

Projet de loi

portant modification de la loi du 17 avril 2018 relative aux indices de référence

Avis du Conseil d'État

(17 décembre 2021)

Par dépêche du 29 juillet 2021, 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 coordonné par extraits de la loi du 17 avril 2018 relative aux indices de référence que le projet de loi tend à modifier ainsi que les textes des règlements (UE) 2019/2089, (UE) 2019/2175 et (UE) 2021/168 que le projet de loi met en œuvre.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 1^{er} octobre 2021.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen modifie la loi du 17 avril 2018 relative aux indices de référence¹ en vue de la mise en œuvre de certaines des modifications qui ont été apportées au règlement (UE) 2016/1011² par le règlement (UE) 2019/2089³, le règlement (UE) 2019/2175⁴ et le règlement

¹Intitulé complet: « Loi du 17 avril 2018 portant mise en œuvre du règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et modifiant les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE et le règlement (UE) n° 596/2014, et portant: 1. modification du Code de la consommation ; 2. modification de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ; 3. modification de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme ; et 4. modification de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances ».

² Règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et modifiant les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE et le règlement (UE) no 596/2014

³ Règlement (UE) 2019/2089 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant le règlement (UE) 2016/1011 en ce qui concerne les indices de référence transition climatique de l'Union, les indices de référence accord de Paris de l'Union et la publication d'informations en matière de durabilité pour les indices de référence

⁴ Règlement (UE) 2019/2175 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2019 modifiant le règlement (UE) no 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), le règlement (UE) no 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), le règlement (UE) no 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), le règlement (UE) no 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers, le règlement (UE) 2016/1011 concernant les indices utilisés comme indices de

(UE) 2021/168⁵. L'essentiel des modifications entreprises à l'endroit du dispositif en vigueur réside dans une nouvelle répartition des compétences entre les autorités de surveillance nationales et l'Autorité européenne des marchés financiers et dans la mise en place d'un processus de cessation ou d'abandon ordonné des indices de référence.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} du projet de loi modifie, à travers ses points 1^o et 2^o, l'article 1^{er} de la loi précitée du 17 avril 2018 afin de préciser les compétences de la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après la « CSSF ») à la suite des modifications apportées à l'article 40 du règlement (UE) 2016/1011 par l'article 5, point 12, du règlement (UE) 2019/2175. La surveillance des administrateurs des indices de référence d'importance critique (visés par l'article 20, paragraphe 1^{er}, lettres a) et c), du règlement (UE) 2016/1011) et des administrateurs situés dans des pays tiers (visés par l'article 32 du règlement (UE) 2016/1011) passe en effet du giron des autorités nationales, en l'occurrence la CSSF, à celui de l'Autorité européenne des marchés financiers.

Au point 1^o, les auteurs du projet de loi complètent le texte de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 17 avril 2018 sur la désignation de la CSSF comme autorité compétente en précisant que cette désignation est « sans préjudice de l'article 40, paragraphe 1^{er}, lettre a) » du règlement (UE) 2016/1011. Le Conseil d'État estime que cette précision est superflue vu que la disposition visée du règlement européen qui charge l'Autorité européenne des marchés financiers de la surveillance des administrateurs des indices de référence d'importance critique a de toute façon vocation à s'appliquer. La mission de la CSSF comme autorité compétente au Luxembourg pour veiller au respect du règlement (UE) 2016/1011 ne se conçoit en effet que dans les limites du texte du règlement européen. Par contre, la suppression à travers le point 2^o de la référence à l'article 32 du règlement (UE) 2016/1011 s'impose pour éviter une contrariété avec le texte du règlement européen.

L'article 1^{er}, points 3^o et 5^o, du projet de loi met en œuvre l'article 1^{er}, point 5, du règlement (UE) 2021/168 et instaure la CSSF en tant qu'autorité compétente pour désigner un indice de référence de remplacement en vertu de l'article 23^{quater} du règlement (UE) 2016/1011 (ajout d'un alinéa 3 à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 17 avril 2018) et pour procéder aux évaluations visées à l'article 23^{ter}, paragraphe 5, lettre a), du même règlement (ajout d'un paragraphe 4 à l'article 1^{er} de la loi précitée du 17 avril 2018). En l'occurrence, le Conseil d'État constate que dans le premier cas il n'y a pas vraiment nécessité de procéder à la désignation de la CSSF comme autorité compétente au Luxembourg, vu que les compétences visées sont directement conférées aux autorités nationales par le règlement

référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et le règlement (UE) 2015/847 sur les informations accompagnant les transferts de fonds

⁵ Règlement (UE) 2021/168 du Parlement européen et du Conseil du 10 février 2021 modifiant le règlement (UE) 2016/1011 en ce qui concerne l'exemption pour certains indices de référence de taux de change au comptant de pays tiers et la désignation d'indices de référence de remplacement pour certains indices de référence en cessation, et modifiant le règlement (UE) no 648/2012

européen. Dans le deuxième cas, l'article 23^{ter}, paragraphe 7, du règlement (UE) 2016/1011 se réfère effectivement à la désignation d'« une autorité concernée qui est en mesure de procéder à l'évaluation [...] ».

L'article 1^{er}, point 4^o, ne donne pas lieu à des observations de la part du Conseil d'État.

Article 2

En ce qui concerne l'article 2, point 1^o, du projet de loi, le Conseil d'État, tout en ne voyant pas le lien mis en avant par les auteurs du projet de loi au niveau du commentaire des articles, entre la reformulation du renvoi aux autorités compétentes figurant à l'article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, et l'ajout du nouveau paragraphe 4 à l'article 1^{er} de la loi précitée du 17 avril 2018, n'a pas d'objection à formuler à l'endroit du texte proposé. Il part de l'hypothèse que les seules autorités compétentes visées sont la CSSF et le Commissariat aux assurances.

L'article 2, point 2^o, du projet de loi complète l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 17 avril 2018 en y insérant un nouveau point 10 qui complète la liste des pouvoirs de surveillance et d'enquête nécessaires à l'exercice par la CSSF des missions qui lui incombent en vertu du règlement (UE) 2016/1011, la CSSF pouvant « publier une déclaration publique telle que visée à l'article 23^{ter}, paragraphe 2, lettres a) et c), et à l'article 23^{quater}, paragraphe 1^{er}, lettres a) et c) ». Le Conseil d'État n'a pas d'observations de principe à formuler, mais demande aux auteurs du projet de loi de préciser que les deux dispositions visées sont des dispositions du règlement (UE) 2016/1011.

Article 3

L'article 3, points 1^o et 2^o, du projet de loi modifie l'article 3, paragraphes 1^{er} et 2, de la loi précitée du 17 avril 2018 pour tenir compte du fait que, suite aux changements introduits par le règlement (UE) 2019/2175 au niveau du règlement (UE) 2016/1011, l'AEMF s'est vue confier la surveillance des administrateurs des indices de référence d'importance critique et des administrateurs situés dans des pays tiers. À l'avenir, l'autorité européenne sera appelée, en vertu des dispositions de l'article 48 *quinquies* du règlement (UE) 2016/1011, à procéder à des inspections sur place entre autres auprès de personnes non soumises à sa surveillance et cela dans le respect des dispositions de l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018 qui couvre les inspections auprès de personnes non soumises à la surveillance des autorités compétentes, les inspections auprès de personnes directement soumises à cette surveillance étant régies par les dispositions de l'article 2, alinéa 2, point 4, de la loi précitée du 17 avril 2018.

L'article 3, point 3^o, du projet de loi insère ensuite à l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018 un nouveau paragraphe 7 ayant pour objet d'étendre le champ d'application des dispositions de l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018, dans leur ensemble, aux inspections sur place déclenchées par l'AEMF en vertu de l'article 48^{quinquies} du règlement (UE) 2016/1011, à la condition que les exigences précisées au paragraphe 10 de cette dernière disposition soient respectées.

L'article 48*quinquies* du règlement (UE) 2016/1011 confère directement à l'AEMF le pouvoir d'effectuer des inspections dans les locaux professionnels des personnes intervenant dans la fourniture des indices de référence, ainsi que des personnes ayant un lien « étroit et substantiel » avec celles-ci, en ce inclus les tiers auprès desquels des fonctions ou des activités ont été externalisées. Ces inspections peuvent être conduites directement par l'AEMF ou par l'intermédiaire de l'autorité nationale compétente, qui agit alors au nom de l'AEMF.

Les inspections en question ne pourront cependant être effectuées, du moins pour une partie de la population visée par l'article 48*quinquies* du règlement (UE) 2016/1011, à savoir les personnes qui ne tombent pas sous la surveillance de l'AEMF, que dans le respect des dispositions de l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018, tel que cet article est reformulé par le projet de loi sous avis, en vue de l'extension de ses dispositions aux inspections de l'AEMF. Ainsi, les inspections ne pourront se faire « sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'inspection a lieu » (article 3, paragraphe 1^{er}), et si cet assentiment ne peut-être recueilli, l'inspection ne pourra avoir lieu « qu'après autorisation préalable par ordonnance du juge d'instruction près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg » (article 3, paragraphe 2). La façon de procéder des auteurs du projet de loi est compatible avec le règlement (UE) 2016/1011, et plus précisément avec l'article 48*quinquies* qui règle de façon détaillée les inspections sur place par l'AEMF. L'article 48*quinquies* prévoit en effet en son paragraphe 9 que « si, en vertu du droit national applicable, l'inspection sur place prévue au paragraphe 1 ou l'assistance prévue au paragraphe 7 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire nationale, cette autorisation est sollicitée ».

Le Conseil d'État note encore que le paragraphe 10 de l'article 48*quinquies* du règlement (UE) 2016/1011, aux exigences duquel le nouveau paragraphe 7, qu'il est proposé d'insérer à l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018, fait référence, comporte un dispositif décrivant la façon de procéder qui devra être celle de l'autorité judiciaire nationale qui reçoit une demande d'autorisation relative à une inspection sur place. L'autorité judiciaire devra ainsi vérifier que la décision adoptée par l'AEMF est authentique et si les mesures à prendre sont proportionnées et ne sont ni arbitraires ni excessives. Ces vérifications sont, dans leur principe, comparables à celles auxquelles le juge d'instruction doit procéder en vertu du droit national, et plus précisément sur la base des dispositions de l'article 3, paragraphe 2, alinéa 2, de la loi précitée du 17 avril 2018. Le juge national, lorsqu'il sera saisi par la CSSF d'une demande d'inspection sur place auprès de personnes non soumises à sa surveillance devra vérifier « que la demande motivée de l'autorité compétente qui lui est soumise est justifiée et proportionnée au but recherché ».

En conclusion aux développements qui précèdent, le Conseil d'État constate que l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018 et l'article 48*quinquies* du règlement (UE) 2016/1011 sont parfaitement compatibles et permettent une application concomitante. Une mise en œuvre des dispositions du règlement européen ne lui semble dès lors, ici encore, pas indispensable. Le Conseil d'État peut toutefois s'accommoder de la façon de procéder des auteurs du projet de loi dans la mesure où elle augmente la lisibilité et la transparence du dispositif mis en place et que l'origine européenne d'une partie du dispositif n'est pas occultée. Il y aurait cependant lieu de préciser, pour éviter toute ambiguïté, dans le texte du paragraphe 7

qu'il est proposé d'ajouter à l'article 3 de la loi précitée du 17 avril 2018, que les inspections qui y sont visées ne couvrent pas l'ensemble des inspections sur place diligentées par l'AEMF, mais seulement celles effectuées auprès de personnes qui ne sont pas soumises à sa surveillance.

Article 4

L'article 4 du projet de loi modifie l'article 4 de la loi précitée du 17 avril 2018, en vue d'inclure dans le champ des sanctions prévues par la loi en question les violations des articles 19*bis*, paragraphes 1^{er} et 3, et 19*ter*, du règlement (UE) 2016/1011, qui y ont été introduits par l'article 1^{er}, point 7, du règlement (UE) 2019/2089.

La disposition ne donne pas lieu à d'autres observations de la part du Conseil d'État.

Article 5

L'article 5 du projet de loi prévoit une entrée en vigueur de certaines dispositions de la future loi au 1^{er} janvier 2022, date qui correspond à l'entrée en vigueur de l'article 5 du règlement (UE) 2019/2175 qui est précisément mis en œuvre par les dispositions en question. Compte tenu du calendrier d'adoption de la loi en projet, la future loi aura ainsi probablement, du moins en partie, un caractère rétroactif. Dans la mesure où les dispositions qui entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2022 n'incluent pas l'article 4 du projet de loi qui étend le champ des sanctions prévues par la loi précitée du 17 avril 2018, le Conseil d'État ne formule pas d'autres observations. Il note au passage que le règlement européen qui a rendu nécessaire cette extension, à savoir le règlement (UE) 2019/2089, prévoit une entrée en vigueur le jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, en l'occurrence le 9 décembre 2019. Il précise encore qu'il est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Le Conseil d'État signale qu'il y a lieu d'indiquer avec précision et de manière correcte les textes auxquels il est renvoyé, en commençant par l'article et ensuite, dans l'ordre, le paragraphe, l'alinéa, le point, la lettre et la phrase visés. Ainsi il faut écrire à titre d'exemple à l'article 1^{er}, point 4^o, « Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, les mots [...] ».

Lorsqu'un article insère une nouvelle subdivision au sein d'un article dans l'acte à modifier, il y a lieu d'écrire :

« À la suite [du paragraphe, de l'alinéa, du point] [X] de la même loi, il est ajouté [un paragraphe, un alinéa, un point] [Y] nouveau, libellé comme suit : ».

Article 1^{er}

Il est indiqué de regrouper les modifications qu'il s'agit d'apporter à une même subdivision d'un même article sous un seul article, en reprenant chaque modification sous un numéro « 1^o », « 2^o », « 3^o » ... Les

modifications à effectuer à une même subdivision peuvent être regroupées sous un même numéro à leur tour en ayant recours à une subdivision en lettres minuscules alphabétiques suivies d'une parenthèse fermante a), b), c), ... À titre d'exemple, l'article 1^{er} est à reformuler de la manière suivante :

« **Art. 1^{er}.** L'article 1^{er} de la loi du 17 avril 2018 relative aux indices de référence est modifié comme suit :

1° Au paragraphe 1^{er} sont apportées les modifications suivantes :

a) À l'alinéa 1^{er}, les mots [...] ;

b) [...] ;

c) [...] ;

2° Au paragraphe 3, [...] ;

3° À la suite du paragraphe 3, il est ajouté un paragraphe 4 nouveau, libellé comme suit :

(4) [...]. »

Ces observations valent également pour l'article 4, où les modifications à effectuer à l'article 4, paragraphe 2, sont à regrouper par des lettres.

Article 2

Au point 2°, à l'article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, point 10, à insérer, il est recommandé d'écrire « une déclaration publique telle que visée aux articles 23^{ter}, paragraphe 2, lettres a) et c), et 23^{quater}, paragraphe 1^{er}, lettres a) et c). »

Article 5

L'article sous examen est à reformuler de la manière suivante :

« **Art. 5.** Les articles 1^{er}, points 1°, 2° et 4°, et 3 entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2022. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 17 décembre 2021.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz