

Projet de loi

portant :

1. transposition :

a) de la directive (UE) 2019/878 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les entités exemptées, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes, la rémunération, les mesures et pouvoirs de surveillance et les mesures de conservation des fonds propres ; et

b) de la directive (UE) 2019/879 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la directive 98/26/CE ;

2. mise en œuvre du règlement (UE) 2019/876 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant le règlement (UE) n° 575/2013 en ce qui concerne le ratio de levier, le ratio de financement stable net, les exigences en matière de fonds propres et d'engagements éligibles, le risque de crédit de contrepartie, le risque de marché, les expositions sur contreparties centrales, les expositions sur organismes de placement collectif, les grands risques et les exigences de déclaration et de publication, et le règlement (UE) n° 648/2012 ; et

3. modification :

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

b) de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ;

c) de la loi modifiée du 24 mars 1989 sur la Banque et Caisse d'Épargne de l'État, Luxembourg ;

d) de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ;

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

f) de la 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
g) de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances

Avis complémentaire du Conseil d'État

(23 mars 2021)

Par dépêche du 18 février 2021, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État des amendements gouvernementaux relatifs au projet de loi sous objet, élaborés par le ministre des Finances.

Au texte des amendements étaient joints un exposé des motifs, une prise de position du Gouvernement par rapport à l'avis du Conseil d'État du 8 décembre 2020 sur le projet de loi initial, un commentaire pour chacun des amendements, une nouvelle fiche financière, une nouvelle fiche d'évaluation d'impact, une version coordonnée du projet de loi tenant compte des amendements ainsi que les textes coordonnés par extraits des lois modifiées par le projet de loi sous avis.

L'avis complémentaire de la Chambre de commerce, demandé selon la lettre de saisine, n'est pas encore parvenu au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Les amendements visent en premier lieu à apporter des réponses aux oppositions formelles formulées par le Conseil d'État dans son avis du 8 décembre 2020 sur le projet de loi initial. Les auteurs des amendements procèdent ensuite à des adaptations ponctuelles du texte initial et reprennent par ailleurs un certain nombre de propositions de reformulation du Conseil d'État.

Dans son avis précité, le Conseil d'État avait plus particulièrement critiqué l'utilisation par la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après « CSSF ») de son pouvoir réglementaire et cela tout d'abord dans un contexte plus général pour transposer certaines dispositions de la directive (UE) 2019/878 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les entités exemptées, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes, la rémunération, les mesures et pouvoirs de surveillance et les mesures de conservation des fonds propres (ci-après « directive CRD V ») et ensuite, de façon plus précise, en relation avec l'article 28 du projet de loi qui se réfère de façon tout à fait générale à des mesures d'exécution de la loi en projet en matière d'exposition au risque de taux d'intérêt inhérent aux activités autres que de négociation.

Pour ce qui est de la première critique, il ressortait en effet du tableau de transposition joint au projet de loi initial qu'il était envisagé de transposer nombre de points de l'article 1^{er} de la directive CRD V par la voie d'un règlement de la CSSF, et plus précisément à travers les modifications du

règlement CSSF N° 15-02 du 31 juillet 2015 relatif aux processus de contrôle et d'évaluation prudentiels s'appliquant aux établissements CRR (ci-après « règlement CSSF 15-02 »). Ce constat avait amené le Conseil d'État à rappeler les principes qui entourent l'exercice par un établissement public de son pouvoir réglementaire, et notamment le principe selon lequel il appartient au législateur d'investir l'établissement public du pouvoir de prendre des règlements par la voie d'une loi spécifique conférant à l'établissement public le pouvoir en question par rapport à des matières déterminées, l'octroi d'un tel pouvoir par le biais d'une disposition générale destinée à couvrir l'ensemble des matières relevant de la compétence de l'établissement public étant exclu. Le Conseil d'État avait finalement conclu que les dispositions invoquées au préambule du règlement CSSF 15-02 étaient insuffisantes pour fonder un pouvoir réglementaire conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Le Conseil d'État avait encore distingué dans son avis précité du 8 décembre 2020 deux types de dispositifs que les auteurs du projet de loi entendaient transposer à travers des modifications du règlement CSSF 15-02, à savoir :

- tout d'abord, des dispositions effectivement très détaillées qui ont trait aux processus de contrôle et d'évaluation prudentiels mis en œuvre par la CSSF — il s'agit plus particulièrement des dispositions figurant à l'article 1^{er}, points 28), lettres a) à c), 29), lettres a) et b), 30), 31), et 35) de la directive CRD V —, et,
- ensuite, des dispositions qui sont de nature à imposer des obligations aux entités surveillées en relation notamment avec leurs dispositifs de gouvernance nécessaires pour la gestion de certains risques — il s'agit en l'occurrence des dispositions figurant à l'article 1^{er}, points 21), 22) et 34) de la directive CRD V.

Pour ce qui est du premier type de dispositifs, le Conseil d'État avait estimé qu'il pouvait marquer son accord sur le principe du recours à un règlement de la CSSF pour transposer les dispositions afférentes dans la mesure où, vu leur nature et leur granularité, elles ne touchaient qu'à des points de détail des processus et critères techniques de contrôle et d'évaluation prudentiels. Parallèlement, le Conseil d'État avait toutefois insisté sur la nécessité de créer un soubassement législatif solide pour ce processus de transposition de la directive moyennant un règlement de la CSSF.

En ce qui concerne le deuxième type de dispositifs, le Conseil d'État avait plus particulièrement noté qu'en ce qu'ils amenaient la CSSF à imposer des obligations aux établissements concernés en relation avec leur gouvernance, ils touchaient à une matière réservée à la loi, en l'occurrence les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie qui est protégée par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution. Par voie de conséquence, le législateur devait couvrir les éléments essentiels de la matière et strictement encadrer le pouvoir réglementaire qu'il conférait expressément et spécifiquement à la CSSF de façon à, ici encore, suffire aux critères de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Le Conseil d'État avait encore suggéré d'intégrer un dispositif précis prévoyant la possibilité d'un règlement de la CSSF aux dispositions ayant trait à la gouvernance des établissements concernés qui figurent déjà dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après « LSF »).

Tout en suivant le Conseil d'État par rapport au principe de ses critiques, les auteurs des amendements ont toutefois opéré un choix plus radical en renonçant à leur intention de transposer certaines dispositions de la directive CRD V moyennant des modifications du règlement CSSF 15-02 et en optant pour l'intégration de la substance de ce règlement, adaptée au prescrit de la directive CRD V, dans le projet de loi sous avis. Seront ainsi repris dans la LSF des dispositifs prévus par 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 (ci-après « directive CRD IV »), dispositifs qui, à l'époque, furent transposés à travers le règlement CSSF 15-02, ainsi que les dispositifs de la directive CRD V qu'il était initialement envisagé de transposer par le biais du règlement 15-02 de la CSSF. Le Conseil d'État constate qu'ainsi l'incorporation des dispositions du règlement CSSF 15-02 dans la LSF a été effectuée à législation constante, avec des adaptations destinées notamment à tenir compte des dispositions de la directive CRD V qu'il était initialement envisagé de transposer moyennant modification du règlement CSSF en question.

Le Conseil d'État prend acte du choix fait par les auteurs des amendements, tout en suggérant de soumettre l'ensemble de la réglementation émise par la CSSF à une analyse approfondie concernant son fondement légal.

Examen des amendements

Amendement 1 concernant l'article 1^{er}

Sans observation.

Amendement 2 introduisant un nouvel article 7

Sans observation.

Amendement 3 concernant l'ancien article 23, article 24 nouveau

Sans observation.

Amendement 4 introduisant un nouvel article 26

Sans observation.

Amendement 5 introduisant un nouvel article 28

Sans observation.

Amendement 6 concernant l'ancien article 28, article 31 nouveau

L'amendement sous rubrique introduit une section 3 dans le chapitre 4 de la partie III de la LSF, section qui est consacrée aux processus de contrôle à l'égard des établissements CRR.

La nouvelle section 3 regroupe les futurs articles 53-2 à 53-32 de la LSF tels qu'ils sont formulés à travers les amendements.

Elle reprend tout d'abord, le texte des articles 53-2 et 53-3 insérés dans la LSF par l'article 28 du projet de loi initial (article 31 du projet de loi amendé, les articles précités de la LSF devenant les articles 53-3 et 53-4) tout en l'ajustant sur un certain nombre de points et cela notamment afin de tenir compte de l'opposition formelle mise en avant par le Conseil d'État concernant les dispositions de l'article 53-2, paragraphe 2, alinéa 5, du projet de loi initial qui renvoyaient de façon tout à fait générale aux « mesures prises en exécution de la présente loi en matière d'exposition au risque de taux d'intérêt inhérent aux activités autres que de négociation » en vue de cerner les cas où « le risque de taux d'intérêt inhérent aux positions hors portefeuille de négociation peut être considéré comme significatif ». Le Conseil d'État avait considéré que le dispositif proposé était inacceptable en ce qu'il reléguait, dans une matière réservée à la loi, à savoir les restrictions à la liberté de commerce et de l'industrie qui est protégée par l'article 11, paragraphe 6, la Constitution, des éléments essentiels touchant à l'exercice par la CSSF de ses missions et de ses pouvoirs de surveillance à un règlement de la CSSF, au lieu de limiter le champ d'intervention de la CSSF à des éléments moins essentiels, et notamment des aspects procéduraux relevant des modalités d'exécution de la loi. Les auteurs des amendements proposent désormais de remplacer le renvoi susvisé aux mesures d'exécution prises par la CSSF par une référence, dans le nouvel article 53-3, paragraphe 2, alinéa 5, au nouvel article 53-7, paragraphe 4, disposition qui définit les situations dans lesquelles le risque de taux d'intérêt inhérent aux positions hors portefeuille de négociation peut être considéré comme significatif. La disposition en question est reprise de l'article 30, paragraphe 4, du règlement CSSF 15-02 et vise à transposer l'article 98, paragraphe 5, de la directive CRD IV, tout en prenant en compte les modifications apportées à cette dernière disposition par la directive CRD V. La nouvelle approche choisie par les auteurs du projet de loi permet au Conseil d'État de lever son opposition formelle à l'endroit du passage critiqué de l'article 28 du projet de loi initial.

Le Conseil d'État constate ensuite que les futurs articles 53-1 et 53-4 à 53-32 reprennent du règlement CSSF 15-2 un ensemble de dispositifs procéduraux et d'éléments plus substantiels tenant à la gestion des risques reproduisant ainsi, au niveau de la loi, un certain nombre de prescrits de la directive CRD IV tout en prenant en compte les modifications y apportées par la directive CRD V. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales formulées en introduction au présent avis complémentaire.

À l'article 53-7, paragraphe 4, alinéa 2, nouveau, qu'il s'agit d'insérer dans la LSF, le Conseil d'État propose qu'il soit fait, à l'instar de l'article 53-4, paragraphe 4 nouveau et de l'article 53-5, point 2, nouveau, référence à l'article 53-25 qui traite du processus de contrôle et d'évaluation et non aux critères techniques de ce processus visés à l'article 53-26 nouveau.

Les dispositions introduites par l'amendement sous examen ne donnent pas lieu à d'autres observations de la part du Conseil d'État.

Amendement 7 introduisant un nouvel article 32

Sans observation.

Amendement 8 concernant l'ancien article 31, article 35 nouveau

Sans observation.

Amendement 9 concernant l'ancien article 35, article 39 nouveau

Sans observation.

Amendement 10 introduisant un nouvel article 52

Sans observation.

Amendement 11 concernant l'ancien article 72, article 77 nouveau

L'amendement sous rubrique redresse une erreur de référence dont était entaché l'article 72 du projet de loi initial, erreur qui avait amené le Conseil d'État à s'opposer formellement au texte proposé pour transposition incorrecte de la directive.

Le texte tel qu'il est désormais rédigé permet au Conseil d'État de lever son opposition formelle.

Amendement 12 concernant l'ancien article 76, article 81 nouveau

L'amendement 12 est destiné à répondre à une opposition formelle mise en avant par le Conseil d'État à l'endroit de l'article 76 du projet de loi initial. Le texte proposé ajoutait un paragraphe 4 à l'article 56 de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, article 56 qui traite de la reconnaissance contractuelle du renflouement interne.

À travers le paragraphe en question, les auteurs du projet de loi conféraient un pouvoir réglementaire au conseil de résolution dans une matière réservée à la loi, en l'occurrence les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie qui est protégée par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution. Le Conseil d'État avait, pour sa part, estimé que le pouvoir qui était ainsi conféré au conseil de résolution risquait de porter sur des éléments essentiels du dispositif. Il avait conclu que les pouvoirs donnés au conseil de résolution devaient être cantonnés à des mesures d'exécution de la loi destinées à assurer sa mise en œuvre au niveau du détail. Le texte tel qu'il est désormais proposé détermine une liste de conditions qui serviront à cerner les catégories d'engagements pour lesquelles il pourra être constaté qu'il est impossible d'y intégrer la clause de reconnaissance contractuelle du renflouement interne, le rôle du conseil de résolution se limitant à préciser les caractéristiques techniques des engagements en question.

Le fait que le pouvoir du conseil de résolution est désormais suffisamment encadré permet au Conseil d'État de lever son opposition formelle.

Amendement 13 concernant l'ancien article 92, article 97 nouveau

L'amendement 13 est destiné à tenir compte du fait que l'Association des banques et banquiers luxembourgeois ne participera plus au comité de direction du Fonds de garantie des dépôts Luxembourg.

Le Conseil d'État ne formule pas d'observation.

Amendement 14 concernant les anciens articles 93 et 94

Le projet de loi initial autorisait le Gouvernement, à travers son article 93, à accorder la garantie de l'État aux lignes de crédit qui pourraient être contractées par le Fonds de garantie des dépôts Luxembourg sur la base des dispositions de l'article 179, paragraphe 2, alinéa 2, de la loi précitée du 18 décembre 2015, et cela pour un montant maximal d'un milliard d'euros.

Le Conseil d'État s'était formellement opposé à ce dispositif en raison de sa non-conformité au prescrit de la Constitution et avait exigé que le dispositif soit inscrit dans une loi dont l'objet unique serait la fourniture d'une garantie par l'État. Le Conseil d'État avait par ailleurs recommandé de saisir l'occasion de la formulation de la loi en question pour clarifier les questions de terminologie que le Conseil d'État avait soulevées et pour ainsi préciser le champ d'application de la garantie.

La suppression des articles 93 et 94 du projet de loi initial permet au Conseil d'État de lever son opposition formelle.

Amendement 15 concernant l'ancien article 95, article 98 nouveau

Dans son avis précité du 8 décembre 2020 sur le projet de loi initial, le Conseil d'État avait constaté qu'aucun recours n'était expressément prévu à l'encontre des décisions prises par le conseil de résolution dans le cadre de la fixation des périodes transitoires, périodes qui devront permettre aux établissements concernés de se conformer au nouveau cadre réglementaire en matière d'exigences minimales concernant les fonds propres et les engagements éligibles et d'éligibilité des différents instruments et que, par voie de conséquence, le droit commun allait s'appliquer, à savoir le recours en annulation endéans les trois mois suivant la date de la décision attaquée.

L'amendement 15 précise désormais que le régime du droit de recours prévu à l'article 118 de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement s'appliquera également en l'occurrence.

Le Conseil d'État ne formule pas d'autres observations.

Amendement 16 concernant l'ancien article 100, article 103 nouveau

L'amendement 16 est destiné à tenir compte du fait qu'à l'avenir l'Association des banques et banquiers luxembourgeois ne sera plus membre du comité de direction du Conseil de protection des déposants et des investisseurs.

Le Conseil d'État ne formule pas d'autres observations.

Amendement 17 concernant l'ancien article 105, article 108 nouveau

L'amendement 17 vise à adapter un certain nombre de références au niveau du dispositif réglant l'entrée en vigueur de la future loi, références qui ont évolué en raison des amendements qu'il est proposé d'apporter au projet de loi initial. Le libellé de la disposition est par ailleurs adapté conformément aux recommandations du Conseil d'État.

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

Observations d'ordre légistique

Amendement 6

Le Conseil d'État signale, en ce qui concerne l'emploi du terme « notamment », que si celui-ci a pour but d'illustrer un principe établi par le texte, il est à écarter comme étant superfétatoire. Une énonciation d'exemples est en effet sans apport normatif. Partant, l'article 53-5, point 2, nouveau qu'il s'agit d'insérer dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, est à revoir.

Le Conseil d'État donne à considérer que, lorsque dans un acte normatif une disposition fait référence à une autre, il convient d'indiquer clairement quelle relation ce renvoi entend nouer entre les deux dispositions. Partant, l'emploi de la locution « par référence à l'article » est, en raison de son imprécision, à éviter. En ce qui concerne l'article 53-7, nouveau qu'il s'agit d'insérer dans loi précitée du 5 avril 1993 par exemple, le Conseil d'État suggère d'écrire au paragraphe 5, « sur la base de l'analyse à l'article 53-27 » et au paragraphe 6, « sur la base de l'examen visé à l'article 53-28 ».

À l'article 53-3, paragraphe 2 nouveau qu'il s'agit d'insérer dans loi précitée du 5 avril 1993, il convient d'écrire « à la troisième partie, à la quatrième partie et à la septième parties du règlement (UE) n° 575/2013 ». Cette observation vaut également pour l'article 53-4, paragraphe 6, nouveau.

Amendement 13

À l'article 97, point 1°, du projet de loi, tel qu'amendé, le Conseil d'État signale qu'aux énumérations, le terme « et » est à omettre à l'avant-dernier élément comme étant superfétatoire. Partant, il est suggéré de reformuler la disposition sous avis comme suit :

« 1° À l'alinéa 2, le point 5 est supprimé ; ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 23 mars 2021.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu