

N° 5153²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant transposition dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier de la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(14.11.2003)

Par sa lettre du 27 mai 2003, Monsieur le Ministre du Trésor et du Budget a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet de loi sous rubrique.

L'objet du présent projet de loi est de transposer dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit. Cette directive vise à compléter le dispositif communautaire en matière de procédures d'assainissement et de liquidation, les établissements de crédit, de même que les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurances ayant été exclus du champ d'application du règlement communautaire No 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

L'objet principal de la directive 2001/24/CE est d'assurer la reconnaissance mutuelle des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation adoptées par les Etats membres et à renforcer la coordination entre les autorités compétentes dans ces matières. En l'absence d'harmonisation des procédures de liquidation, la directive entend unifier les règles de compétence juridictionnelle.

Ainsi la directive pose-t-elle le principe de la compétence des autorités du siège de l'établissement et de l'application des mesures de l'Etat membre d'origine – c'est-à-dire l'Etat dans lequel l'établissement a été agréé. Les mesures adoptées par cet Etat produisent tous leurs effets dans l'ensemble du territoire communautaire, conformément aux principes d'universalité et d'unicité de la faillite. Ainsi, et contrairement à ce qui est prévu dans le règlement No 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, l'ouverture de procédures de liquidation secondaires dans les Etats membres d'accueil est-elle interdite.

De façon générale, la Chambre de Commerce peut se déclarer d'accord avec le projet de loi sous rubrique. Elle aimerait néanmoins inciter les auteurs du projet de loi à reconsidérer la question du champ d'application du projet de loi et à le mettre au diapason avec les dispositions de la directive afin d'éviter des problèmes de conflits de lois. A cet égard, elle suggère de retirer les entreprises d'investissement détenant des fonds ou instruments financiers de tiers du champ d'application *ratione personae* du projet de loi. En effet, l'extension unilatérale d'une procédure collective ouverte au Luxembourg à une succursale étrangère d'une entreprise d'investissement luxembourgeoise restera de toute façon soumise à l'acceptation de ces effets extraterritoriaux par l'autre Etat membre. En outre, dans le cas de figure inverse, à savoir celui d'une procédure collective ouverte à l'étranger à l'égard d'une entreprise d'investissement ayant une succursale au Luxembourg, la renonciation par les autorités luxembourgeoises à leur compétence risque de créer un vide juridique, notamment en ce qui concerne les procédures de liquidation, et ceci au cas où l'autre Etat membre applique le principe de la territorialité et non pas le principe de l'universalité. Par ailleurs, la Chambre de Commerce s'interroge sur l'opportunité d'une reconnaissance de l'effet universel des procédures entamées dans un pays tiers, cette hypothèse n'étant pas couverte par la directive.

*

1. UN CHAMP D'APPLICATION PLUS LARGE QUE CELUI DE LA DIRECTIVE

1.1. L'extension du champ d'application aux entreprises d'investissement

Le champ d'application du texte proposé est plus large que celui de la directive 2001/24/CE, puisque sont incluses les entreprises d'investissement dès lors qu'elles détiennent des fonds ou instruments financiers de tiers, alors que celles-ci sont exclues à la fois du champ d'application de la directive et de celui du règlement No 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Une telle extension correspond au champ d'application de la législation actuelle, puisque la partie IV de la loi sur le secteur financier englobe à la fois les établissements de crédit et les entreprises qui gèrent des fonds de tiers. Le législateur luxembourgeois tend ainsi à combler le vide laissé par le législateur européen qui a laissé en dehors de tout cadre juridique l'assainissement et la liquidation des entreprises d'investissement.

Cette extension unilatérale du champ d'application de la directive risque d'avoir un impact assez limité. En effet, il est évident qu'une procédure ouverte au Luxembourg concernant une entreprise d'investissement ne pourra produire des effets dans un autre Etat que si celui-ci accepte les effets extra-territoriaux de cette procédure sur son territoire. Rien n'empêche en principe un autre Etat d'ouvrir des procédures de liquidation secondaires.

1.2. Unicité et universalité de la faillite

Alors que le champ d'application de la directive est limité au territoire communautaire, le texte du projet de loi étend le régime des mesures d'assainissement et de liquidation aux succursales implantées dans des pays tiers, conformément aux principes d'unicité et d'universalité de la faillite applicables en droit luxembourgeois.

1.3. Reconnaissance de l'effet universel des procédures entamées dans un autre Etat membre

Conformément à la directive 2001/24/CE, le projet de loi vise à reconnaître l'effet des mesures d'assainissement et de liquidation d'un établissement de crédit prises par les autorités compétentes d'un autre Etat membre (articles 60-5 et 61-6).

Les dispositions envisagées conduisent également à reconnaître les effets d'une procédure entamée dans un autre Etat membre en ce qui concerne les entreprises d'investissement. En cela, elles dépassent les dispositions de la directive.

Cette extension des règles de la directive conduit en outre à ce que les autorités luxembourgeoises renoncent à leur compétence pour ce qui concerne les mesures d'assainissement ou de liquidation des entreprises d'investissement dont l'Etat membre d'origine est un des pays communautaires. Il n'est pas exclu qu'une telle situation puisse engendrer des conflits de loi, notamment au cas où l'Etat dans lequel une procédure est ouverte à l'égard d'une entreprise d'investissement applique non pas le principe d'universalité mais celui de la territorialité de la faillite, ce qui aurait pour effet que les actifs situés dans une succursale au Luxembourg ne seraient pas touchés par la procédure de cet Etat. Dans une telle hypothèse, le recours à l'article 60-5(4) permettra à la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) de décider la mise en oeuvre au Luxembourg d'une mesure d'assainissement à l'égard de la succursale. En matière de liquidation en revanche, aucune disposition ne permet l'ouverture d'une procédure à l'égard d'une succursale d'une entreprise d'investissement.

1.4. Reconnaissance de l'effet universel des procédures entamées dans un pays tiers

Le texte du projet de loi va au-delà du système prévu par la directive et vise à éviter la mise en oeuvre de procédures concurrentes lorsque des procédures sont entamées dans un pays tiers au cas où une succursale de l'établissement de droit étranger existe au Luxembourg. Si la loi de l'Etat concerné le prévoit ainsi, les mesures adoptées produisent tous leurs effets au Luxembourg (articles 60-6 et 61-7).

Il reste néanmoins possible au tribunal luxembourgeois de prononcer, à la demande de la CSSF, le sursis de paiement, la dissolution et la liquidation à l'égard d'une succursale luxembourgeoise d'un

établissement d'origine non communautaire, si la CSSF l'estime nécessaire pour préserver les intérêts des créanciers de la succursale luxembourgeoise.

*

2. LE TRIBUNAL COMPETENT

A l'article 60 nouveau de la loi du 5 avril 1993, il conviendrait de définir le terme „Tribunal“ ainsi: „*Le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale du lieu où l'établissement a son siège*“, afin de prendre en compte le fait que peut être compétent soit le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, soit le Tribunal d'Arrondissement de Diekirch. La Chambre de Commerce ne voit pas de raison de réserver la compétence en matière d'assainissement et de liquidation d'établissement de crédit et d'entreprises d'investissement au seul tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

*

3. LES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

Les articles 61-9 et suivants reprennent les règles de conflit de lois posées par la directive 2001/24/CE. Les effets des mesures d'assainissement ou des procédures de liquidation étant déterminés par la loi de l'Etat membre d'origine de l'établissement, ces effets peuvent néanmoins entrer en conflit avec les règles normalement applicables aux succursales de l'établissement dans les autres Etats membres. Ainsi, dans un certain nombre d'hypothèses (notamment celle de l'intérêt des travailleurs ou de l'intérêt des parties à un contrat portant sur un bien immobilier), est-il dérogé à l'application de la loi de la procédure au profit de la loi applicable au contrat de travail, respectivement de la loi du lieu de situation du bien immeuble.

L'article 61-10 précise que l'ouverture d'une procédure d'assainissement ou de liquidation n'affecte pas les droits réels des tiers sur les biens appartenant à l'établissement et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, à l'étranger. Ici, comme précédemment, le droit luxembourgeois ne fait aucune différence selon que ces biens se trouvent sur le territoire communautaire ou en dehors de celui-ci. Une extension du régime institué par la directive est ainsi réalisée.

Les conventions de compensation et de novation, ainsi que de mise en pension restent soumises à la loi applicable à ces conventions (articles 61-14 et 61-15). En revanche, la compensation légale est régie par l'article 61-12 qui retient le principe de la compétence de la *lex concursus* pour déterminer les conditions dans lesquelles une compensation peut être opposée aux créanciers.

Les transactions effectuées dans le cadre d'un marché réglementé sont régies par la loi applicable au contrat régissant ces transactions (article 61-16).

Enfin, les règles posées par la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titre, selon lesquelles une procédure d'insolvabilité ne doit avoir aucun effet sur l'opposabilité des ordres valablement introduits dans un système, ni sur les garanties données à un système, ne sont pas affectées par la nouvelle directive. Ainsi les règles définies par le projet de loi à l'article 61-13 (*lex rei sitae*) sont-elles conformes au régime introduit par la loi du 12 janvier 2001 aux articles 61-1 et suivants de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Pour finir, ce projet de loi, ensemble avec le règlement communautaire No 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité – directement applicable – et le projet de loi No 5108 relatif à l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances transposant la directive 2001/17/CE, permettra de mettre en place au Luxembourg un dispositif complet relatif aux procédures d'assainissement et de liquidation. Le projet de loi No 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées, déposé le 20 mai 2003, ainsi qu'un projet de réforme de la gestion contrôlée compléteront utilement le dispositif législatif luxembourgeois en matière de droit de la faillite. La Chambre de Commerce prendra position quant au projet de loi No 5157 dans un avis circonstancié. Elle peut d'ores et déjà annoncer que certaines dispositions de ce projet de loi ne rencontrent pas son approbation.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis sous réserve de la prise en compte des remarques formulées dans le présent avis.