

Projet de loi

portant :

- 1. transposition de la directive (UE) 2017/2399 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité et modification de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ; et**
- 2. modification de diverses dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier**

Avis du Conseil d'État

(26 juin 2018)

Par dépêche du 14 mai 2018, 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, le texte de la directive (UE) 2017/2399 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité ainsi que les textes coordonnés par extraits des lois modifiées par le projet de loi sous avis.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 22 juin 2018. Les avis des autres chambres professionnelles qui ont été demandés ne sont pas encore parvenus au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis poursuit deux objectifs :

- la transposition en droit luxembourgeois de la directive (UE) 2017/2399 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie ;
- la modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, ci-après la « LSF », en vue :
 - de tenir compte des changements apportés par le rectificatif du 25 janvier 2017 à la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du

Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE ;

- de parfaire la transposition de la directive 2013/36/UE et l'opérationnalisation du règlement (UE) 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) 648/2012.

La directive (UE) 2017/2399, précitée, qui est transposée en l'occurrence, modifie 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 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, et vise essentiellement à harmoniser le rang, dans une procédure normale d'insolvabilité, des créances non garanties résultant d'instruments de dette. Certains États membres de l'Union européenne ont en effet déjà légiféré à ce niveau - tel est le cas de la France à travers la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II ») - ou sont en train de le faire. L'absence de règles européennes harmonisées dans ce domaine est de nature à créer de l'incertitude tant pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement qui émettent des instruments de dette que pour les investisseurs et risque de nuire au bon fonctionnement du cadre européen de redressement et de résolution et à l'efficacité du système de renflouement interne (*bail-in*) mis en place à travers la directive 2014/59/UE et dont l'objectif est d'éviter les opérations de renflouement utilisant l'argent des contribuables en cas de défaillance d'une banque (*bail-out*). Le dispositif proposé introduit ainsi une nouvelle catégorie d'instruments de dette subordonnée qui, s'ils remplissent les conditions mises en avant par la loi en projet, pourront être utilisés par les établissements concernés pour se conformer aux exigences en termes de fonds propres et d'engagements éligibles (MREL – *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*) définies par la directive 2014/59/UE, précitée, et en matière de capacité totale d'absorption des pertes (norme TLAC - *Total Loss Absorbing Capacity*) adoptée par le G20 en novembre 2015.

Examen des articles

Articles 1^{er} et 2

Les articles 1^{er} et 2 transposent la directive (UE) 2017/2399, précitée. À cet effet, les articles en question procèdent à l'adaptation de deux dispositions de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, qui a transposé la directive 2014/59/UE, précitée.

L'article 1^{er} modifie l'article 1^{er}, point 70, de la loi précitée du 18 décembre 2015 pour y adapter la définition de la notion d'instruments de dette. L'article 2, paragraphe 1^{er}, point 48, de la directive 2014/59/UE, précitée, tel qu'il est modifié par la directive (UE) 2017/2399, précitée, étant correctement repris par la disposition sous revue, le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

L'article 2 du projet de loi modifie l'article 152 de la loi précitée du 18 décembre 2015 pour l'adapter à la nouvelle teneur que l'article 1^{er}, point 2, de la directive (UE) 2017/2399, précitée, a conférée à l'article 108 de la directive 2014/59/UE, précitée. Hormis quelques adaptations ponctuelles du texte, la disposition sous revue a essentiellement pour objet d'ajouter un paragraphe 3 à l'article 152, pour y introduire une nouvelle catégorie d'instruments de dette subordonnée. Les instruments de dette qui remplissent les conditions fixées au paragraphe 3, alinéa 2, auront un rang inférieur dans la hiérarchie d'insolvabilité par rapport à ce que la directive appelle les « créances ordinaires non garanties », créances que les auteurs du projet de loi désignent comme étant celles des créanciers chirographaires. L'alinéa 3 situe ensuite la nouvelle catégorie d'instruments de dette subordonnée par rapport aux créances résultant des instruments visés à l'article 49, paragraphe 1^{er}, points 1 à 4, c'est-à-dire essentiellement les fonds propres de l'établissement concerné. L'alinéa 4, enfin, apporte des précisions permettant de mieux cerner la notion d'instruments de dette comprenant des dérivés incorporés.

Le texte respectant la substance de la disposition correspondante de la directive (UE) 2017/2399, précitée, le Conseil d'État ne formule pas d'autre observation.

Articles 3 et 4

D'après le commentaire des articles, le remplacement des mots « ou des directives » par les mots « ou de la directive » au niveau des articles 6, paragraphe 8, alinéa 4, lettre b), et 18, paragraphe 8, alinéa 4, lettre b), de la LSF, tiendrait compte des changements opérés à l'endroit de la directive 2013/36/UE, précitée, par le point 1 du rectificatif du 25 janvier 2017 précité. Si tel est effectivement le cas, le Conseil d'État se doit toutefois de constater que le passage du pluriel au singulier ne s'impose pas, en l'occurrence, avec la clarté de l'évidence. Les auteurs du projet de loi ont par ailleurs remplacé dans la norme luxembourgeoise, à juste titre, la référence à la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (MiFID I) par celle à la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (MiFID II). Le Conseil d'État n'a pas d'autre observation à formuler.

Articles 5 et 6

Les articles 5 et 6 visent à parfaire la transposition de la directive 2013/36/UE, précitée, en relation avec le régime de notification qui

s'applique aux établissements de crédit agréés au Luxembourg et aux établissements financiers de droit luxembourgeois répondant aux conditions de l'article 31 de la LSF qui établissent une succursale dans un autre État membre de l'Union européenne ou y opèrent sous le régime de la libre prestation de services. Le dispositif proposé, qui est conforme au texte de la directive 2013/36/UE, précitée, ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Article 7

D'après le commentaire des articles, l'article 7 du projet de loi vise à compléter la transposition de l'article 60 de la directive 2013/36/UE, précitée. Le Conseil d'État suggère de renoncer à la précision que la divulgation par la Commission de surveillance du secteur financier, ci-après la « CSSF », des informations visées à l'article 44-2, paragraphe 5, de la LSF, se fait « le cas échéant » avec l'accord exprès des autorités compétentes ayant divulgué les informations ou des autorités compétentes de l'État membre où le contrôle sur place ou l'inspection ont été effectués. Cet ajout n'est en effet d'aucune utilité par rapport au texte de la directive qui fait expressément dépendre la divulgation des informations de l'accord des autorités concernées.

Article 8

L'article 8 a principalement pour objet d'opérationnaliser l'article 458, paragraphe 5, du règlement (UE) 575/2013, précité. À cette fin, il met en place un dispositif inspiré de l'article 59-11 de la LSF (reconnaissance d'un taux de coussin pour le risque systémique). Le dispositif en question prévoit que la CSSF peut reconnaître les mesures fixées dans d'autres États membres conformément à l'article 458 du règlement (UE) 575/2013, précité, et les appliquer aux établissements CRR agréés au Luxembourg ou à un sous-ensemble de ces établissements CRR. Dans ce cas, la CSSF notifie la reconnaissance desdites mesures, conformément à l'article 458, paragraphe 6, du règlement (UE) 575/2013, précité, au Conseil et à la Commission, à l'Autorité bancaire européenne, au Comité européen du risque systémique et à l'État membre qui est à l'origine des mesures.

En argumentant du fait que le Comité européen du risque systémique invite régulièrement les autorités concernées des États membres à prévoir l'application réciproque de mesures de politique macroprudentielle d'autres autorités concernées et qu'il s'agirait d'assurer la conformité au cadre européen de surveillance macroprudentiel, les auteurs du projet de loi proposent d'élargir le champ de la reconnaissance prévue à l'article 458, paragraphe 5, du règlement (UE) 575/2013, précité, qui vise les seules succursales des établissements CRR, aux établissements CRR établis au Luxembourg. Le Conseil d'État lit l'article 458, paragraphe 2, du règlement (UE) 575/2013, précité, comme instaurant un dispositif qui permet à une autorité concernée, qui constate des variations d'intensité du risque macroprudentiel ou systémique concernant le système financier susceptibles d'avoir de graves répercussions sur le système financier et l'économie réelle dans l'État membre donné, de prendre des mesures nationales plus strictes que celles prévues par la réglementation en place pour répondre à une situation spécifique se présentant dans l'État membre visé. Ces mesures nationales peuvent être prises sous des conditions et selon une procédure

strictes. L'application directe de ces mesures aux établissements CRR établis au Luxembourg, dans le sillage d'une reconnaissance de ces mesures par la CSSF, permettrait de contourner la procédure prévue par l'article 458 du règlement (UE) 575/2013, précité. La mesure proposée n'étant dès lors pas conforme au dispositif européen, le Conseil d'État exige, sous peine d'opposition formelle, de supprimer l'article sous examen.

Article 9

Sans observation.

Article 10

L'article 10, point 1, qui adapte l'article 32, paragraphe 1^{er}, lettre n), de la LSF, pour tenir compte des changements opérés par le point 2 du rectificatif du 25 janvier 2017, précité, ne donne pas lieu à observation.

L'article 10, point 2, rétablit à l'article 63-2, paragraphe 1^{er}, de la LSF, la lettre o) qui, d'après le commentaire des articles, aurait été supprimée par inadvertance par la loi du 13 février 2018¹ dans le contexte du regroupement des pouvoirs de sanction des autorités de contrôle chargées de la surveillance du respect des obligations professionnelles en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme dans la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. Le Conseil d'État constate qu'à l'époque, la suppression au niveau de la LSF de la référence aux infractions graves à la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme comme constituant des comportements pouvant être sanctionnés par la CSSF au titre de la LSF a été justifiée par la nécessité d'« éviter toute confusion » à ce niveau (commentaire des articles). Désormais, les auteurs du projet de loi estiment que la suppression du renvoi à l'article 63-2 de la LSF à la violation de la législation en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme pourrait valoir au Luxembourg le reproche d'avoir transposé de façon incomplète la directive 2013/36/UE, précitée. Si le Conseil d'État peut s'accommoder, en l'occurrence, de cette façon de voir les choses, il

¹ Loi du 13 février 2018 portant

1. transposition des dispositions ayant trait aux obligations professionnelles et aux pouvoirs des autorités de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission ;

2. mise en œuvre du règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006 ;

3. modification de :

a) la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme ;

b) la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement ;

c) la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat ;

d) la loi modifiée du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice ;

e) la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ;

f) la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;

g) la loi modifiée du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert-comptable ;

h) la loi du 21 décembre 2012 relative à l'activité de Family Office ;

i) la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances ;

j) la loi du 23 juillet 2016 relative à la profession de l'audit.

profite de l'occasion pour rappeler sa proposition, formulée de façon itérative, consistant à mettre en place un corps unique et cohérent de règles comprenant l'ensemble des pouvoirs de la CSSF qui, à l'heure actuelle, se trouvent éparpillés sur une multitude de textes.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Lorsque le dispositif a pour objet exclusif d'opérer des modifications à plusieurs actes et que le nombre de ces modifications est peu important, il y a lieu de prévoir pour chacun de ces actes un article numéroté en chiffres romains (**Art. I^{er}**, **Art. II.**, **Art. III.**, ...) et de spécifier ensuite toutes les modifications se rapportant à un même acte en les numérotant de la manière suivante : 1°, 2°, 3°, ... S'il s'agit d'effectuer plusieurs modifications à un même article, celles-ci peuvent être reprises sous des lettres a), b), c), ...

Intitulé

Pour caractériser les énumérations, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°, ...).

Les termes « de diverses dispositions » sont à supprimer.

Il faut éviter de donner à l'acte modificatif un intitulé qui pourrait faire croire qu'il revêt un caractère autonome. Le projet sous avis ne comportant que de dispositions modificatives, et au vu des observations qui précèdent, il y a lieu de reformuler l'intitulé comme suit :

« Projet de loi portant :

1° modification de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement afin de transposer la directive (UE) 2017/2399 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne le rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité ;

2° modification de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ».

Chapitre 1^{er}

Le groupement d'articles ne contenant que des dispositions modificatives, les termes « Rang des instruments de dette non garantie dans la hiérarchie en cas d'insolvabilité et » sont à supprimer et le terme « modification » est à écrire avec une lettre « m » majuscule.

Article 2

Au point 3°, il convient de remplacer le terme « introduit » par le terme « inséré ».

Article 5

À la phrase liminaire, il convient d'insérer une virgule après les termes « alinéas 2 et 3₂ ».

Article 6

À la phrase liminaire, il convient d'insérer une virgule après les termes « alinéas 3 et 4₂ ».

Article 7

Il convient d'écrire « de l'État membre où le contrôle ou l'inspection ont été effectués. ».

Article 8

Sans préjudice de ses observations de fond concernant l'article 8 de la loi en projet, le Conseil d'État propose de reformuler l'article sous examen comme suit :

« À l'article 59-12 de la même loi, le paragraphe 2 prend la teneur suivante :

« (2) La CSSF est l'autorité désignée luxembourgeoise aux fins de l'article 458 du règlement (UE) n° 575/2013. La CSSF peut reconnaître les mesures fixées dans d'autres États membres conformément à l'article 458 du règlement (UE) n° 575/2013 et peut, le cas échéant, appliquer lesdites mesures aux établissements CRR agréés au Luxembourg ou à un sous-ensemble de ces établissements CRR. La CSSF notifie, le cas échéant, la reconnaissance desdites mesures conformément à l'article 458, paragraphe 6, du règlement (UE) n° 575/2013. En agissant en vertu du présent paragraphe, la CSSF agit en sa qualité d'autorité désignée et non pas en sa qualité d'autorité compétente telle que définie à l'article 42. Lorsqu'elle agit en vertu de l'article 458 du règlement (UE) n° 575/2013, la CSSF prend ses décisions après concertation avec la Banque centrale du Luxembourg et après avoir demandé l'avis du comité du risque systémique » ».

Article 10

Au point 1°, il y a lieu d'écrire « des articles 28, 52 ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 26 juin 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes