

Projet de loi

portant :

1° modification de :

- a) la loi modifiée du 15 mars 2016 relative aux produits dérivés de gré à gré, aux contreparties centrales et aux référentiels centraux et modifiant différentes lois relatives aux services financiers ;**
- b) la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ;**
- c) la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ;**
- d) la loi modifiée 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 ;**
- e) la loi modifiée du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées ;**
- f) la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ; et du**
- g) règlement grand-ducal modifié 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 des valeurs mobilières ; et**

2° mise en œuvre du règlement (UE) 2021/23 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un cadre pour le redressement et la résolution des contreparties centrales et modifiant les règlements (UE) n° 1095/2010, (UE) n° 648/2012, (UE) n° 600/2014, (UE) n° 806/2014 et (UE) 2015/2365, ainsi que les directives 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2007/36/CE, 2014/59/UE et (UE) 2017/1132

Avis du Conseil d'État

(31 mai 2022)

Par dépêche du 29 décembre 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 proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière, une fiche d'évaluation d'impact, les textes coordonnés par extraits des six lois et du règlement grand-ducal que le projet élargé tend à modifier ainsi que le texte du règlement (UE) 2021/23 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un cadre pour le redressement et la résolution des contreparties centrales et modifiant les règlements (UE) n° 1095/2010, (UE) n° 648/2012, (UE) n° 600/2014, (UE) n° 806/2014 et (UE) 2015/2365, ainsi que les directives 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2007/36/CE, 2014/59/UE et (UE) 2017/1132 (ci-après « règlement (UE) 2021/23 »).

Par la prédite dépêche, le ministre des Finances a demandé au Conseil d'État d'accorder un traitement prioritaire à l'examen du projet sous rubrique.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 30 mars 2022.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen a pour objet de mettre en œuvre le règlement (UE) 2021/23.

Selon l'exposé des motifs le projet de loi comporte deux volets : le premier volet consiste à mettre en œuvre le règlement (UE) 2021/23 en modifiant plusieurs lois dont la loi modifiée du 15 mars 2016 relative aux produits dérivés de gré à gré, aux contreparties centrales et aux référentiels centraux (ci-après « loi modifiée du 15 mars 2016 »), la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après « loi modifiée du 5 août 2005 ») et de certaines autres lois relatives au droit financier en raison de modifications de certaines directives par le règlement (UE) 2021/23 ; le second volet apporte des modifications à la loi modifiée du 5 août 2005 qui ne sont pas dictées par la mise en œuvre du règlement (UE) 2021/23, mais par l'intention des auteurs du projet de loi d'apporter « une série de modifications à ladite loi à des fins de modernisation et de clarification de certaines dispositions ».

Examen des articles

Articles 1^{er} et 2

Sans observation.

Article 3

L'article 3, point 1^o, lettre c), du projet de loi introduit un nouveau point 5^o à l'article 3, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 15 mars 2016 afin de permettre à la CSSF de sanctionner les violations de l'article 9, paragraphes 1^{er} à 4, 6, 7, alinéa 1^{er}, 9 à 11, 13, 14, 16 à 21, de l'article 10, paragraphe 1^{er}, et de l'article 35, paragraphe 1^{er}, du règlement (UE) 2021/23. Le projet de loi met ainsi en œuvre l'obligation faite aux États membres, à l'article 81, paragraphe 1^{er}, du règlement (UE) 2021/23, d'établir des règles relatives aux sanctions administratives et autres mesures administratives

applicables en cas de manquement à ce règlement. La disposition sous revue vise plus spécifiquement les manquements aux obligations des contreparties centrales en matière de redressement que la CSSF est amenée à constater en tant qu'autorité compétente au sens de l'article 22 du règlement (UE) 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (ci-après «règlement UE 648/2012») dès lors qu'il revient à l'autorité compétente de procéder à l'évaluation du plan de redressement en vertu de l'article 10 du règlement (UE) 2021/23. Le plan de redressement au sens de l'article 9 du règlement (UE) 2021/23 doit prévoir l'ensemble des mesures que la contrepartie se propose de prendre en cas de défaillance au sens de l'article 2, point 8, du règlement (UE) 2021/23, à savoir le défaut d'un ou plusieurs membres compensateurs (article 48 du règlement (UE) 648/2012) ou le défaut d'une ou plusieurs contreparties centrales interopérables au sens de l'article 52 du règlement (UE) n° 648/2012.

L'article 82, paragraphe 1^{er}, lettre a), du règlement (UE) 2021/23 requiert que les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres prévoient des sanctions et autres mesures administratives, au moins en cas de manquement à l'obligation d'élaborer, de tenir à jour et d'actualiser les plans de redressement, en violation de l'article 9.

Comme le lui permet l'article 81, paragraphe 1^{er}, du règlement (UE) 2021/23, l'article 3, paragraphes 5, lettre a), et 6 nouveaux de la loi modifiée du 15 mars 2016 introduit par l'article 3, point 1^o, lettre c), du projet de loi vise en outre, plus globalement toutes les dispositions de l'article 9 du règlement (UE) 2021/23 comportant des obligations faites aux contreparties centrales. Le Conseil d'État constate cependant que les auteurs du projet de loi ont, dans la formulation du renvoi vers les dispositions précises énonçant les obligations dont la violation est sanctionnée, désigné à l'article 3, paragraphe 5, lettre a) nouveau, de la loi modifiée du 15 mars 2016, ces différentes obligations en tant qu'obligation d'élaboration, de tenue à jour et d'actualisation des plans de redressement. Or l'ensemble des obligations de l'article 9 du règlement (UE) 2021/23 visées par la disposition sous avis ne peuvent être réduites à cette seule obligation. Certaines obligations visées dépassent même la seule conception du plan de redressement, tel que, par exemple, l'obligation de la contrepartie centrale de prévoir dans ses règles de fonctionnement des procédures à suivre permettant d'atteindre les objectifs d'une procédure de redressement et la mise en œuvre éventuelle du plan de redressement (obligation visée par l'article 9, paragraphe 6, du règlement (UE) 2021/23) et l'obligation de la contrepartie centrale d'informer l'autorité de contrôle de sa décision de ne pas suivre l'avis du comité des risques (obligation énoncée par l'article 9, paragraphe 18, du règlement (UE) 2021/23). Le Conseil d'État estime dès lors qu'en raison de la diversité des obligations visées par la disposition sous avis leur qualification par l'emploi d'une dénomination unique ne se justifie pas. Un renvoi vers les paragraphes de l'article 9 du règlement (UE) 2021/23 opère une mise en œuvre suffisante des articles 81, paragraphe 1^{er}, et 82, paragraphe 1^{er}, lettre a), de ce règlement. En conséquence, le Conseil d'État demande que l'article 3, paragraphe 5, lettre a), nouveau, de la loi modifiée du 15 mars 2016 soit rédigé comme suit :

« a) aux obligations énoncées à l'article 9 paragraphes 1^{er} à 4, paragraphe 6, paragraphe 7, alinéa 1^{er}, paragraphes 9 à 11, paragraphe 13, paragraphe 14 et paragraphes 16 à 21, du règlement (UE) 2021/23 ; »

Article 4

L'article 4-2 nouveau de la loi modifiée du 15 mars 2016 est relatif aux sanctions administratives pouvant être prononcées par le conseil de résolution en cas de violation de certaines dispositions du règlement (UE) 2021/23.

Au paragraphe 1^{er}, point 1, la référence à la seule lettre a) de l'article 15, paragraphe 3, du règlement (UE) 2021/23 n'est pas claire, étant donné que les lettres a) et b) dudit paragraphe 3 forment toutes les deux les éléments que la contrepartie centrale est tenue de démontrer à la demande de l'autorité de résolution.

Au même paragraphe 1^{er}, point 1, il convient, en outre, de citer uniquement l'article 16, paragraphe 3, sans autre référence, dès lors que cette disposition n'est pas subdivisée en alinéas.

Au paragraphe 1^{er}, point 2, il convient de rectifier le renvoi opéré au règlement (UE) 2021/23 en écrivant « article 29, paragraphe 3, alinéa 2 ».

L'article 4-3 nouveau de la loi modifiée du 15 mars 2016 retranscrit l'article 118 de la loi modifiée du 18 décembre 2015. Cette dernière disposition est restée quasiment inchangée par rapport au projet de loi initial, malgré les critiques du Conseil d'État dans son avis du 10 décembre 2015, qui souligne que la disposition « vise le recours en annulation en prévoyant des délais spécifiques » et que « l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} qui renvoie à l'application de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives est parfaitement superflu »¹. Le Conseil d'État réitère ces observations à l'endroit du dispositif sous revue. Concernant l'article 4-3, paragraphe 3, alinéa 2, nouveau, de la loi modifiée du 15 mars 2016, il continue de s'interroger sur la teneur de la présomption évoquée et notamment comment le requérant pourra renverser la présomption.

Articles 5 à 10

Sans observation.

Article 11

L'article 11, point 5^o, du projet de loi insère un paragraphe 2 à l'article 11 de la loi modifiée du 5 août 2005 apportant des précisions quant aux formalités de la vente publique. Ces précisions, rendues nécessaires selon le commentaire des articles par la modification du statut de la Bourse de Luxembourg et l'évolution de la législation encadrant les marchés financiers, confèrent au créancier gagiste une grande liberté dans l'organisation de la vente publique.

En ce sens, l'article 11, paragraphe 2 nouveau, lettre b), de la loi modifiée du 5 août 2005 permet au créancier gagiste de fixer conventionnellement les frais et honoraires de l'huissier ou du notaire choisi

¹ Avis du Conseil d'État n° 51.314 du 10 décembre 2015 sur 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 (dossier parl. n° 6866², p.16).

par lui pour faire procéder à l'adjudication. Le Conseil d'État tient à souligner que les notaires et huissiers officient dans le cadre de ces adjudications en tant qu'officiers publics. Les tarifs de leurs honoraires sont imposés par voie légale^{2,3} et réglementaire⁴ et la libre détermination des honoraires dus aux notaires et huissiers pour la réalisation d'actes relevant de leur ministère est contraire à la logique systémique de la législation. Il est incohérent de permettre la libre négociation des tarifs d'un officier ministériel agissant en cette qualité. Il s'y ajoute que la rémunération d'un officier ministériel serait négociée avec le créancier mais affecterait en définitive le patrimoine du débiteur. Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour incohérence des textes, source d'insécurité juridique, de supprimer, à l'article 11, point 5°, du projet de loi, la lettre b) qu'il introduit à l'article 11, paragraphe 2 nouveau, de la loi modifiée du 5 août 2005.

En outre, le Conseil d'État estime que le mode de publicité des adjudications par la seule insertion dans un ou plusieurs journaux nationaux (ou même étrangers à la demande du créancier gagiste) est désuet et que la possibilité de publication par internet devra être également indiquée.

Articles 12 à 14

Sans observation.

Article 15

L'article 15 du projet de loi a pour objet l'introduction d'un nouvel article 15-1 dans la loi modifiée du 5 août 2005, afin de rendre les dispositions des articles 13, alinéa 4 et 13-1 de ladite loi également applicables aux opérations de mise en pension.

Le Conseil d'État estime que la modification proposée n'atteint cependant pas de manière satisfaisante le but de clarification du texte poursuivi par les auteurs du projet de loi. En effet, l'article 13, alinéa 4, de la loi modifiée du 5 août 2005, est relatif à l'interdiction pour les établissements de crédit de conclure des transferts de propriété à titre de garantie avec des clients de détails. Il s'agit d'une obligation de ne pas faire, d'une interdiction, tandis que l'article 13-1 du même acte contient une obligation de faire. Dès lors, dans un souci d'une meilleure compréhension de la disposition à insérer, le Conseil d'État propose de reformuler l'article 15 du projet de loi de la manière suivante :

« **Art. 15.** Il est inséré, à la suite de l'article 15 de la même loi, un nouvel article 15-1, libellé comme suit :

« Art. 15-1. L'interdiction prévue à l'article 13, alinéa 4, et les obligations prévues à l'article 13-1 s'appliquent également aux

² Article 1^{er} de l'arrêté grand-ducal modifié du 31 décembre 1938, sur les honoraires et émoluments notariaux (Mémorial 1938, 1403) :

« Les honoraires, vacations, droits de rôle ou de copie, droit de recette, frais de voyage et de séjour dus aux notaires pour les actes instrumentaires ou autres de leur ministère, seront tarifés par règlement d'administration publique. Toute convention ou perception contraire au tarif est nulle, soit que les parties s'obligent à payer des émoluments supérieurs, soit que le notaire accepte des émoluments inférieurs à ceux du tarif. »

³ Articles 18 et 19 de la loi modifiée du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice.

⁴ Les honoraires relatifs aux adjudications mobilières sont établis selon le barème 7 de l'article 6, du règlement grand-ducal modifié du 24 juillet 1971 portant révision du tarif des notaires. Ce barème est également applicable aux huissiers de justices en vertu de l'article 14 du règlement grand-ducal modifié du 24 janvier 1991 portant fixation du tarif des huissiers de justice.

opérations de mise en pension. » »

Article 16

Sans observation.

Article 17

Le Conseil d'État note que la disposition sous avis va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « l'article 20, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ne s'oppose pas à ce qu'en cas d'allégation de fraude ou d'abus de droit dans l'élément déclencheur de la réalisation de la sûreté, le président du tribunal d'arrondissement, saisi par requête unilatérale ou siégeant en matière de référé, prononce une mesure conservatoire visant à préserver les droits du constituant du gage »⁵. En intégrant le séquestre parmi les mesures visées à l'article 20, paragraphe 4, de la loi modifiée du 5 août 2005, la disposition sous avis supprime la possibilité pour le constituant du gage de faire prononcer cette mesure conservatoire même en cas d'allégation de fraude ou d'abus de droit. Ceci implique que le constituant du gage qui se dit victime d'une fraude ou d'un abus de droit ne pourra plus faire arrêter l'exécution forcée du gage mais uniquement tendre à l'indemnisation de son préjudice éventuel dans le cadre d'une procédure au fond.

Articles 18 à 23

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il y a lieu d'écrire « loi modifiée du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales des sociétés cotées » et « règlement grand-ducal modifié 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 des valeurs mobilières ».

Il n'est pas indiqué de faire figurer des abréviations ou de mettre des termes ou des références entre parenthèses dans le dispositif. Partant, il y a lieu de supprimer les parenthèses entourant la forme abrégée du règlement (UE) 2921/23 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un cadre pour le redressement et la résolution des contreparties centrales et modifiant les règlements (UE) n° 1095/2010, (UE) n° 648/2012, (UE) n° 600/2014, (UE) n° 806/2014 et (UE) 2015/2365, ainsi que les directives 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2007/36/CE, 2014/59/UE et (UE) 2017/1132 aux endroits pertinents et d'écrire « , ci-après, « règlement (UE) 2021/23 », ».

⁵ Cass., arrêt n° 157/21 du 16 décembre 2021 (CAS-2020-00133).

Dans un souci d'harmonisation des formulations, il est signalé que lorsqu'un article insère un nouveau groupement d'articles dans l'acte à modifier, il y a lieu d'écrire :

« Après l'article [X] [de la même loi], il est inséré un [groupement d'articles] [Y] nouveau, libellé comme suit :
« [Y] - [...] ». ».

Dans le même ordre d'idées, il faut noter que lorsqu'un article insère un article nouveau dans l'acte à modifier, il y a lieu d'écrire :

« Après l'article [X] [de la même loi], il est inséré un article [Y] nouveau, libellé comme suit :
« Art. [Y]. [...] ». »

De même, 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, de la lettre] [X] [de la même loi], il est ajouté [un paragraphe, un alinéa, un point, une lettre] [Y] nouveau [nouvelle], libellé [libellée] comme suit : ».

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 16 « À l'article 18, première phrase, de la même loi, [...] ».

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° », « 2° », « 3° » ... 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), ... Ces subdivisions sont elles-mêmes éventuellement subdivisées en chiffres romains minuscules suivis d'une parenthèse lorsqu'il s'agit de regrouper des modifications qu'il s'agit d'apporter à une même subdivision sous un seul point. À titre d'exemple, l'article 3 est à reformuler de la manière suivante :

« **Art. 3.** L'article 3 de la même loi est modifié comme suit :
1° Le paragraphe 1^{er} est modifié comme suit :
a) Le point 1 est modifié comme suit :
i) Les mots [...] ;
ii) Le mot [...] ;
b) Le point 4 est modifié comme suit :
i) À la phrase liminaire, les mots [...] ;
ii) À la lettre e), [...] ;
c) À la suite du point 4, sont ajoutés les points 5 et 6 nouveaux, libellés comme suit :
« [...] ». » ;
2° Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, [...] ;
3° À la suite du paragraphe 3, il est ajouté un paragraphe *3bis* nouveau, libellé comme suit :
« [...] ». » ;
4° Le paragraphe 4 est modifié comme suit :
a) L'alinéa 1^{er} est complété [...] ;

b) À la suite de l'alinéa 2, il est ajouté un alinéa 3 nouveau, libellé comme suit :

« [...] ». » »

Intitulé

Au point 1^o, lettre f), les termes « et du » sont à supprimer. À la lettre g), il est signalé qu'aux énumérations, le terme « et » est à omettre à l'avant-dernier élément comme étant superfétatoire.

L'intitulé du projet de loi sous avis prête à croire que le texte de loi en projet comporte tant des dispositions autonomes que des dispositions modificatives. Comme la visée de la loi en projet est toutefois entièrement modificative, il y a lieu de reformuler l'intitulé de manière à ce qu'il reflète cette portée. Il y a lieu par conséquent de supprimer le point 2^o de l'intitulé.

Article 3

Au point 3^o, à l'article 3, paragraphe 3*bis*, alinéa 1^{er}, point 5, à insérer, le terme « détenus » est à accorder au genre féminin pluriel. Cette observation vaut également pour l'article 4, à l'article 4-2, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, point 5, à insérer. Aux points 6 et 7, il convient d'écrire « euros » au lieu de « d'euros ». Cette observation vaut également pour l'article 4, à l'article 4-2, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, points 6 et 7, à insérer.

Article 4

À l'article 4-1, paragraphe 3, à insérer, le Conseil d'État signale qu'en ce qui concerne les termes « ministre ayant la Place financière dans ses attributions », une telle compétence ministérielle fait défaut à l'arrêté grand-ducal du 28 mai 2019 portant constitution des Ministères. Il y a lieu de s'en tenir à l'arrêté précité pour la désignation des ministres.

À l'article 4-2, paragraphe 1^{er}, à insérer, il convient d'écrire au point 1, « de l'article 16, paragraphes 3, 6 et 7, » et au point 2, « de l'article 29, paragraphe 3, alinéa 2, ».

Article 11

Au point 5^o, à l'article 11, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, lettre c), sous (v), dans sa nouvelle teneur proposée, il y a lieu d'écrire les termes « créancier-gagiste » sans trait d'union. À l'alinéa 12, il est signalé qu'aux énumérations, chaque élément se termine par un point-virgule, sauf le dernier qui se termine par un point.

Au point 5^o, à l'article 11, paragraphe 2, dans sa nouvelle teneur proposée, le Conseil d'État signale encore que la locution conjonctive « sans que » n'appelle pas la négation : il convient dès lors, à l'alinéa 9, deuxième phrase, d'écrire « sans qu'il soit nécessaire » et à l'alinéa 11, deuxième phrase, « sans que la condition soit réalisée ».

Article 15

La phrase liminaire est à reformuler de la manière suivante :

« À la suite de l'article 15 de la même loi, il est inséré un nouvel article 15-1, libellé comme suit : ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 31 mai 2022.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz