre 1^{er} du projet de loi et des mesures prises pour leur exécution (paragraphe 2).

En ce qui concerne le champ d'application *ratione personae*, le Conseil d'État renvoie à ses considérations développées à l'endroit du texte de l'article 2 et à son opposition formelle formulée à cette occasion. Pour ce qui est des comportements qui pourront être sanctionnés par la CSSF, le Conseil d'État constate qu'ils ont été circonscrits avec la précision nécessaire et conformément aux recommandations exprimées par le Conseil d'État dans des avis antérieurs, de sorte que, dans cette perspective, il n'a pas d'observation à faire. D'un point de vue formel, la référence aux pouvoirs de la CSSF devra être mise en concordance avec le texte de l'article 2 au cas où ce texte serait modifié conformément aux propositions du Conseil d'État.

Le paragraphe 3 permet à la CSSF d'imposer une astreinte aux personnes soumises à sa surveillance, afin de les inciter à se conformer aux injonctions de la CSSF. Le Conseil d'État constate que le pouvoir d'imposer une astreinte ne figure pas dans d'autres textes, et notamment dans celui de la loi précitée du 15 mars 2016. Les auteurs du projet de loi ne justifient d'ailleurs pas autrement l'instauration, en l'occurrence, de cette mesure à l'égard des personnes qui ne se conformeraient pas aux injonctions de la CSSF. Ici encore, le Conseil d'État ne peut que recommander d'améliorer la cohérence intrinsèque des dispositifs proposés en relation avec les pouvoirs accordés à la CSSF.

Le paragraphe 4 prévoit les voies de recours contre les sanctions prononcées par la CSSF. Quant au délai de recours, le Conseil d'État demande de s'en tenir au délai de droit commun, à l'instar de la loi précitée du 15 mars 2016.

Article 4

L'article 4 fixe à l'endroit des seules opérations de paiement nationales, notion qui couvre toutes les opérations de paiement qui ne sont pas des opérations de paiement transfrontalières, liées à une carte de débit, un plafond pour la commission d'interchange par opération. Cette commission ne pourra dépasser 0,12 pour cent de la valeur de l'opération. Le législateur européen a, en l'occurrence, laissé une marge d'appréciation aux instances nationales en leur permettant de fixer un taux inférieur au taux de 0,2 pour cent de la valeur de l'opération, applicable en vertu de l'article 3 du règlement (UE) 2015/751.

Cette disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre 2 – Modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier

Articles 5 à 13

Les modifications introduites par les articles 5 à 13 à l'endroit de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier visent essentiellement à redresser des erreurs qui se sont glissées dans le texte de la loi au fil des réformes dont elle a été l'objet. D'autres modifications sont destinées à tenir compte du fait que les dispositions relatives à l'assainissement et à la liquidation des établissements visées par la loi ont été transférées à la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement. Il y a lieu, par conséquent, d'adapter un certain nombre de références.

Les dispositions en question ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Article 14

L'article 14 du projet de loi modifie l'article 41 de la loi précitée du 5 avril 1993.

Le point 1° de l'article sous examen apporte quelques précisions au champ d'application du secret professionnel, sans changer la substance de la disposition modifiée. Il vient ainsi préciser que les banques établies au Luxembourg, qui sont sorties du giron de la surveillance prudentielle de la CSSF et qui relèvent désormais de la surveillance directe de la BCE, restent soumises au secret professionnel luxembourgeois (article 41, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}). Sans autrement justifier leur démarche, les auteurs du projet de loi ajoutent ensuite un alinéa 2 au paragraphe 1^{er} de l'article 41 qui est censé inclure dans le champ d'application du secret professionnel les personnes physiques ou morales qui ont été agréées en vertu de la loi précitée du 5 avril 1993 et qui sont soumises à une procédure d'assainissement, de redressement, de gestion contrôlée, de concordat, de résolution, de liquidation ou de faillite. Même si la loi actuellement en vigueur fait déjà référence aux « personnes physiques et morales ayant été agréées (...) et étant en liquidation », le Conseil d'État ne comprend pas en vertu de quel principe les personnes concernées changeraient de statut par rapport au secret professionnel en cas de difficultés financières et de déclenchement d'une des procédures prévues par le texte en projet et la nécessité qu'il y aurait dès lors de procéder à cet ajout. Il propose d'y renoncer. En ce qui concerne la précision, qu'en sus des personnes qui sont nommées, employées ou mandatées à un titre quelconque dans le cadre d'une des procédures susvisées, l'obligation de secret professionnel s'étend également à ceux qui sont au service de telles personnes, elle ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Le point 2° modifie le paragraphe 2 de l'article 41 sur un point d'importance mineure et de nature purement linguistique. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Le point 3° ajoute un nouveau paragraphe *2bis* à l'article 41.

Il prévoit tout d'abord une exception au secret professionnel dans le contexte d'une communication d'informations confidentielles à des entités établies au Luxembourg et qui sont surveillées par la CSSF, la BCE ou encore par le Commissariat aux assurances, dans le cadre d'un contrat de services (alinéa 1^{er} du nouveau paragraphe *2bis*). La disposition afférente vient remplacer l'actuel paragraphe 5 de l'article 41 qui prévoit, dans des termes tout à fait généraux, une exception à l'obligation au secret en cas de contrats de services passés par un établissement de crédit ou un PSF de support. Le texte trouve l'accord du Conseil d'État qui propose toutefois d'omettre la référence au Commissariat aux assurances qui n'a pas sa place dans la loi précitée du 5 avril 1993 qui exclut expressément les établissements surveillés par le Commissariat aux assurances de son champ d'application. La référence au Commissariat aux assurances n'apparaît d'ailleurs plus dans les alinéas subséquents qui ont trait à d'autres formes de sous-traitance.

Le point 3° introduit ensuite une exception au secret qui vise à faciliter la mise en œuvre de sous-traitances intragroupe au niveau des entités surveillées (alinéa 2 du nouveau paragraphe *2bis*).

Il prévoit finalement le cas de la sous-traitance extragroupe (alinéa 3 du nouveau paragraphe *2bis*).

Les deux mesures ouvrent largement la voie à la sous-traitance entendue comme « le transfert complet ou partiel de tâches opérationnelles, d'activités ou de prestations de services de l'établissement vers un prestataire externe, qui fait partie ou non du groupe auquel l'établissement appartient » (définition donnée par la circulaire CSSF 12/552 du 11 décembre 2012 sous son point 181). En l'occurrence, la sous-traitance, qui dans son essence sera accompagnée du transfert de volumes substantiels de données à caractère personnel, pourra se faire indistinctement vers des entités situées dans des États membres de l'Union européenne et dans des pays tiers. Pour ce qui est du principe de ce dispositif, le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales concernant notamment le respect strict du cadre de la législation sur la protection des données à caractère personnel.

Des observations supplémentaires, plus ponctuelles, s'imposent ensuite :

Le Conseil d'État ne comprend d'abord pas les raisons de la limitation qui est introduite au niveau de la sous-traitance intragroupe, et d'après laquelle, les services visés sont ceux qui sont « intégralement » sous-traités à l'intérieur du même groupe. Cette limitation ne réapparaît d'ailleurs pas dans le texte consacré à la sous-traitance extragroupe. Les auteurs du projet de loi ont-ils voulu dire que l'externalisation portera sur la totalité d'un service déterminé ? Quel régime s'appliquera dans ce cas en présence d'une externalisation partielle d'un service ? Le régime défini par la CSSF dans ses circulaires sera-t-il d'application ? Ou est-ce que les auteurs du projet de loi ont visé l'hypothèse d'une externalisation exclusivement effectuée au sein du groupe auquel appartient l'établissement concerné ? En toute hypothèse, la limitation ne fait pas vraiment sens et il devrait appartenir à l'établissement concerné de décider, dans le cadre tracé par la loi, de la configuration des services qu'il entend sous-traiter. Le Conseil d'État propose dès lors de renoncer au terme « intégralement ».

Le Conseil d'État constate ensuite que, dans le cas d'une sous-traitance intragroupe, le client devra simplement être informé au préalable par écrit, tandis que, dans le cas d'une sous-traitance extragroupe, le client devra accepter, au préalable et par écrit, la sous-traitance des services concernés. Le Conseil d'État note que la circulaire 12/552 précitée de la CSSF exige en matière de sous-traitance de services de gestion/d'opération des systèmes informatiques à une entité d'un groupe, que celle-ci se situe au Luxembourg ou à l'étranger, le consentement explicite du client. Le Conseil d'État estime que tel devrait également être le cas en l'occurrence. La CSSF exige par ailleurs que le consentement explicite du client soit donné « sur base d'un avis éclairé concernant l'intérêt de [la] sous-traitance, la spécificité de la finalité recherchée, du contenu de l'information transmise, du destinataire et de la localisation, ainsi que de la durée dans le temps » (point 193 de la circulaire). Le Conseil d'État relève que les éléments du consentement ainsi mis en avant par la CSSF sont autrement plus complets que ceux repris dans le projet de loi qui se limite au niveau de l'information qui devra être fournie en vue du consentement au principe de la sous-traitance, au type de renseignements transmis dans le cadre de la sous-traitance et au pays d'établissement de l'entité sous-traitante. Le Conseil d'État estime qu'il serait indiqué de fournir au client un maximum d'informations lorsqu'il sera placé dans une situation où il devra donner son accord et où les options qui s'offrent à lui sont en fait limitées.

Dans les deux cas de figure – sous-traitance intragroupe et extragroupe –, il est ensuite prévu que les personnes qui auront accès aux renseignements visés par le paragraphe 1^{er} de l'article 41 de la loi précitée du 5 avril 1993 devront être soumises par la loi à une obligation de secret professionnel ou être liées par un accord de confidentialité. Le Conseil d'État s'interroge sur les contours de la notion d'accord de confidentialité. Il note qu'un projet de loi actuellement en instance⁷ modifie, entre autres, l'article 19 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel en ajoutant aux dérogations qui permettent le transfert de données ou d'une catégorie de données vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat au sens de l'article 18, paragraphe 2, de la loi, le cas où « le transfert ou l'ensemble de transferts de données [est] entouré de garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes concernées, ainsi qu'à l'exercice des droits correspondants, résultant de clauses contractuelles reprenant les clauses contractuelles types adoptées par la Commission européenne en application de l'article 26 paragraphe (4) de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 ou de règles contraignantes d'entreprise approuvées par les autorités de protection des données des États membres concernés ». Le Conseil d'État recommande de s'inspirer de cette démarche et de préciser le dispositif prévu par le projet de loi sous avis.

Enfin, le Conseil d'État ne saurait admettre que l'article 2*bis* se réfère en son alinéa 3 consacré à la sous-traitance extragroupe indistinctement à l'obligation au secret qui n'existerait pas « dans tous les autres cas de sous-traitance ». Il faudrait, pour pouvoir procéder de cette façon, que le libellé des autres dispositions de l'article 41, tel que proposé, soit clair. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations concernant le champ de couverture de la sous-traitance intragroupe. Le Conseil d'État demande ensuite d'écrire « dans les autres cas » en supprimant le terme « tous ».

Le Conseil d'État invite finalement les auteurs du projet de loi à établir des règles cohérentes, claires et précises à l'attention des acteurs de la place financière en matière de sous-traitance, en combinant cadre législatif et réglementations d'exécution de la CSSF en vue de la création d'un dispositif flexible, mais offrant toutes les garanties de protection de leurs droits aux clients des établissements visés.

L'article 14, point 4^o, complète tout d'abord le paragraphe 3 de l'article 41 de la loi précitée du 5 avril 1993 par une référence aux autorités européennes compétentes en matière de surveillance prudentielle et de résolution. À l'avenir, la communication entre les entités surveillées et les autorités européennes pourra se faire directement au lieu de passer par l'intermédiaire de la maison mère ou de l'actionnaire ou associé, à condition toutefois que la législation applicable au Luxembourg habilite l'institution ou l'agence européenne concernée à solliciter directement les renseignements visés auprès de la personne établie au Luxembourg. Ici encore, les auteurs du projet de loi ne justifient pas leur démarche et se contentent de paraphraser, au niveau du commentaire des articles, le texte

⁷ Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (dossier parl. n° 7049)

proposé. Le Conseil d'État note tout d'abord que les modalités de la transmission de données qui sont nécessaires au travail d'une institution ou une agence européenne, par exemple de la BCE, relèvent de la réglementation européenne qui est directement applicable dans les pays membres de l'Union européenne. Le Conseil d'État renvoie, dans ce contexte et à titre d'exemple, au règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit et notamment à son article 10 qui a trait à toutes les informations nécessaires à l'accomplissement des missions qui sont confiées par le règlement européen en question à la BCE, y compris les informations à fournir à intervalles réguliers et dans des formats spécifiés à des fins de surveillance et à des fins statistiques connexes. Le paragraphe 2 de l'article 10 prévoit que les personnes visées par le règlement européen – établissements de crédit, compagnies financières holdings, compagnies financières holdings mixtes et compagnies holdings mixtes établis dans les États membres participants, personnes appartenant aux entités en question, etc. – sont tenues de fournir les informations demandées, que les dispositions en matière de secret professionnel ne les dispensent pas du devoir de fournir ces informations et que la communication de ces informations n'est pas considérée comme une violation du secret professionnel. De deux choses l'une : ou bien les auteurs du projet de loi ont eu à l'esprit un dispositif national, ce qui serait inadmissible dans le cas sous revue, ou bien ils ont englobé dans la notion de « législation applicable au Luxembourg » la réglementation européenne, ce qui serait correct, hypothèse dans laquelle le dispositif proposé serait cependant superfétatoire, car découlant d'une norme juridique européenne directement applicable au Luxembourg. En attendant des éclaircissements, le Conseil d'État se voit obligé de réserver sa position concernant la dispense du second vote constitutionnel.

L'article 14, point 4°, modifie ensuite l'alinéa 1^{er} du paragraphe 4 de l'article 41 actuel qui prévoit une exception au secret professionnel en matière de renseignements communiqués aux actionnaires ou associés de référence de l'entité surveillée. Les critères servant à délimiter les renseignements qui peuvent être communiqués sont, d'après ce que laisse croire le commentaire des articles, définis de façon plus stricte. Là où, à l'heure actuelle, les renseignements doivent être nécessaires à la gestion saine et prudente de l'établissement, la disposition proposée prévoit qu'ils devront être « strictement nécessaires » à l'évaluation des risques consolidés ou aux calculs de ratios prudentiels et à la gestion saine et prudente de l'établissement. D'après les auteurs du projet de loi, l'interdiction de révéler des engagements à l'égard d'un client autre qu'un professionnel du secteur financier ne serait dès lors plus utile et pourrait être supprimée. Le Conseil d'État, pour sa part, ne comprend pas le lien qui semble ainsi être fait entre, d'une part, une définition plus stricte des conditions sous lesquelles les renseignements peuvent être communiqués aux actionnaires ou associés de référence et, d'autre part, un élargissement du champ des renseignements qui peuvent être fournis et qui désormais devraient pouvoir porter sur les engagements à l'égard des clients. Le Conseil d'État estime que la logique inhérente au dispositif est une autre, étant donné que, notamment dans le cadre d'une évaluation des risques consolidés auxquels est exposé un établissement, la prise en compte de l'exposition de l'établissement à certains clients est une nécessité. Le cercle des actionnaires ou associés qui pourront bénéficier de ces renseignements étant limité de façon stricte par la

loi, et dans la mesure où la législation sur la protection des données à caractère personnel sera respectée, le Conseil d'État peut se déclarer d'accord avec l'approche proposée. Il propose cependant de renoncer à l'adjonction de l'adverbe « strictement » au terme « nécessaire », alors qu'il n'ajoute rien à la substance de la disposition.

L'article 14, point 4°, comprend une autre modification à l'endroit de l'alinéa 2 du paragraphe 4, de l'article 41 actuel en ce qu'il amende, sans en changer la substance, les conditions sous lesquelles les organes internes de contrôle d'un établissement de crédit ou d'un PSF faisant partie d'un groupe financier peuvent avoir accès « aux renseignements concernant des relations d'affaires déterminées ». Cette disposition ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

L'article 14, point 5°, supprime l'ancien paragraphe 5 de l'article 41 étant donné que la substance en est reprise au nouveau paragraphe *2bis*.

Articles 15 à 20

Les articles en question ont essentiellement pour objectif de corriger des erreurs au niveau du texte de la loi précitée du 5 avril 1993. Ils ne modifient pas dans leur substance les dispositions afférentes et n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Articles 21 et 22

D'après le commentaire des articles, les deux dispositions apporteraient « une précision supplémentaire par rapport à la transposition de l'article 160, paragraphe 6, de la directive 2013/36/UE ». Il s'agit en l'occurrence d'une directive qui a été transposée en droit luxembourgeois par une loi du 23 juillet 2015⁸. L'article 160 de la directive 2013/36/UE définit dans ses paragraphes 1 à 4 des périodes transitoires pour la constitution du coussin de conservation des fonds propres et du coussin de fonds propres contracyclique. Le paragraphe 6 permet ensuite aux États membres d'imposer des périodes transitoires plus courtes que celles prévues aux paragraphes 1 à 4. Ces périodes plus courtes peuvent ensuite être reconnues par d'autres États membres. Le Conseil d'État note que les deux dispositions qu'il est proposé d'insérer aux articles 59-5 et 59-6 de la loi précitée du 5 avril 1993, qui ont trait l'une à la constitution du coussin de conservation des fonds propres et l'autre au coussin de fonds propres contracyclique spécifique à l'établissement, sont peu lisibles lorsqu'elles se réfèrent, sans autre précision, après avoir fixé le niveau des coussins de fonds propres, à une période transitoire plus courte, alors qu'il n'est pas précisé quelle est la période transitoire qui s'applique en principe, de sorte que le lecteur doit tout d'abord se référer au texte de la directive pour comprendre le contexte.

Le Conseil d'État propose dès lors de formuler de façon plus explicite les deux dispositions qui pourraient se lire comme suit :

⁸ 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

- Article 59-5 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (nouvel alinéa 2)

« La CSSF, en sa qualité d'autorité désignée, peut reconnaître une période transitoire plus courte imposée par un autre État membre pour la constitution du coussin de conservation des fonds propres que celle prévue par les paragraphes 2, lettre a), 3, lettre a) et 4, lettre a), de l'article 160 de la directive 2013/36/UE. En cas de reconnaissance de la période transitoire plus courte, la CSSF en informe la Commission européenne, le Comité européen du risque systémique, l'Autorité bancaire européenne et le collège des autorités de surveillance pertinent. »

- Article 59-6 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (nouvel alinéa 2)

« La CSSF, en sa qualité d'autorité désignée, peut reconnaître une période transitoire plus courte imposée par un autre État membre pour la constitution du coussin de fonds propres contracyclique que celle prévue par les paragraphes 2, lettre b), 3, lettre b) et 4, lettre b), de l'article 160 de la directive 2013/36/UE. En cas de reconnaissance de la période transitoire plus courte, la CSSF en informe la Commission européenne, le Comité européen du risque systémique, l'Autorité bancaire européenne et le collège des autorités de surveillance pertinent. »

Articles 23 à 25

Les articles sous examen corrigent des erreurs au niveau du texte de la loi précitée du 5 avril 1993. En l'absence de modifications apportées à la substance des dispositions afférentes, le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Article 26

L'article sous examen remplace la référence à l'article 59-28 de la loi précitée du 5 avril 1993 qui figure à l'heure actuelle à l'article 59-32 de la même loi par une référence directe à l'article 19 de la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant un certain nombre de directives et règlements européens. Lorsque le projet d'accord de soutien financier du groupe qui y est visé est en effet soumis à la CSSF par le superviseur sur une base consolidée de l'établissement mère dans l'Union européenne, ce dernier n'agit pas sur base de la loi luxembourgeoise.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Article 27

L'article 27 vise à supprimer à l'endroit de l'article 64, paragraphe 4, de la loi précitée du 5 avril 1993 un certain nombre de dispositions sanctionnant des actes imputables aux membres de l'organe de direction d'un établissement financier et qui ont lieu après l'ouverture d'une

procédure de sursis de paiement. L'article 46 du projet de loi déplace les dispositions en question vers la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement qui comprend désormais l'ensemble des dispositions relatives à l'assainissement et à la liquidation, dont celles en relation avec la procédure de sursis de paiement, et qui prévoit également les sanctions des actes actuellement encore visés par la loi précitée du 5 avril 1993.

Le texte proposé rétablit dès lors la cohérence du dispositif et le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Article 28

L'article 28 complète la liste des sanctions administratives que la CSSF transmet à l'Autorité bancaire européenne, y compris tout recours y relatif ainsi que le résultat du recours.

L'article en question n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre 3 – Modification de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier

Articles 29 et 30

Les articles sous examen adaptent sur un point de détail les modalités de fonctionnement du conseil de résolution et du conseil de protection des déposants et des investisseurs.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Chapitre 4 – Modification de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière

Article 31

L'article 31 modifie sur un certain nombre de points l'article 2-1 de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. L'article 2-1 vise essentiellement à éviter que les mécanismes que prévoit la loi précitée du 5 août 2005 fassent obstacle au bon déroulement des dispositifs destinés à répondre aux situations de défaillance d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et notamment aux restrictions que les autorités de résolution ont le pouvoir d'imposer aux créanciers garantis d'un établissement soumis à une procédure de résolution.

Les deux alinéas de l'article, qui à l'heure actuelle, et dans la perspective tracée ci-dessus, ajustent les dispositions de la loi précitée du 5 août 2005 sur celles de la législation nationale en matière de défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, sont tout d'abord complétés par des références aux législations des autres États membres qui pourraient imposer des restrictions du type de celles visées à l'article 2-1. Seront ainsi couverts les cas de figure où des garanties financières sont soumises à la loi précitée du 5 août 2005, mais sont consenties par un établissement dépendant d'un autre État membre dans lequel il peut faire l'objet d'une procédure de résolution.

Une deuxième modification proposée par les auteurs du projet de loi est destinée à améliorer sur un point précis la transposition de la directive 2014/59/UE. Il est ainsi proposé de remplacer la formule selon laquelle un certain nombre des dispositions de la loi précitée du 5 août 2005 « ne s'appliquent à aucune restriction quant à (...) » par un nouveau libellé aux termes duquel les dispositions afférentes « ne font pas obstacle à une quelconque restriction quant à (...) ». En procédant ainsi, les auteurs du projet de loi abandonnent la voie d'une transposition mot par mot de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière telle qu'elle fut modifiée en 2014 par la directive 2014/59/UE au profit d'une transposition plus libre inspirée de l'article L613-50-3 du Code monétaire et financier français tel qu'il résulte du texte de l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015.

Si le Conseil d'État peut suivre les auteurs en ce qui concerne cette deuxième modification à l'endroit de l'article 2-1, qui est ainsi rendu plus lisible en ce qui concerne la partie introductive de l'alinéa 2, il n'en est pas de même pour ce qui est des ajouts qui organisent le renvoi aux législations des autres États membres et qui comportent des références multiples à différentes directives européennes qui ont été transposées en l'occurrence par les législations en question. Le Conseil d'État en est dès lors à se demander s'il n'y aurait pas avantage à s'inspirer également à ce niveau du texte français. Là où le texte luxembourgeois risque tout d'abord de créer des redondances – l'alinéa 1^{er} énonce un principe général qui assure l'interface entre la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière et la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, l'alinéa 2 ne servant en définitive qu'à illustrer le principe de l'alinéa 1^{er}, comme tendrait à le montrer l'utilisation de l'expression « [e]n particulier » en début de phrase –, le texte français couvre dans un premier alinéa la législation nationale, et, dans un deuxième alinéa, l'application de la législation d'un autre État membre, séparant ainsi clairement les deux aspects. Le texte luxembourgeois, par contre, mélange législation nationale et législation d'un autre État membre au niveau des deux alinéas, aboutissant ainsi à des textes en définitive peu lisibles.

Au cas où les auteurs du projet de loi décideraient de ne pas s'engager dans la voie d'un réagencement complet du texte proposé, le Conseil d'État propose de constituer au minimum en phrase autonome la subordonnée, qui *in fine* de l'alinéa 2, fait référence aux garanties au moins équivalentes. On pourrait par ailleurs avantageusement se départir en l'occurrence du texte de la directive dont est inspirée la disposition, et se référer à des garanties qu'« offre » la législation d'un autre État membre, au lieu du « droit d'un autre État membre (...), qui fait l'objet de garanties au moins équivalentes (...) ». Enfin, il y aurait lieu de compléter la référence à la directive 2002/47/CE, référence qui est destinée à inclure dans le dispositif les entreprises d'assurance et les contreparties centrales, par la mention de son article 1^{er}.

Chapitre 5 – Modification de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs

Articles 32 et 33

Les articles en question apportent des précisions à la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs, précisions qui n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre 6 – Modification de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif

Article 34

La loi du 10 mai 2016 portant notamment 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 sanctions⁹ a aligné le régime dépositaire applicable aux organismes de placement collectif (OPC) de la partie II de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif sur celui applicable aux OPCVM de la partie I, abandonnant ainsi le régime dualiste en vigueur à ce moment. Les modifications apportées par l'article 34 du projet de loi à l'article 88-3 de la loi précitée du 17 décembre 2010 ont pour but de préciser que ce régime dépositaire ne s'applique qu'aux OPC de la partie II dont les parts peuvent être commercialisées auprès d'investisseurs de détail, c'est-à-dire des investisseurs qui ne sont pas des investisseurs professionnels, qu'il s'agisse de fonds qui sont gérés par un gestionnaire agréé au Grand-Duché de Luxembourg ou de fonds gérés par un gestionnaire agréé dans un autre État membre ou dans un pays tiers.

L'article 34 ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Articles 35 à 37

Les modifications apportées à la loi précitée du 17 décembre 2010 par les articles 35 à 37 repercutent les modifications à l'endroit de l'article 88-3 de la loi précitée du 17 décembre 2010 au niveau des articles 90 (fonds communs de placement), 95 (SICAV) et 99 (OPC relevant du chapitre 13 de la même loi et qui constituent des OPC qui n'ont pas les formes juridiques de fonds communs de placement ou de SICAV). Ils déclinent à chaque fois les dispositions de la loi précitée du 17 décembre 2010 qui sont applicables aux véhicules et instruments financiers visés selon qu'ils s'adressent ou non à des investisseurs de détail sur le territoire du Luxembourg.

⁹ Loi du 10 mai 2016 - 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 modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs

Le Conseil d'État note que les textes proposés se réfèrent à chaque fois, dans des alinéas différents, à deux cas de figure distincts, le premier couvrant l'hypothèse où les documents d'émission permettent la commercialisation de parts auprès d'investisseurs de détail sur le territoire du Luxembourg, le deuxième ayant trait à l'hypothèse où la commercialisation de parts auprès d'investisseurs de détail sur le territoire du Luxembourg n'est pas permise. Le Conseil d'État estime que les deux hypothèses ne s'articulent pas comme comportant des dérogations l'une par rapport à l'autre, étant donné qu'il s'agit de situations distinctes pour lesquelles il s'agit à chaque fois d'énumérer les dispositions applicables. Les mots « par dérogation » sont dès lors à omettre au niveau des trois articles.

Article 38

La disposition vise la mise à jour d'une référence figurant à l'article 109 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 39

L'article 39 corrige une erreur de référence à l'article 124-1 de la loi précitée du 17 décembre 2010 et ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre 7 – Modification de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs

Articles 40 et 41

Les articles en question visent à corriger une erreur de référence (article 40) et à mettre à jour une référence (article 41). Ils n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre 8 – Modification de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement

Article 42

L'article 42, point 1^o, remplace dans la définition de la notion d'« autorité appropriée » donnée par la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement en son article 1^{er}, point 6, une référence à la loi nationale par une référence à la directive transposée par la loi précitée, à savoir la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 qui a notamment pour but d'établir un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. L'article 42, point 2^o, modifie l'article 1^{er}, point 8, en y remplaçant l'intitulé intégral de la directive 2014/59/UE par sa forme abrégée. Le Conseil d'État note que, dans son avis du 10 décembre 2015 concernant le projet de loi qui est devenu la loi précitée du 18 décembre 2015¹⁰, il avait constaté, en relation avec la définition de la notion

¹⁰ Avis du Conseil d'État du 10 décembre 2015 concernant le projet de loi relative aux mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ainsi qu'aux systèmes de garantie des dépôts et d'indemnisation des investisseurs, portant: 1. transposition de la directive

d'« autorité appropriée », que lorsqu'une loi vise une autorité d'un autre État membre, il est inadmissible de se référer à une désignation opérée en application de la loi luxembourgeoise. Le changement de référence opéré en l'occurrence ne peut dès lors que trouver l'accord du Conseil d'État.

Article 43

À l'article 43, les auteurs du projet de loi procèdent à un ajustement de la terminologie en remplaçant les termes de « fonctions dévolues aux ministères » par ceux de « fonctions dévolues au ministère compétent ». Le Conseil d'État rappelle que, dans son avis précité du 10 décembre 2015¹¹, il avait également commenté cette disposition, sans toutefois être suivi dans ses recommandations. La disposition n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

Article 44

L'erreur de terminologie qu'il est proposé de redresser ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Article 45

L'ajout des termes « exposées à bon escient » et la suppression concomitante des termes « engagées en bonne et due forme » pour caractériser les dépenses visées par la disposition se justifient pour des raisons de cohérence terminologique avec le texte de la directive 2014/59/UE et trouvent l'accord du Conseil d'État.

2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012 ; 2. transposition de la directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts ;

3. modification : a) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; b) de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ; c) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière portant : - transposition de la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière ; - modification du Code de Commerce ; - modification de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles ; - modification de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; - modification du règlement grand-ducal du 18 décembre 1981 concernant les dépôts fongibles de métaux précieux et modifiant l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières ; - abrogation de la loi du 21 décembre 1994 relative aux opérations de mise en pension ; - abrogation de la loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie ; d) de la loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition et e) de la loi du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées (doc. parl. n° 6866²)

¹¹ « Le paragraphe 3 dispose que le ministre ayant la Place financière dans ses attributions est le ministre compétent pour exercer les fonctions dévolues aux ministères en vertu de la directive 2014/59/UE. Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur l'absence d'articulation claire entre le point 88 de l'article 1^{er} relatif aux définitions et la disposition sous examen. Le point 88 vise les ministères compétents des États membres, donc y compris le Luxembourg, en renvoyant à la désignation de l'article 3. L'article, de son côté, porte désignation du ministre luxembourgeois en faisant le lien avec le concept de ministère figurant à la directive. La question se pose de savoir quel ministère est visé dans les différentes dispositions de la loi en projet utilisant le concept de ministère. Le Conseil d'État relève encore qu'il n'y a pas lieu dans la loi de transposition d'une directive de se référer à ladite directive, mais aux dispositions de transposition. Le Conseil d'État rappelle que l'article sous examen ne constitue pas une déclaration adressée à la Commission européenne, mais une norme de transposition de la directive. En termes de bonne technique législative, le Conseil d'État aurait pu concevoir que le concept de ministre compétent soit inséré dans les définitions figurant à l'article 1^{er}. Il suffirait d'ajouter un point 88*bis* ayant la teneur suivante : « ministre: le ministre ayant la Place financière dans ses attributions » et de renvoyer, dans la suite du texte, entre autres, à l'alinéa 2 du paragraphe 3, de l'article sous examen, uniquement au ministre. »

Article 46

L'article 46 doit être lu avec l'article 27 du projet de loi dont il constitue le pendant. Le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit de l'article 27.

Article 47

L'article en question vient aligner le régime fiscal du Fonds de garantie des dépôts Luxembourg sur celui du Fonds de résolution Luxembourg. Pour ce faire, les auteurs du projet de loi reprennent la formulation que le Conseil d'État avait proposée dans son avis précité du 10 décembre 2015 en vue de définir le régime fiscal du Fonds de résolution Luxembourg. Le texte ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Articles 48 à 52

Les corrections et adaptations terminologiques proposées au niveau des articles en question, et qui n'en changent pas la substance, n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 53

L'article 53 vient préciser que les fonds communs d'épargne, qui, aux termes de l'article 28-7 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, constituent des masses indivises de dépôts espèces administrées pour compte d'épargnants indivis, bénéficient des dispositions de l'article 174 de la loi précitée du 18 décembre 2015 qui couvre les situations où le déposant n'est pas l'ayant-droit des sommes déposées sur un compte. L'article 53 ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Article 54

L'article 54 supprime la référence à la notion de « compte qui est inactif », tout en maintenant l'explication qui figure dans la loi pour décrire le contenu de la notion. La substance de la disposition n'en est dès lors pas modifiée. Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Article 55

La correction proposée à l'endroit du texte de l'article 176, paragraphe 6, point 4, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre 9 – Dispositions finales

Article 56

L'article 56 propose un libellé abrégé pour les références à la future loi. Le Conseil d'État rappelle que cet intitulé abrégé ou de citation doit se limiter à énoncer l'objet principal du texte en faisant abstraction des références aux actes à modifier. Dès lors, il serait à formuler comme suit :

« **Art. 54.** La référence à la présente loi se fait sous la forme abrégée suivante:

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

Article 57

L'article 57 prévoit une entrée en vigueur différée dans le temps pour l'article 4 du projet de loi, et ceci afin de permettre aux milieux concernés d'opérer les adaptations techniques nécessaires. Le Conseil d'État note qu'*a priori*, les changements qu'il conviendra d'opérer se limiteront au remplacement du taux actuel de la commission d'interchange pour les opérations de paiement nationales liées à une carte de débit qui s'applique depuis le 9 décembre 2015 et de faire la distinction avec les opérations de paiement transfrontalières par carte débit. Le Conseil d'État se demande dès lors si ce délai ne pourrait pas être réduit dans l'intérêt des milieux concernés.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Le Conseil d'État rappelle qu'il est saisi, au niveau de la procédure législative, de « projets » de loi, et non d'« avant-projets ».

Les différentes modifications à apporter à un même article sont à énumérer selon un système de numérotation simple (« 1. », « 2. », « 3. », ...) en faisant abstraction à chaque fois du symbole « ° ».

Par ailleurs, on « abroge » un acte normatif dans son ensemble ou ses articles, paragraphes ou annexes, tandis que l'on « supprime » toutes ses autres dispositions, comme les alinéas, phrases, parties de phrase (y compris les énumérations figurant dans les alinéas) ou mots.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 décembre 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes