

N° 6164¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI

- portant transposition:
 - de la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE;
 - de la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées;
- portant modification:
 - de la loi 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;
 - de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière;
 - de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme;
 - de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;
 - de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis de la Banque centrale du Luxembourg (10.11.2010)	2
2) Avis de la Banque centrale européenne (5.11.2010).....	12

*

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE DU LUXEMBOURG
(10.11.2010)

TABLE DES MATIERES

- I. Introduction
- II. Dispositions modifiant la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiements, 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
 - 1. Observations générales
 - 2. Commentaires sur les articles du projet de loi
 - 1.1. Article 1.1: Définitions
 - 1.2. Article 1.2: Régime applicable aux établissements de crédit émettant de la monnaie électronique
 - 1.3. Article 1.5: La procédure d'agrément (article 24-3)
 - 1.4. Article 1.5: Le retrait de l'agrément (article 24-14)
 - 1.5. Article 1.5: Les autorités compétentes (article 31, paragraphes (1) et (4))
 - 1.6. Article 1.5: La coopération et l'échange d'informations de la Commission (art. 33, paragraphes (1) et (2), point b))
 - 1.7. Article 1.5: La procédure de gestion contrôlée et la procédure de faillite (articles 40(8), 41(2), 43, et 44(2))
 - 1.8. Article 1.7: L'émission et le remboursement de la monnaie électronique
 - 1.9. Article 1.13: Agrément de l'opérateur du système au Luxembourg
- III. Annexes

*

I. INTRODUCTION

Le présent avis répond à la demande du gouvernement qui, par lettre du 17 septembre 2010, a consulté la Banque centrale du Luxembourg (ci-après „la BCL“) au sujet du projet de loi sous rubrique déposé en date du 30 juillet 2010 à la Chambre des Députés.

L'objectif du projet de loi est de transposer en droit luxembourgeois les directives 2009/44/CE¹ et 2009/110/CE².

Le présent avis se fonde sur les dispositions légales fixant les compétences propres de la BCL en matière de surveillance des systèmes de paiement et des instruments de paiement, en ce compris à l'égard des établissements de monnaie électronique.

¹ Directive 2009/44/CE du Parlement européen du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, JOUE L 146 du 10 juin 2009, p. 37.

² Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE, JOUE L 267 du 10 octobre 2009, p. 7.

Les compétences de la BCL découlent de la combinaison des articles 2.4, 2.5, 2.6, 27-3 et 32(1) de sa loi organique du 23 décembre 1998, telle que modifiée en particulier par la loi du 10 novembre 2009³. Les articles prévoient respectivement ce qui suit:

- Article 2.5 (tel que complété par la loi du 10 novembre 2009)

„Au vu de sa mission relative à la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement, la Banque centrale veille à l'efficacité et à la sécurité des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres, ainsi qu'à la sécurité des instruments de paiement.“
- Article 2.4 (introduit par la loi du 19 décembre 2008)

„La Banque centrale est en charge de la surveillance de la situation générale de la liquidité sur les marchés ainsi que de l'évaluation des opérateurs de marché à cet égard. Les modalités de coordination et de coopération pour l'exercice de cette mission font l'objet d'accords entre la Banque centrale et la Commission de surveillance du secteur financier ainsi que le Commissariat aux assurances, dans le respect des compétences légales des parties.“
- Article 2.6 (introduit par la loi du 19 décembre 2008)

„Au vu de sa mission relative à la politique monétaire et à la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement ainsi que de sa tâche de contribuer à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier, dans le respect de son indépendance et des compétences légales des parties, la Banque centrale coopère avec le Gouvernement et avec les autorités de surveillance prudentielle au niveau national ainsi qu'avec les autres banques centrales au niveau communautaire et international afin de contribuer à assurer la stabilité financière, notamment au sein des comités institués à cet effet.“
- Article 27-3 (introduit par la loi du 10 novembre 2009)

„Aux fins de l'accomplissement de la mission définie à l'article 2, paragraphe (5), la Banque centrale peut demander aux systèmes de paiement et aux systèmes de règlement des opérations sur titres toute information relative au fonctionnement de ces systèmes dont elle a besoin pour apprécier leur efficacité et leur sécurité et elle peut demander aux émetteurs d'instruments de paiement toute information relative aux instruments de paiement dont elle a besoin pour apprécier leur sécurité.“
- Article 32(1)

„Afin d'assurer ses missions, la Banque centrale est habilitée à collecter les informations statistiques nécessaires, soit auprès des administrations nationales compétentes, soit directement auprès des agents économiques.“

Sur base de ces dispositions légales, la BCL assure d'ores et déjà une surveillance à l'égard d'établissements de monnaie électronique⁴. Elle met en oeuvre les règles fixées par l'Eurosystème⁵.

3 Dans son avis relatif à la loi de 2009 relative aux services de paiement, la BCL avait indiqué que „[...] le concept d'instrument de paiement couvre également les dispositifs permettant de transférer de la monnaie électronique [...]“ (avis BCL du 11 septembre 2009, point 2.2).

4 Le besoin d'une surveillance de ces entités par les banques centrales a été rappelé à plusieurs reprises par la BCE (Voir le rapport de 2003 cité dans la note en bas de page (5) „[a]s part of their oversight responsibility for payment systems, central banks have to ensure that all relevant e-money systems comply with the requirements of the 1998 report“ (page 5); voir en dernier lieu l'Avis BCE du 5 décembre 2008 (CON/2008/84).

La surveillance par les banques centrales poursuit plusieurs objectifs: – contrôle en raison de l'impact possible sur la politique monétaire (voir en dernier lieu l'Avis de la BCE précité); – le rapport de 1998 cité dans la note en bas de page (5) mentionne des objectifs additionnels: „(...) i.e. the efficient functioning of payment systems and confidence in payment instruments, the protection of customers and merchants, the stability of financial markets and protection against criminal abuse, also have to be taken into account“ (point 4, page 1).

5 Sont annexés au règlement 2010/6 de la BCL, les documents suivants:

- Report on electronic money, ECB, August 1998;
- Electronic money systems security objectives, ECB, May 2003;
- Harmonised oversight approach and oversight standards for payments instruments, ECB, February, 2009

Les établissements de monnaie électronique sont visés par les deux règlements émis par la BCL à ce jour:

1. *Règlement de la Banque centrale du Luxembourg 2010/No 6 du 8 septembre 2010 relatif à la surveillance des systèmes de paiement, des systèmes de règlement des opérations sur titres et des instruments de paiement au Luxembourg*
2. *Règlement de la Banque centrale du Luxembourg 2009/No 4 du 29 avril 2009 relatif à la surveillance de la liquidité*

Le règlement 2010/No 6, d'application générale, s'applique aux établissements de monnaie électronique intervenant, d'une part, dans la gestion de systèmes de paiement (article 3, paragraphe 3) et émettant, d'autre part, des instruments de paiement (article 2, paragraphe (2))⁶. Le règlement 2009/No 4 prévoit, de manière générale, que la BCL peut exercer une surveillance de la liquidité à l'égard des émetteurs d'instruments de paiement dans certains cas déterminés⁷.

Les compétences de la BCL dans le domaine des systèmes de paiement et des instruments de paiement sont des missions propres de banque centrale.

Il importe dès lors, au regard des développements qui précèdent, que le projet de loi reflète les compétences existantes de la BCL. Outre la surveillance pour les systèmes de paiement, il convient de mentionner la compétence de la BCL à l'égard des établissements de monnaie électronique en tant qu'émetteurs d'instruments de paiement. Par ailleurs, il y a lieu de clarifier que la BCL assure les relations extérieures dans le domaine de ses compétences. Dans la mesure où le projet de loi envisage une coopération de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) avec les banques centrales, les modalités de la coopération doivent aussi être clarifiées⁸.

La BCL formule, en outre, un commentaire concernant la transposition de la directive 2009/44/CE modifiant la directive 98/26/CE, plus particulièrement en ce qui concerne l'agrément des opérateurs de systèmes (voir le point II.2.1.9).

Il est signalé, enfin, que les observations de la BCL sont sans préjudice des commentaires de la Banque centrale européenne qui vient de rendre son avis le 5 novembre dernier et qui limite ses observations aux modifications à introduire à la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

*

II. DISPOSITIONS MODIFIANT LA LOI DU 10 NOVEMBRE 2009 relative aux services de paiements, 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

1. Observations générales

1.1 Les observations et amendements proposés par la BCL ont pour objet plus particulièrement (i) d'associer la BCL à la procédure d'agrément des établissements de monnaie électronique et à son retrait, (ii) de réitérer sa compétence pour la surveillance des instruments de paiement et des systèmes de paiement opérés par les établissements de monnaie électronique et (iii) de confirmer la BCL comme correspondant à l'égard de la BCE et des banques centrales au vu de sa participation à l'Eurosystème, au Système européen de banques centrales et au Comité européen du risque systémique et, enfin, au vu de son réseau de contacts internationaux.

Il convient d'assurer que le projet de loi tienne compte expressément des compétences propres de la BCL. Les modifications proposées sont aussi destinées à assurer une bonne coopération entre les autorités publiques au bénéfice du respect des lois et de la simplification administrative.

⁶ Selon cet article: „la Banque centrale exerce la surveillance des instruments de paiement, lesquels sont notamment les virements, les domiciliations, les cartes de paiement et les schémas de monnaie électronique“.

⁷ Voir les articles 2 (1) et (2): „peuvent être considérés comme opérateurs de marché au sens du présent règlement: [...] – les émetteurs d'instruments de paiement“

⁸ La surveillance par la Banque centrale porte sur la sécurité et l'efficacité des systèmes; elle porte par ailleurs sur la sécurité des instruments de paiement (Article 3.2 du règlement 2010/6).

1.2 La BCL rappelle certaines propositions faites par la BCE à l'occasion de l'adoption des directives 2009/44/CE et 2009/110/CE. Elle constate que de nombreuses recommandations apportées par la BCE n'ont pu être prises en compte. La BCL soutient néanmoins les critiques émises à l'époque relatives en particulier à l'abandon de la qualification des établissements de monnaie électronique en tant qu'établissements de crédit. La BCE avait regretté ce changement qui entraîne des conséquences défavorables pour la conduite de la politique monétaire, chère aux banques centrales de l'Eurosystème, et ce notamment par l'absence d'obligation de constitution de réserves obligatoires dans le chef des établissements de monnaie électronique. Ceci est d'autant plus regrettable que la monnaie électronique peut s'avérer relativement similaire aux moyens de paiement proposés par les établissements de crédit et que l'assiette des réserves se calcule en fonction des éléments du bilan de l'établissement en question. En outre, la BCE avait regretté que le statut et le régime prudentiel des établissements de monnaie électronique soit calqué sur celui des établissements de paiement alors que ces derniers ne peuvent pas émettre de la monnaie électronique.

1.3 La BCL réitère, pour autant que de besoin, des commentaires formulés à l'occasion de la transposition de la directive sur les services de paiement à Luxembourg.

2. Commentaires sur les articles du projet de loi

1.1. Article 1.1: Définitions

A l'instar de la définition désignant la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après la CSSF) dans l'article 1er, point 4), de la loi de 2009 relative aux services de paiement par le terme abrégé de „Commission“, il convient d'insérer dans ladite loi une définition visant également la BCL, par l'utilisation du terme abrégé: la „Banque centrale“ et de remplacer les termes de „Banque centrale du Luxembourg“ par „Banque Centrale“ dans les autres dispositions du projet de loi.

Il apparaît opportun d'insérer une telle définition à l'occasion des modifications de la loi de 2009 relative aux services de paiement qu'introduit ce projet de loi.

1.2. Article 1.2: Régime applicable aux établissements de crédit émettant de la monnaie électronique

L'article 1er, point 2), sous b), du projet de loi dispose que le paragraphe (2) de l'article 2 de la loi de 2009 relative aux services de paiement est remplacé par le texte suivant:

„(2) Le titre II, à l'exception du chapitre 4, s'applique aux prestataires de services de paiement dont les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique, établis au Luxembourg.

(2bis) Le chapitre 4 du titre II s'applique aux émetteurs de monnaie électronique établis au Luxembourg.

[...]“

A l'instar des règles applicables aux établissements de paiement, le projet de loi prévoit des règles de protection des fonds que les établissements de monnaie électronique devront respecter, à savoir des règles de ségrégation afin d'assurer la soustraction de ces fonds de la masse en cas de faillite ou la couverture de ces fonds par une police d'assurance ou une autre garantie comparable.

La BCL estime, au titre de sa mission de surveillance, que le système de protection des fonds, qui est imposé aux établissements de monnaie électronique à l'article 24-10 du nouveau chapitre 2 du titre II, devrait être étendu aux établissements de crédit lorsqu'ils émettent de la monnaie électronique, que l'activité soit exercée par l'intermédiaire d'une filiale ou non⁹.

A cette fin, il est proposé de compléter l'article 1er, point 2), du projet de loi sur ce point.

1.3. Article 1.5: La procédure d'agrément (article 24-3)

Conformément à l'article 1er, point 5), du projet de loi, insérant un article 24-3, paragraphe (1): „l'agrément est accordé sur demande écrite par le Ministre ayant dans ses attributions la Commission et après instruction par la Commission portant sur les conditions exigées par la présente section. [...]“

⁹ Le projet de loi modifie la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier pour prévoir spécifiquement que les établissements de crédit peuvent émettre de la monnaie électronique au titre de leurs activités énumérées à l'annexe I de ladite loi.

Avant d'accorder l'agrément, le Ministre ayant dans ses attributions la Commission peut consulter, le cas échéant, la Banque centrale du Luxembourg ou d'autres autorités publiques appropriées“.

Dans la mesure où la BCL exerce, de manière générale, une surveillance des schémas de monnaie électronique en tant qu'instruments de paiement, laquelle s'applique aux émetteurs d'instruments de paiement eux-mêmes, une information systématique de la BCL par la CSSF est préconisée. Cette information est particulièrement utile à l'occasion de la procédure d'agrément des établissements de monnaie électronique et en cas de retrait de l'agrément. Le texte ci-dessus mérite d'être modifié en ce sens¹⁰.

De surcroît, lorsque l'établissement de monnaie électronique gère un système de paiement, la BCL estime qu'il est d'autant plus approprié qu'elle rende un avis positif, puisqu'elle est en charge de la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement et qu'il s'agit de prévenir tout risque systémique¹¹. La BCL dispose ainsi en quelque sorte d'un droit de veto en relation avec l'octroi de l'agrément. En cas d'avis défavorable de la BCL, le Ministre devrait refuser l'agrément.

Enfin, la BCL est d'avis qu'il n'est pas opportun de prévoir que d'„autres autorités publiques appropriées“ puissent être consultées par le Ministre avant d'accorder l'agrément dès lors qu'aucune autre autorité au Luxembourg, à part la BCL, n'est compétente dans les domaines se rapportant aux établissements de monnaie électronique.

1.4. Article 1.5: Le retrait de l'agrément (article 24-14)

L'article 1, point 5), du projet de loi propose d'insérer un article 24-14, paragraphe (1), prévoyant que „[l']agrément est retiré lorsque l'établissement de monnaie électronique:

[...]

d) représenterait une menace pour la stabilité du système de paiement auquel il participe en poursuivant son activité d'émission de monnaie électronique [...].“

Le projet de loi ne prévoit pas l'information de la BCL en cas du retrait de l'agrément (voir les développements sous 1.3). Dans le cas particulier visé à l'article ci-dessus, il est proposé d'associer la BCL à la procédure de retrait en prévoyant que celui-ci puisse être retiré lorsque la BCL émet un avis selon lequel l'établissement de monnaie électronique menace la stabilité du système de paiements auquel il participe par l'exercice de ses activités.

La BCL est en charge de la surveillance des systèmes de paiement et elle exerce un regard sur la stabilité du système ainsi que sur les participants. La BCL considère qu'elle seule est à même de connaître le risque systémique c'est pour cela que la BCL est mieux placée pour donner son avis le cas échéant.

Il est noté que le retrait de l'agrément par la CSSF se présente comme une mesure ultime et que cette mesure opère sans préjudice des mécanismes d'exclusion de participants prévus par les systèmes.

Le retrait de l'agrément devrait être prévu lorsque l'établissement de monnaie électronique menace la stabilité du système de paiement auquel il participe en poursuivant son activité d'émission de monnaie électronique ou en poursuivant son activité de services de paiement également. En effet, la présente disposition est issue de la transposition de la directive 2009/110/CE qui renvoie pour la question du retrait de l'agrément à l'article 12 de la directive 2007/64/CE et précise dans ses considérants que toute référence dans la directive 2007/64/CE à des „services de paiement“ doit se comprendre comme une référence à l'activité de services de paiement et d'émission de monnaie électronique. Par conséquent, la présente disposition doit s'aligner sur cette même terminologie.

1.5. Article 1.5: Les autorités compétentes (article 31, paragraphes (1) et (4))

L'article 1er, point 6), du projet de loi, proposant l'insertion d'un nouveau chapitre 3 au titre II, prévoit dans la section 2, sous-section 1, article 31, paragraphe (1) que „[l]e Ministre ayant dans ses attributions la Commission est l'autorité compétente pour l'octroi de l'agrément aux établissements

¹⁰ L'Avis de la BCE du 26 avril 2006 (BCE/2006/21) sur la proposition de la Directive concernant les services de paiement dans le marché intérieur est rédigé en ce sens (point 4.8.): „(...) il est suggéré, dans le cas où l'autorité compétente est une entité autre que la banque centrale et où cette dernière est également chargée de la surveillance du système de paiement, de la compléter par d'autres dispositions prévoyant que: i) préalablement à l'octroi ou à la suspension/au retrait d'un agrément, l'autorité compétente doit consulter la banque centrale concernée.“

¹¹ Voir en ce sens l'Article 3.3 du règlement 2010/6

de paiement et aux établissements de monnaie électronique. La Commission est l'autorité compétente pour la surveillance des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique.

[...]

(4) Aux fins de l'application de la présente loi, la Commission est investie de tous les pouvoirs de surveillance et d'enquête nécessaires à l'exécution de ses fonctions.

[...]“

L'article ci-dessus ne prend pas en considération les compétences de la BCL en la matière, telles qu'elles sont consacrées par la loi organique de la BCL. Il est proposé de le compléter en ajoutant une référence expresse à la compétence de la BCL en matière de surveillance des systèmes de paiement et des instruments de paiement, de la surveillance de la liquidité et en matière statistique¹². Par ailleurs, il y a lieu de préciser que les mesures prises par la CSSF le sont sans préjudice des pouvoirs de la BCL dans ces mêmes domaines.

Dans le texte actuel du projet de loi, la coopération de la CSSF avec les banques centrales aux fins de l'accomplissement de leurs missions respectives figure certes dans le nouvel article 33, paragraphe (1), du chapitre 2. Cependant, cette disposition revêt un caractère fortement général et, de plus, le projet de loi semble réserver une compétence limitative pour la BCL¹³.

1.6. Article 1.5: La coopération et l'échange d'informations de la Commission (art. 33, paragraphes (1) et (2), point b))

L'article 1, point 6) du projet de loi prévoit d'insérer dans un nouvel article 33, paragraphe (1), suivant lequel „[l]a Commission coopère avec les autorités publiques des autres Etats membres chargées de l'agrément et de la surveillance des établissements de paiement ou des établissements de monnaie électronique et, le cas échéant, avec la Banque centrale européenne, la Banque centrale du Luxembourg et les banques centrales nationales des autres Etats membres, agissant en qualité d'autorités monétaires et de surveillance („oversight“) des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives.

(2) La Commission peut échanger des informations avec:

[...]

b) la Banque centrale européenne, la Banque centrale du Luxembourg, les banques centrales nationales des autres Etats membres et de pays tiers, agissant en qualité d'autorités monétaires et de surveillance („oversight“) des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres et, le cas échéant, avec d'autres autorités publiques chargées de la surveillance („oversight“) des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres,

[...]“

La BCL propose de modifier le paragraphe (1) afin qu'il soit effectivement précisé que la CSSF coopère avec les autorités publiques des autres Etats membres chargées de la surveillance prudentielle des établissements de paiement ou des établissements de monnaie électronique. Cependant, lorsqu'il s'agit de s'adresser à la BCE et aux autres banques centrales en qualité d'autorités monétaires et de surveillance des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres, la CSSF doit s'adresser uniquement à la BCL et coopérer avec celle-ci, qui agit comme le correspondant à l'égard de la BCE et des banques centrales au vu de sa participation à l'Eurosystème, au Système européen de banques centrales, au Comité européen du risque systémique et de l'existence, enfin, de

¹² Cette compétence existe sans préjudice de la collecte de statistiques par la BCE (voir le point 4 de l'Avis BCE du 5 décembre 2008 (CON/2008/84))

¹³ Dans la teneur actuelle du projet, la CSSF informe la BCL uniquement en cas de défaillance d'établissements de monnaie électronique lorsque ces derniers gèrent des systèmes de paiement.

son réseau de contacts internationaux¹⁴. La proposition de la BCL va dans le sens de l'avis de la BCE du 26 avril 2006 sur la directive régissant les services de paiement¹⁵.

Cette même remarque vaut pour le paragraphe (2), point b), lequel prévoit que la CSSF peut s'adresser directement à la BCE et aux autres banques centrales agissant en qualité d'autorités monétaires et de surveillance des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

En outre, la BCL propose aussi de supprimer toute référence au terme „oversight“ dans l'ensemble de l'article dans la mesure où, depuis la loi de 2009 relative aux services de paiement, le terme „surveillance“ est le seul terme employé dans la loi.

1.7. *Article 1.5: La procédure de gestion contrôlée et la procédure de faillite (articles 40(8), 41(2), 43, et 44(2))*

L'article 1er, point 6), du projet de loi, insérant un nouvel article 40, paragraphe (8), prévoit que „[l]e greffe informe immédiatement la Commission de la teneur du jugement. Il notifie le jugement à la Commission et à l'établissement de paiement ou à l'établissement de monnaie électronique par lettre recommandée.

Lorsque l'établissement de paiement ou l'établissement de monnaie électronique gère un système de paiement en application de l'article 10, paragraphe (1), point b) ou de l'article 24-6, paragraphe (1), point d), la Commission communique sans délai à la Banque centrale du Luxembourg les informations qu'elle a reçues du greffe du Tribunal en vertu de l'alinéa précédent.“.

Dans la mesure où la BCL a une compétence pour la surveillance des schémas de monnaie électronique, il est préconisé d'informer la BCL de toutes circonstances affectant la vie de ces établissements de monnaie électronique. Une telle information est particulièrement utile, lorsque la situation financière de ces établissements se détériore ou un quelconque problème survient pouvant avoir un effet sur la sécurité de l'instrument de paiement mis à disposition par l'établissement de monnaie électronique en question.

Il est suggéré de prévoir une information par le greffe du tribunal directement. En outre, il n'y a pas lieu de restreindre cette information au seul cas où les établissements en question gèrent des systèmes de paiement.

L'information directe de la BCL par le greffe sur la teneur du jugement de gestion contrôlée ou de liquidation, est déjà prévue aux articles 60-2(9) et 61(6) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier¹⁶.

Des changements similaires sont proposés aux autres articles du projet de loi ayant trait à la gestion contrôlée et la faillite.

1.8. *Article 1.7: L'émission et le remboursement de la monnaie électronique*

L'article 1, point 7) du projet de loi prévoit dans un nouvel article 48-2, paragraphe (2), que „[l]es émetteurs de monnaie électronique sont tenus de rembourser, à la demande du détenteur de monnaie électronique, à tout moment et à la valeur nominale, la valeur monétaire de la monnaie électronique détenue“.

¹⁴ Un commentaire similaire a été formulé par la BCL à l'occasion de la loi transposant la directive services de paiement à Luxembourg (voir avis BCL du 11 septembre 2009, point 4.2., pp. 9 et 10).

¹⁵ Voir l'Avis BCE du 26 avril 2006 (BCE/2006/21): „L'article 19 de la directive proposée prévoit que les Etats membres autorisent les échanges d'informations entre leurs autorités compétentes, les banques centrales, le SEBC et la BCE. Si cette disposition est en principe bienvenue, il est suggéré, dans le cas où l'autorité compétente est une entité autre que la banque centrale et où cette dernière est également chargée de la surveillance du système de paiement, de la compléter par d'autres dispositions prévoyant que: i) préalablement à l'octroi ou à la suspension/au retrait d'un agrément, l'autorité compétente doit consulter la banque centrale concernée, et ii) les autorités compétentes sont tenues d'échanger des informations avec la banque centrale concernée. Il serait bénéfique de prévoir de telles dispositions, étant donné la compétence d'ensemble des banques centrales en matière de paiements“ (point 4.8).

¹⁶ Articles 60-2(9) et 61(6) de la loi du 5.4.1993. Ces deux dispositions (identiques) régissent l'assainissement et la liquidation de certains professionnels du secteur financier: „Le greffe informe immédiatement la Commission et la Banque centrale du Luxembourg de la teneur du jugement. Il notifie le jugement à la Commission, à la Banque centrale du Luxembourg et à l'établissement par lettre recommandée“.

Il est proposé d'adapter le nouvel article 48-2, paragraphe (2), tenant compte de l'avis de la BCE du 5 décembre 2008¹⁷. L'amendement proposé est en ligne, par ailleurs, avec le texte figurant dans la loi originaire du 14 mai 2002 sur les établissements de monnaie électronique¹⁸.

1.9. Article 1.13: Agrément de l'opérateur du système au Luxembourg

L'article 1er, point 13), sous a), du projet de loi prévoit l'ajout de deux nouveaux alinéas au paragraphe (1) de l'actuel article 111 de la loi de 2009 relative au service de paiements dont la teneur du premier alinéa est la suivante:

„Dans le cas de systèmes interopérables, l'opérateur du système agréé [texte souligné par nous] au Luxembourg se concerte avec les opérateurs des autres systèmes concernés en vue de convenir, dans la mesure du possible, de règles communes relatives au moment de l'introduction d'un ordre de transfert dans les systèmes interopérables et au moment de l'irrévocabilité des ordres de transfert [...]“.

Dans la mesure où le projet de loi contient les termes „opérateur du système agréé“, il est signalé que, depuis la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, un agrément formel des opérateurs de systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres n'est plus prévu par la loi¹⁹.

En effet, l'article 109, paragraphe (1), de la loi de 2009 relative aux services de paiement dispose:

„Peut être désigné par la Banque centrale du Luxembourg en tant que système de paiement ou système de règlement des opérations sur titres un accord formel:

- convenu entre trois participants ou davantage, auxquels peuvent s'ajouter un organe de règlement, une contrepartie centrale, une chambre de compensation ou un participant indirect, et comportant des règles communes ainsi que des procédures normalisées pour l'exécution des ordres de transfert entre participants,*
- que les participants ont choisi de soumettre au droit luxembourgeois,*
- qui compte parmi ses participants au moins une personne morale qui a son siège social au Luxembourg,*
- qui dispose, de l'avis de la Banque centrale du Luxembourg, de règles de fonctionnement adéquates, et*
- qui désigne un opérateur du système [texte souligné par nous] qui a son siège social au Luxembourg ou dans un autre Etat membre. [...]“*

L'opérateur du système est ainsi approuvé de manière implicite, en même temps que le système de paiement ou de règlement des opérations sur titres, lors de la désignation du système par la BCL conformément à l'article 109 précité et sans qu'il ne soit nécessaire de l'agréer de manière spécifique.

En outre, il n'y a pas de disposition équivalente dans la directive 2009/44/CE modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, en ce qui concerne les systèmes liés²⁰.

*

17 Voir l'Avis de la BCE du 5 décembre 2008 (CON/2008/84), point 2.6, in fine: „La BCE suggère de modifier en conséquence l'article 5, paragraphe 1, de la directive proposée, pour garantir que le détenteur de monnaie électronique soit libre de choisir le mode de remboursement qu'il préfère“.

18 L'article 12-12(1) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, introduit par la loi du 5 décembre 2002 et abrogé par la loi du 10 novembre 2009, disposait: „Pendant la période de validité du support de la monnaie électronique et endéans les 10 ans après la fin de cette période de validité, le porteur de monnaie électronique peut exiger de l'émetteur qu'il le rembourse à la valeur nominale en pièces et en billets de banque ou par virement à un compte“.

19 L'agrément de l'opérateur comme professionnel du secteur financier était prévu par la loi du 12 janvier 2001.

20 Voir l'article 1er, paragraphe 6, sous b), de la directive 2009/44/CE: „Dans le cas de systèmes interopérables, chaque système détermine dans ses propres règles le moment de l'introduction dans son système afin de garantir à cet égard, dans la mesure du possible, une coordination entre les règles de tous les systèmes interopérables concernés. Sauf disposition contraire expresse des règles de l'ensemble des systèmes parties aux systèmes interopérables, les règles relatives au moment de l'introduction propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.“ et Article 1, 8) Directive 2009/44/CE: „Dans le cas de systèmes interopérables, chaque système détermine dans ses propres règles le moment de l'irrévocabilité dans son système afin de garantir à cet égard, dans la mesure du possible, une coordination entre les règles de tous les systèmes interopérables concernés. Sauf disposition contraire expresse des règles de l'ensemble des systèmes parties aux systèmes interopérables, les règles relatives au moment de l'irrévocabilité propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.“

III. ANNEXE: AMENDEMENTS PROPOSES

1.1. Article 1er de la loi de 2009 relative aux services de paiement

Insérer après le point 2):

„2bis) „Banque centrale“: la Banque centrale du Luxembourg.“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.1 de l’avis.

Prévoir également l’adaptation des autres articles du projet de loi en conséquence (24-3(1), 33(1) et (2), 40(8), 41(2), 43(3), 44(2), 1.11(d))

1.2. Article 2, paragraphes (2) et (2bis) de la loi de 2009 relative aux services de paiement

„(2) Le titre II, à l’exception du chapitre 4, s’applique aux prestataires de services de paiement dont les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique, établis au Luxembourg.

(2bis) L’article 24-10 du chapitre 2 et le chapitre 4 du titre II s’appliquent aux émetteurs de monnaie électronique établis au Luxembourg.“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.2 de l’avis.

1.3. Article 24-3, paragraphe (1), 4ème alinéa, de la loi de 2009 relative aux services de paiement

„(1) [...]

Avant d’accorder l’agrément, le Ministre ayant dans ses attributions la Commission ~~peut~~ consulter, le cas échéant, la Banque centrale du Luxembourg ou d’autres autorités publiques appropriées. Lorsque le demandeur entend gérer des systèmes de paiement au sens de l’article 24-6 (d), le Ministre doit obtenir de la Banque centrale un avis favorable préalable.“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.3 de l’avis.

1.4. Article 24-14, paragraphe (1), sous d), de la loi de 2009 relative aux services de paiement

*„(1) L’agrément est retiré lorsque l’établissement de monnaie électronique:
[...]*

d) représenterait, de l’avis de la Banque centrale, une menace pour la stabilité du système de paiement auquel il participe en poursuivant son activité d’émission de monnaie électronique ou son activité de services de paiement;

[...]“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.4 de l’avis.

1.5. Article 31, paragraphes (1) et (4), de la loi de 2009 relative aux services de paiement

„(1) Le Ministre ayant dans ses attributions la Commission est l’autorité compétente pour l’octroi de l’agrément aux établissements de paiement et aux établissements de monnaie électronique. La Commission est l’autorité compétente pour la surveillance des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, sans préjudice des compétences de la Banque centrale, en particulier de sa mission de surveillance de la liquidité, de sa compétence en matière statistique et de ses compétences en matière de surveillance de systèmes de paiement ainsi que des instruments de paiement.

[...]

(4) ~~Aux fins de l'application de la présente loi~~ **Sans préjudice des pouvoirs de la Banque centrale**, la Commission est investie de tous les pouvoirs de surveillance et d'enquête nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

[...]“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.5 de l'avis.

1.6. Article 33, paragraphe (1) et paragraphe (2), sous b), de la loi de 2009 relative aux services de paiement

„(1) La Commission coopère avec les autorités publiques des autres Etats membres chargées de l'agrément et de la surveillance des établissements de paiement ou des établissements de monnaie électronique et, avec la Banque centrale, agissant en qualité d'autorités monétaires et de surveillance des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres **et des instruments de paiement**, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives. **La Banque centrale assure la coopération avec la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales.**

(2) La Commission peut échanger des informations avec:

a) [...]

b) ~~la Banque centrale européenne, la Banque centrale du Luxembourg, les banques centrales nationales des autres Etats membres et de pays tiers, agissant en qualité d'autorités monétaires et de surveillance („oversight“)~~ des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres **et des instruments de paiement. et, le cas échéant, avec d'autres autorités publiques chargées de la surveillance („oversight“)** des systèmes de paiement ou des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres, **La Banque centrale assure la transmission des informations à la Banque centrale européenne, aux banques centrales nationales et, le cas échéant, à d'autres autorités publiques chargées de la surveillance des systèmes de paiement ou des systèmes de règlement des opérations sur titres.** [...]“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.6 de l'avis.

1.7. Article 40, paragraphe (8), de la loi de 2009 relative aux services de paiement, Article 41, paragraphe (2), 2ème et 3ème alinéas, Article 43, paragraphe (3), Article 44, paragraphe (2), 2ème alinéa

„Le greffe informe immédiatement la Commission **et la Banque centrale** de la teneur du jugement. Il notifie le jugement à la Commission et à l'établissement de paiement ou à l'établissement de monnaie électronique par lettre recommandée. (...)“.

Justification – Voir paragraphe II.2.1.7 de l'avis.

1.8. Article 48-2, paragraphe (2), de la loi de 2009 relative aux services de paiement

„Les émetteurs de monnaie électronique sont tenus de rembourser, à la demande du détenteur de monnaie électronique, à tout moment et à la valeur nominale, **en pièces et en billets de banque ou par virement sur un compte**, la valeur monétaire de la monnaie électronique détenue.“

Justification – Voir paragraphe II.2.1.8 de l'avis.

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPEENNE

(5.11.2010)

OPINION OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK

of 5 November 2010

on amendments to the legislation on financial collateral arrangements as regards credit claims (CON/2010/78)**Introduction and legal basis**

On 23 September 2010 the European Central Bank (ECB) received a request from the Luxembourg Ministry of Finance for an opinion on a draft law transposing Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and EC/2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC¹ and Directive 2009/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 amending Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems and Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements as regards linked systems and credit claims² (hereinafter referred to as „the draft law“) which amends (a) the Law of 10 November 2009 relating to payment services, the business of electronic money and settlement finality in payment and securities settlement systems, (b) the Law of 5 August 2005 on financial collateral arrangements, (c) the Law of 12 November 2004 relating to the fight against money laundering and financing of terrorism, (d) the Law of 5 April 1993 relating to the financial sector and (e) the Law of 23 December 1998 establishing a commission for the supervision of the financial sector.

The ECB's competence to deliver an opinion is based on Articles 127(4) and 282(5) of the Treaty on the Functioning of the European Union and the second, fifth and sixth indents of Article 2(1) of Council Decision 98/415/EC of 29 June 1998 on the consultation of the European Central Bank by national authorities regarding draft legislative provisions³, as the draft law contains provisions on means of payment, payment and settlement systems as well as rules applicable to financial institutions insofar as they materially influence the stability of financial institutions and markets. The scope of the draft law goes beyond the transposition of Union directives into national law, so the exception contained in Article 1(2) of Decision 98/415/EC does not apply. In accordance with the first sentence of Article 17.5 of the Rules of Procedure of the European Central Bank, the Governing Council has adopted this opinion.

1. Purpose of the draft law

In addition to transposing Directives 2009/110/EC and 2009/44/EC, the draft law amends as follows Article 5(2)(a) of the Law of 5 August 2005 relating to financial collateral arrangements: „Financial instruments that may be transferred by entering into an account may be validly dispossessed:

- (i) by entering into the pledge contract if the depositor of these financial instruments is the pledge creditor;
- (ii) by an agreement between the pledgor, the pledge creditor and the depositor or by an agreement between the pledgor and the pledge creditor notified to the depositor according to which the depositor will act in accordance with instructions from the pledge creditor concerning these financial instruments and without any other agreement by the pledgor;
- (iii) by entering these financial instruments into an account of the pledge creditor;
- (iv) by entering these financial instruments, without indicating the number, onto an account opened for a depositor in the name of the pledgor or a person to be agreed acting as a third party holder, the financial instruments having been designated in the depositor's accounts individually or collectively by reference to the relevant account in which they have been entered as pledged.“⁴.

1 OJ L 267, 10.10.2009, p. 7.

2 OJ L 146, 10.6.2009, p. 37.

3 OJ L 189, 3.7.1998, p. 42.

4 Article 2(2)(a).

Article 2(2)(a) *in fine* of the draft law provides that the „dispossession [mechanisms] as provided under points (ii), (iii) and (iv) shall be considered as a waiver by the depositor of their pledge’s ranking over the same financial instruments unless agreed otherwise or merely notified to the depositor in accordance with point (ii).“.

2. The financial collateral arrangements as regards credit claims

2.1 The draft law amends and simplifies the regime for the creation of collateral arrangements as regards credit claims. Under Article 5(3) of the Law of 5 August 2005 on financial collateral arrangements, the creation of a pledge over a credit claim is only valid and effective against third parties upon notification or acceptance by the debtor of the pledged credit claim. Under the draft law, a financial collateral arrangement regarding credit claims is to be valid and enforceable vis-à-vis all third parties, provided that (a) a pledge agreement has been entered into between the collateral taker and the collateral giver⁵ and (b) the said claims have been included in a list of claims submitted in writing to the collateral taker or by any other legally equivalent manner⁶. The debtor of the pledged credit claims may also waive the right of set-off as well as of any other exceptions in relation to the creditor of the claim provided as collateral and in relation to persons to whom the creditor has granted an assignment, pledge or any other mobilisation of the claim. Such waiver will be valid between the parties and against third parties⁷.

2.2 In order to avoid the abovementioned notification or acceptance conditions provided under Article 5(3) of the Law of 5 August 2005 on financial collateral arrangements, the Law of 13 July 2007 had introduced, in Article 22(1) of the Organic Statute of the Banque centrale du Luxembourg (BCL), a regime for the creation and enforceability of financial collateral arrangements as regards claims in favour of the BCL, either acting on its own behalf or on behalf of the ECB or other central banks forming an integral part of the European System of Central Banks, within the context of the credit operations of monetary policy. Under that regime, which was subject to a previous ECB opinion⁸, pledges of claims were enforceable vis-à-vis third parties as soon as they were entered in a BCL register and made accessible to third parties for this purpose.

2.3 The draft law would significantly simplify the rules on the creation, enforcement and enforceability of financial collateral arrangements as regards credit claims and would strengthen the overall legal soundness of the relevant mechanism, especially by allowing the debtor to waive its right of set-off and any other exceptions. However, the ECB recommends that the Luxembourg legislator address the interaction between the proposed new regime and the regime governing the pledging of claims in favour of the BCL. The ECB understands that, in the absence of any specific provisions to the contrary, the two regimes would simply co-exist. In the interests of transparency and legal certainty, the draft law should instead extend the possible contractual waiver by the debtor of the pledged claim of its right of set-off or any other exception also to any pledge of claims registered on the BCL register.

3. Waiver by the depositor of the ranking of its pledge over the underlying financial instruments subject to financial collateral arrangements in favour of third parties

3.1 The draft law also simplifies the possible conflict of rank between, on the one hand, a depositor⁹ and, on the other hand, the pledge creditor in respect of financial instruments that have either been entered into an account of the pledge creditor, or an account opened with a depositor in the name of the pledgor, or that are governed by an agreement between the pledgor, the depositor and the pledge creditor. In these cases the depositor would act in accordance with the pledge creditor’s instructions

5 Article 2(2)(c).

6 Article 2(1)(a).

7 Article 2(1)(c).

8 ECB Opinion CON/2006/56. All ECB opinions are available on the ECB’s website at www.europa.eu.

9 The concept of depositor, under the draft law, is to be understood, in the light of Article 2 of the Law of 1 August 2001 on the circulation of securities and other fungible instruments as encompassing the credit institutions, to be investment firms, professional depositories of securities as well as national and international public bodies established in Luxembourg and acting in the financial sector.

in respect of such instruments. Unless agreed otherwise, if the depositor registers the underlying financial instruments on a separate account or accepts or notifies the agreement entered into between the pledgor and the pledge creditor as regards the management of the account in accordance with the pledge creditor's instructions, this implies the waiver by the depositor of its pledge's ranking over such financial instruments. In this case, the Luxembourg legislator would simplify the rules enabling the creation of higher ranking pledges over such financial instruments¹⁰, as the depositor's consent would now no longer be required in this respect.

3.2 Under Article 18 of the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank, credit operations conducted by the national central banks (NCBs) must be based on adequate collateral. Moreover, pursuant to Standard 1 of the „Standards for the use of EU Securities Settlement Systems in ESCB Credit Operations“ the NCBs' rights in respect of securities held in their accounts in securities settlement systems must be adequately protected¹¹. In this context, the financial instruments serving as collateral for monetary policy purposes are transferred by the BCL's counterparties either to the account opened in the name of the BCL with the domestic central securities depository (CSD) or, as regards new collateral management products offered by the BCL to counterparties, to the account opened in the counterparties' names with such CSD. The ECB understands that, without prejudice to the earmarking operations that take place on the BCL's books in the first scenario, such transfer will give effect to the dispossession mechanism described in Article 2(2)(a)(iii) of the draft law and will imply the waiver, by the CSD as depositor, of its pledge's ranking over such financial instruments. The ECB therefore considers that the BCL's rights as first-rank collateral taker will be reinforced by the introduction of such provision into Luxembourg law.

This opinion will be published on the ECB's website.

DONE at Frankfurt am Main, 5 November 2010.

The President of the ECB,
Jean-Claude TRICHET

¹⁰ See Article 2(3)(b).

¹¹ See in this sense paragraph 8 of ECB Opinion CON/2005/12 and paragraph 1 of ECB Opinion CON/2006/40.

