

N° 4611

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

portant transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et complétant la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier

* * *

(Dépôt: le 16.12.1999)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (6.12.1999).....	1
2) Texte du projet de loi.....	2
3) Exposé des motifs.....	8
4) Commentaire des articles.....	11

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre du Trésor et du Budget et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre du Trésor et du Budget déposera en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi portant transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et complétant la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

Palais de Luxembourg, le 6 décembre 1999

Le Ministre du Trésor et du Budget,
Luc FRIEDEN

Pour le Grand-Duc:
Son Lieutenant-Représentant
HENRI
Grand-Duc héritier

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Article I.– *Transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier*

La loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier est modifiée sur les points suivants:

(A) Il est inséré un nouvel article 28-2 à la teneur suivante:

„Art. 28-2.– *Les opérateurs de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres*

(1) Est opérateur d'un système de paiement ou d'un système de règlement des opérations sur titres agréé au Luxembourg la personne qui est en charge, seule ou avec d'autres, du bon fonctionnement du système et qui est l'interlocuteur désigné de la Commission. Il peut s'agir d'un participant au système.

(2) L'agrément en tant qu'opérateur du système ne peut être accordé qu'à des personnes morales ayant la forme d'un établissement de droit public, d'une société commerciale, d'une société civile ou d'un groupement d'intérêt économique.“

(B) Le numéro et l'intitulé de l'article 34bis sont modifiés comme suit:

„Art. 34-1.– *L'établissement de succursales ou la prestation de services dans un Etat partie à l'Accord sur l'EEE autre qu'un Etat membre de la CE*

(C) Il est inséré à la partie I un nouveau chapitre 5 intitulé: „L'agrément des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres“ à la teneur suivante:

„Chapitre 5: *L'agrément des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres*

Art. 34-2.– *Définitions*

Aux fins du présent chapitre et des articles 37-1, 41, 42, 47-1, 52 et 61-2 à 61-4,

a) „système“ signifie un accord formel régi:

- par le droit luxembourgeois, agréé par la Commission en tant que système de paiement ou système de règlement des opérations sur titres et notifié par elle en tant que système à la Commission européenne, ou
- par le droit d'un autre Etat membre, désigné en tant que système et notifié à la Commission européenne par un Etat membre;

b) „institution“ signifie

- un établissement de crédit agréé dans un Etat membre, y compris les établissements énumérés à l'article 2, paragraphe 2 de la directive 77/780/CEE, ou
- une entreprise d'investissement agréée dans un Etat membre, à l'exclusion des établissements énumérés à l'article 2, paragraphe 2, lettres a) à k) de la directive 93/22/CEE, ou
- un organisme à caractère public, ou une entreprise contrôlée opérant sous garantie de l'Etat, ou
- toute entreprise ayant son siège social hors du territoire de la Communauté européenne et dont les fonctions correspondent à celles des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement communautaires visés aux tirets précédents,

qui participe à un système et qui est chargé d'exécuter les obligations résultant d'ordres de transfert émis au sein de ce système.

Les entreprises

- qui participent à un système qui est surveillé conformément à la législation d'un Etat membre et qui n'exécutent que des ordres de transfert tels que définis à la lettre j), second tiret, ainsi que les paiements résultant de ces ordres, et
- qui sont chargées d'exécuter les obligations financières résultant d'ordres de transfert émis au sein d'un tel système,

sont considérées comme des institutions à condition qu'au moins trois participants de ce système entrent dans les catégories visées au premier alinéa;

- c) „contrepartie centrale“ signifie une entité qui est l’intermédiaire entre les institutions d’un système et qui agit comme contrepartie exclusive de ces institutions en ce qui concerne leurs ordres de transfert;
- d) „organe de règlement“ signifie une entité qui met à la disposition d’institutions ou d’une contrepartie centrale participant aux systèmes des comptes de règlement par lesquels les ordres de transfert dans ces systèmes sont liquidés et qui, le cas échéant, octroie des crédits à ces institutions ou contreparties centrales à des fins de règlement;
- e) „chambre de compensation“ signifie une organisation chargée du calcul de la position nette des institutions, d’une éventuelle contrepartie centrale ou d’un éventuel organe de règlement;
- f) „participant“ signifie une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation.

Conformément aux règles de fonctionnement du système, le même participant peut agir en qualité de contrepartie centrale, de chambre de compensation ou d’organe de règlement ou exécuter tout ou partie de ces tâches.

Un participant indirect est à considérer comme un participant à condition qu’il soit connu du système;

- g) „participant indirect“ signifie un établissement de crédit tel que défini à la lettre b), ayant une relation contractuelle avec une institution participant à un système, qui exécute des ordres de transfert tels que définis à la lettre j), premier tiret, qui permet à l’établissement de crédit précité de passer des ordres de transfert par l’intermédiaire du système;
- h) „opérateur du système“ signifie l’entité qui est en charge, seule ou avec d’autres, du bon fonctionnement du système et qui est l’interlocuteur désigné de la Commission. Il peut s’agir d’un participant au système;
- i) „titres“ signifie les instruments visés à la section B de l’annexe II de la présente loi;
- j) „ordre de transfert“ signifie
 - une instruction donnée par un participant de mettre à la disposition d’un destinataire une somme d’argent par le biais d’une inscription dans les livres d’un établissement de crédit, d’une banque centrale ou d’un organe de règlement, ou toute instruction qui entraîne la prise en charge ou l’exécution d’une obligation de paiement telle que définie par les règles de fonctionnement du système, ou
 - une instruction donnée par un participant de transférer la propriété d’un ou de plusieurs titres ou le droit à un ou plusieurs titres par le biais d’une inscription dans un registre, dans un compte, ou sous une autre forme;
- k) „procédure d’insolvabilité“ signifie toute mesure de règlement collectif prévue par la législation d’un Etat membre, ou d’un pays tiers, aux fins soit de liquider le participant, soit de le réorganiser dès lors que cette mesure implique la suspension ou une limitation des transferts ou des paiements;
- l) „moment d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité“ signifie le moment où l’autorité judiciaire ou administrative compétente d’un Etat membre ou d’un pays tiers rend sa décision ou tout autre moment défini par la loi nationale applicable à l’insolvabilité du participant comme étant le moment d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité;
- m) „compensation“ signifie la conversion des créances et des obligations résultant d’ordres de transfert qu’un ou plusieurs participants émettent en faveur d’un ou plusieurs autres participants ou reçoivent de ceux-ci en une créance ou en une obligation nette unique, de sorte que seule une créance nette peut être exigée ou une obligation nette peut être due;
- n) „compte de règlement“ signifie un compte auprès d’une banque centrale, d’un organe de règlement ou d’une contrepartie centrale utilisé pour le dépôt de fonds et de titres ainsi que pour le règlement de transactions entre participants d’un système;
- o) „Etat membre“ signifie un Etat membre de la Communauté européenne ou un autre Etat partie à l’Accord sur l’Espace économique européen dans les limites définies par cet accord et les actes y afférents.

Art. 34-3.– *Le champ d’application*

Le présent chapitre s’applique à tout système de paiement et à tout système de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg.

Art. 34-4.– La demande d’agrément

(1) Peut être agréé 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, et
- qui désigne un opérateur du système.

Sous réserve du respect des conditions prévues au premier alinéa, peut être agréé un accord formel qui consiste à exécuter des ordres de transfert tels que définis au second tiret de l’article 34-2, lettre j) et qui, dans une mesure limitée, exécute des ordres relatifs à d’autres instruments financiers.

Peut également être agréé un accord formel entre deux participants, auxquels peuvent s’ajouter un organe de règlement, une contrepartie centrale, une chambre de compensation ou un participant indirect, lorsque les participants ont choisi de le soumettre au droit luxembourgeois, qu’il compte parmi ses participants au moins une personne morale qui a son siège social au Luxembourg et qu’il désigne l’opérateur du système.

(2) La Commission est l’autorité compétente pour accorder l’agrément aux systèmes. Elle est également compétente pour notifier à la Commission européenne les systèmes qu’elle a agréés.

Art. 34-5.– La procédure d’agrément

(1) L’agrément est accordé sur demande écrite de la part de l’opérateur du système et après instruction portant sur les conditions exigées par la présente loi.

(2) La durée de l’agrément est illimitée.

(3) La demande d’agrément doit être accompagnée de tous les renseignements nécessaires à son appréciation.

(4) Un agrément est requis avant toute modification de l’accord formel à la base du système agréé.

(5) La décision prise sur une demande d’agrément doit être motivée et notifiée au demandeur dans les six mois de la réception de la demande ou, si celle-ci est incomplète, dans les six mois de la réception des renseignements nécessaires à la décision. Il est en tout cas statué dans les douze mois de la réception de la demande, faute de quoi l’absence de décision équivaut à la notification d’une décision de refus. La décision peut être déferée, dans le délai d’un mois sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge du fond.

Art. 34-6.– Les conditions d’agrément

(1) Les systèmes doivent être organisés de manière à assurer le règlement ordonné des ordres de transfert.

(2) L’agrément du système est subordonné à la condition que l’opérateur du système ait son siège social au Luxembourg ou dans un autre Etat membre.

(3) L’agrément du système est subordonné à la condition que l’opérateur du système soit est agréé en tant qu’établissement de crédit au Luxembourg ou dans un autre Etat membre, soit est agréé en tant que PSF au Luxembourg ou en tant qu’entreprise d’investissement dans un autre Etat membre, soit est autorisé à exercer la fonction d’opérateur de système dans un autre Etat membre et est soumis à une surveillance équivalente à celle exercée par la Commission à l’égard des opérateurs agréés au Luxembourg.

(4) Les règles de fonctionnement du système doivent être détaillées et adéquates au regard de la nature et du volume des activités et du nombre de participants envisagés. Ces règles doivent notamment:

- définir les conditions d’admission et d’exclusion des participants au système,
- définir les droits et obligations des participants découlant de leur participation au système,
- définir le moment où un ordre de transfert est introduit dans le système,
- fixer le moment à partir duquel un ordre de transfert ne peut plus être révoqué par un participant à ce système ou par un tiers,
- préciser le mode de règlement des ordres de transfert,
- établir les procédures de règlement applicables en situation ordinaire et en situations de crise,
- établir des procédures de gestion des risques,
- indiquer la juridiction compétente en cas de litige,
- désigner la ou les personnes responsables qui indiquent à la Commission les participants au système ainsi que tout changement de ces participants.

Art. 34-7.– *Le retrait de l’agrément*

(1) L’agrément est retiré si les conditions pour son octroi ne sont plus remplies.

(2) La décision sur le retrait de l’agrément peut être déférée, dans le délai d’un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge du fond.“

(D) Le paragraphe (1) de l’article 35 est modifié comme suit:

„(1) A l’exception de l’article 36bis et de l’article 37-1, la présente partie s’applique à tous les établissements de crédit et PSF admis à exercer leur activité en vertu des chapitres 1, 2 ou 3 de la partie I de la présente loi.“

Il est ajouté un nouveau paragraphe (3) à l’article 35 à la teneur suivante:

„(3) L’article 37-1 s’applique à toute institution au sens de l’article 34-2, lettre b) établie au Luxembourg.“

(E) Il est inséré à la partie II un nouvel article 37-1 à la teneur suivante:

„Art. 37-1.– *Le droit à l’information à l’égard des institutions luxembourgeoises participant à des systèmes de paiement ou à des systèmes de règlement des opérations sur titres*

Toute personne y ayant un intérêt légitime peut exiger d’une institution établie au Luxembourg qu’elle lui indique les systèmes de paiement et de règlement d’opérations sur titres auxquels elle participe et lui fournisse des informations sur les principales règles auxquelles est assujéti le fonctionnement de ces systèmes.“

(F) Le paragraphe (1) de l’article 41 est modifié comme suit:

„(1) Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service des établissements de crédit, des autres professionnels du secteur financier, des organes de règlement, des contreparties centrales, des chambres de compensation et des opérateurs étrangers de systèmes agréés au Luxembourg visés à la partie I de la présente loi, sont obligés de garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l’article 458 du Code pénal.“

(G) Au paragraphe (1) de l’article 42, la référence à l’article 28-1 est remplacée par une référence à l’article 28-2.

Il est ajouté au paragraphe (1) de l’article 42 une seconde phrase à la teneur suivante:

„Elle est également l’autorité compétente pour la surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres qu’elle a agréés.“

(H) Il est inséré à la partie III un nouveau chapitre 2bis dont le libellé est le suivant:

**„Chapitre 2bis: La surveillance prudentielle des systèmes
de paiement et des systèmes de règlement
des opérations sur titres agréés au Luxembourg**

Art. 47-1.– La surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg

La Commission est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres qu'elle a agréés. Cette surveillance a pour objet de veiller à la stabilité de chaque système en général ainsi qu'à la solidité opérationnelle et financière de ses participants. A ce titre, la Commission veille à l'application des règles de fonctionnement dont sont dotés les systèmes qu'elle a agréés. Sa surveillance porte notamment sur l'infrastructure opérationnelle et technique et la mise en œuvre des procédures de règlement et des procédures de gestion des risques.“

(I) Il est inséré au paragraphe (1) de l'article 52 une nouvelle troisième phrase de la teneur suivante:

„La Commission tient en outre le tableau officiel des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg.“

La dernière phrase dudit paragraphe (1) de l'article 52 devient le second alinéa de ce paragraphe.

(J) Il est inséré de nouveaux articles 61-2 à 61-4 à la teneur suivante:

„Art. 61-2.– Les dispositions spécifiques au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg

(1) Un ordre de transfert ne peut plus être révoqué ou remis en cause par un participant à un système agréé au Luxembourg ou par un tiers à partir du moment de son introduction dans ledit système. De même, à partir de ce moment, la compensation ne peut plus être remise en cause.

Le moment de l'introduction d'un ordre de transfert dans un système agréé au Luxembourg est défini par les règles de fonctionnement dudit système.

(2) Même en cas de procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant, les ordres de transfert et la compensation dans les systèmes agréés au Luxembourg produisent leurs effets en droit entre parties et sont opposables aux tiers à condition que les ordres de transfert aient été introduits dans le système avant le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité telle que définie à l'article 34-2, lettre (l).

Les ordres de transfert introduits dans un système après le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et exécutés le jour de cette ouverture, ne produisent leurs effets en droit entre parties et ne sont opposables aux tiers qu'à condition que l'opérateur du système, l'organe de règlement, la contrepartie centrale et la chambre de compensation puissent prouver, après le moment du règlement, qu'ils n'avaient pas connaissance et n'étaient pas tenus d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

(3) L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant n'empêche pas l'utilisation des fonds ou titres disponibles sur le compte de règlement propre dudit participant pour permettre à celui-ci de s'acquitter de ses obligations dans le système au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Toute facilité de crédit dudit participant liée au système peut être utilisée moyennant une garantie existante et disponible pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations dans le cadre du système.

(4) Tout compte de règlement auprès d'un opérateur du système ou d'un organe de règlement, ne peut être saisi, mis sous séquestre ou bloqué d'une manière quelconque par un participant (autre que l'opérateur du système ou l'organe de règlement), une contrepartie ou un tiers.

Art. 61-3.– Les dispositions spécifiques à la préservation des droits du titulaire de garanties constituées dans le cadre de systèmes communautaires de paiement ou de règlement d'opérations sur titres ou dans le cadre d'opérations des banques centrales des Etats membres ou de la Banque centrale européenne contre les effets de l'insolvabilité de la partie ayant constitué les garanties

(1) Aux fins du présent article, „garantie“ signifie tout élément d'actif réalisable, y compris de l'argent, fourni dans le cadre d'un nantissement, d'un accord de pension, d'un transfert fiduciaire ou d'un accord analogue, ou d'une autre manière, dans le but de garantir les droits et obligations susceptibles de se présenter dans le cadre d'un système au sens de l'article 34-2, lettre a), ou fourni aux banques centrales des Etats membres ou à la Banque centrale européenne.

(2) Les droits:

- d'un participant sur les garanties constituées en sa faveur dans le cadre d'un système au sens de l'article 34-2, lettre a) et
- des banques centrales des Etats membres ou de la Banque centrale européenne sur les garanties constituées en leur faveur dans le cadre d'opérations effectuées en leur qualité de banques centrales

ne sont pas affectés par une procédure d'insolvabilité à l'encontre du participant ou de la contrepartie desdites banques centrales qui a constitué les garanties. Nonobstant toute disposition contraire prévue par la loi applicable à la procédure d'insolvabilité, ces garanties peuvent être réalisées pour satisfaire les droits couverts par ces garanties.

(3) Lorsque des titres, y compris des droits sur des titres, sont constitués en garantie au bénéfice de participants ou de banques centrales des Etats membres ou de la Banque centrale européenne, comme il est indiqué au paragraphe précédent, et que leur droit (ou celui de tout mandataire, agent ou tiers agissant pour leur compte) relatif à ces titres est inscrit légalement dans un registre, un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé situé dans un Etat membre, la détermination des droits de ces entités en tant que titulaires de la garantie relative à ces titres est régie par la législation de cet Etat membre.

Art. 61-4.– Les dispositions spécifiques à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système de paiement ou à un système de règlement des opérations sur titres

(1) Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un participant à un système agréé au Luxembourg, les droits et obligations découlant de sa participation ou liés à cette participation sont déterminés par la loi luxembourgeoise.

Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un participant luxembourgeois à un système au sens de l'article 34-2, lettre a) d'un autre Etat membre, les droits et obligations découlant de sa participation ou liés à cette participation sont déterminés par la loi applicable audit système.

(2) Lorsque, relativement à un participant luxembourgeois à un système au sens de l'article 34-2, lettre a), le Tribunal d'Arrondissement siégeant en matière commerciale est saisi d'une requête ou prononce un jugement qui, par application des articles 60 et 61 de la présente loi ou des dispositions visées à l'article 61 (13) de celle-ci, ont pour effet de suspendre les paiements de ce participant, le greffe du tribunal notifie immédiatement à la Commission la requête ou la décision en question, en précisant l'heure à laquelle elle a été déposée, respectivement prononcée.

Le greffe du Tribunal d'Arrondissement notifiera pareillement à la Commission toute décision ultérieure dont l'effet serait de mettre fin à la suspension des paiements du participant, respectivement d'en modifier la base légale.

(3) La Commission veille à son tour à notifier sans délai à l'opérateur du système agréé au Luxembourg la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard d'un participant luxembourgeois.

Lorsqu'il s'agit d'un participant luxembourgeois à un système d'un autre Etat membre, la Commission notifie sans délai la décision à l'autorité compétente des autres Etats membres concernés désignée à cet effet.

La Commission est l'autorité compétente pour recevoir d'une autorité d'un autre Etat membre ou d'un pays tiers désigné à cet effet la notification de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité prise par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de cet Etat membre ou pays tiers à l'égard d'un participant à un système agréé au Luxembourg.“

Article II.– *Modification de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier*

Le paragraphe (1) de l'article 2 de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier est complété par l'ajout du tiret suivant:

„– l'activité d'opérateur de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres“.

Il est ajouté au même article 2 un paragraphe (3) nouveau à la teneur suivante:

„(3) La Commission est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres qu'elle a agréés.“

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet de loi a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. La directive et partant le projet de loi visent à contribuer au fonctionnement efficace et ordonné des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres, désignés ci-après par systèmes. En particulier, leur objet est de réduire les incertitudes juridiques et de limiter les perturbations auxquelles risquent d'être exposés un système et ses participants en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant. Le projet de loi définit à cet effet un cadre juridique minimal destiné d'une part à réduire dans le chef d'institutions individuelles les risques associés à la participation à un système et d'autre part à renforcer la solidité des systèmes et de leurs participants en général et la stabilité des marchés financiers.

Le projet de loi introduit un régime facultatif d'agrément et de surveillance prudentielle des accords soumis au droit luxembourgeois et dont l'objet est l'exécution d'ordres de transfert portant sur des fonds ou des titres. Seuls peuvent se prévaloir du titre de système de paiement ou de système de règlement des opérations sur titres et partant peuvent bénéficier de la protection juridique prévue dans le projet de loi les accords formels qui ont obtenu l'agrément de la Commission de surveillance du secteur financier et qui sont soumis à la surveillance prudentielle de cette même autorité. L'introduction d'un régime d'agrément et de surveillance d'accords formels se justifie au regard des répercussions négatives que la défaillance d'un système risque d'entraîner sur la situation financière des participants au système, des défaillances en chaîne qui peuvent en résulter et de l'éventuelle perturbation subséquente d'autres systèmes, du marché monétaire et des marchés de capitaux. Peuvent notamment demander l'agrément à la Commission de surveillance du secteur financier les accords formels bilatéraux à la base des relations de „correspondent banking“ lorsque l'accord est soumis au droit luxembourgeois et l'une au moins des parties à l'accord est une personne morale de droit luxembourgeois.

Le projet de loi permet que les principaux systèmes opérant déjà à partir de la place financière de Luxembourg seront agréés aux fins de l'application du projet de loi et partant bénéficieront de la protection juridique offerte par le projet de loi. Ces systèmes sont LIPS Gross, LIPS Net, Lux Clear, Cedelbank S.A. et la Société de la Bourse de Luxembourg S.A..

Les systèmes LIPS-Gross et LIPS-Net sont opérés par les groupements d'intérêt économique RTGS-L GIE et SYPAL GIE respectivement, qui sont composés de banques de la place financière de Luxembourg. LIPS-Gross est le système luxembourgeois de règlement brut en temps réel en euro (en anglais Real Time Gross Settlement, RTGS) et fait partie du système de paiement interbancaire TARGET, acronyme de Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer,

utilisé pour la mise en œuvre de la politique monétaire unique dans la zone „euro“. La Banque centrale du Luxembourg est l'agent de règlement du système LIPS-Gross. LIPS-Net est le système de compensation électronique des paiements effectués par virement ou par chèques au plan national.

Cedelbank S.A. et Lux Clear constituent à l'heure actuelle les seuls systèmes de règlement des opérations sur titres établis au Luxembourg. Cedelbank S.A. a reçu l'agrément bancaire du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de surveillance du secteur financier. Lux Clear qui est opéré par Cedelbank S.A., est le dépositaire central de titres que la Banque centrale du Luxembourg utilise dans le cadre des opérations de politique monétaire.

La Société de la Bourse de Luxembourg S.A. constitue également un système tel que défini dans le présent projet de loi. Cedelbank S.A. est l'opérateur du système de liquidation de la Société de la Bourse de Luxembourg S.A..

Il est proposé de charger la Commission de surveillance du secteur financier de l'octroi de l'agrément et de la surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg. Cette mission de surveillance prudentielle ne se recoupe pas et ne saurait dès lors entrer en conflit avec l'intervention plus active dans certains de ces systèmes de la Banque centrale du Luxembourg. Aux termes du Traité et des statuts du SEBC, la mission de cette dernière consiste, dans le cadre de sa mission principale de participer à l'exécution des missions du SEBC en vue d'atteindre les objectifs du SEBC, à promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement et à 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.

La fonction de surveillance prudentielle par contre relève du domaine des compétences visées par la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de surveillance du secteur financier. La Commission exerce d'ailleurs déjà dans les faits une surveillance à l'égard de deux des cinq systèmes luxembourgeois existants, à savoir Cedelbank S.A. et la Société de la Bourse de Luxembourg S.A.. Par contre, aucun des trois systèmes de paiement (LIPS-Gross, LIPS-NET et Lux Clear) ne fait à ce jour l'objet d'une surveillance et d'un suivi formel et régulier. La Commission de surveillance du secteur financier est bien placée pour étendre sa surveillance à ces systèmes dans la mesure où les participants aux systèmes sont déjà soumis à sa surveillance prudentielle. A cela s'ajoute que la Commission n'est pas impliquée dans la gestion ou l'opération de ces systèmes et n'est donc pas exposée à d'éventuels conflits d'intérêt. On notera que l'article 20 de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de surveillance du secteur financier qui définit à la fois la finalité de la surveillance exercée par la Commission et les limites de la responsabilité qui s'ensuit, est d'application.

Le projet de loi introduit en outre un régime d'agrément et de surveillance obligatoire dans le chef des opérateurs luxembourgeois de systèmes agréés au Luxembourg. Ces opérateurs doivent se faire agréer en tant qu'autre professionnel du secteur financier (PSF) à moins d'être d'ores et déjà agréés en tant qu'établissement de crédit ou en tant que PSF.

Le champ d'application du projet de loi couvre à la fois les systèmes dits luxembourgeois agréés par la Commission de surveillance du secteur financier, les participants, y compris les participants étrangers, à des systèmes agréés au Luxembourg, ainsi que les institutions luxembourgeoises participant à des systèmes communautaires notifiés à la Commission européenne.

Le champ d'application du projet de loi se distingue de et en même temps se recoupe en partie avec le champ d'application de la loi du 9 mai 1996 relative à la compensation de créances dans le secteur financier. L'objet principal de la loi du 9 mai 1996 est d'établir la validité juridique de la compensation conventionnelle bilatérale et multilatérale en droit luxembourgeois et d'assurer son opposabilité aux tiers, même en cas de faillite et situations de concours analogues. L'adoption de la loi du 9 mai 1996 a été une condition sine qua non pour faire bénéficier la compensation conventionnelle de la reconnaissance prudentielle et partant pour permettre aux banques et autres professionnels du secteur financier agréés au Luxembourg de pouvoir bénéficier de charges en capital allégées pour la couverture du risque de crédit lié aux créances, notamment lorsqu'elles résultent d'opérations de crédit, d'opérations de paiement, d'opérations sur titres ou d'opérations sur d'autres instruments financiers tels que les instruments dérivés. Le présent projet de loi traite exclusivement des paiements et opérations sur titres exécutés dans le cadre de systèmes notifiés à la Commission européenne, quel que soit le mode de règlement retenu par le système (termes bruts ou termes nets). Le champ d'application des deux textes de loi se distingue donc de par la nature des opérations visées. Les deux textes de loi sont en outre susceptibles de se distinguer de par les personnes assujetties. Aux fins d'éviter toute incertitude juridique, il y a lieu de préciser

que les opérations de paiement et sur titres effectuées dans le cadre de systèmes fondés sur la compensation sont régies par le présent projet de loi et non par la loi du 9 mai 1996. Il en est de même pour les opérations de change au comptant et à terme effectuées dans le cadre de conventions de compensation multilatérale à condition toutefois que lesdites conventions aient été notifiées en tant que systèmes à la Commission européenne par l'Etat membre dont la loi régit la convention. Dans les deux cas susvisés, le projet de loi est à considérer comme une *lex specialis* par rapport à la loi du 9 mai 1996 régissant la compensation conventionnelle d'une manière générale.

L'irrévocabilité des ordres de transfert et l'abolition de la règle dite de „l'heure zéro“ sont deux conditions nécessaires au bon fonctionnement des systèmes et en particulier du système de paiement interbancaire TARGET. Le projet de loi établit le principe de l'irrévocabilité des ordres de transfert qui empêche de pouvoir révoquer un ordre de transfert introduit dans un système, une fois que cet ordre a été accepté par le système.

Les participants et les tiers, y compris le commissaire, le curateur, le liquidateur ou tout autre organe similaire, restent libres d'engager des actions en remboursement ou en restitution du chef d'une transaction litigieuse, pour cause d'un paiement indu, d'une erreur technique, voire d'une fraude, ou encore par application de l'article 445 du Code de commerce pour autant que ces recours n'entraînent pas la révocation d'ordres de transfert acceptés par le système, ni a fortiori la remise en cause de l'exécution, y compris de la compensation, opérée sur des ordres de transfert litigieux.

Dans les systèmes fondés sur la compensation des paiements, le projet de loi assure la validité juridique et l'opposabilité aux tiers de la compensation et cela même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système. La technique de la compensation est largement utilisée par les systèmes dans la mesure où elle réduit les risques de crédit et de liquidité auxquels sont exposés les participants, les montants des flux échangés et le coût des transactions. Par compensation on entend, dans ce contexte, le calcul d'un solde créditeur ou débiteur net pour chaque participant vis-à-vis du système ou des autres participants au système sur base des créances et obligations entre participants.

Le projet de loi élimine ensuite l'effet rétroactif de la règle dite de „l'heure zéro“ telle que la connaît en particulier le droit luxembourgeois de la faillite. Ainsi le liquidateur d'un participant insolvable à un système ne peut plus contester la validité des ordres de transfert introduits dans le système par le participant insolvable avant le jugement déclaratif de son insolvabilité et même, dans certains cas limités, après ce jugement et partant ne peut plus remettre en cause l'opération de règlement.

La directive règle en outre le sort des conflits de loi qui risquent de se poser dans les cas, de plus en plus fréquents, où des institutions étrangères participent à un système. A cet effet elle procède à une harmonisation minimale des règles applicables en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système de paiement ou un système de règlement des opérations sur titres. Dans la mesure où tous les Etats membres sont tenus de transposer ces dispositions dans leur droit interne, la directive vise en fait à prévenir les conflits de loi en définissant un régime uniforme d'application dans toute la Communauté européenne. La directive déroge par ailleurs au principe de l'unité et de l'universalité de la faillite, tel que le connaît en particulier le droit luxembourgeois de la faillite, aux termes duquel l'ouverture de la procédure d'insolvabilité se fait dans le pays d'origine du participant insolvable avec application de la *lex fori* et cela même en rapport avec des avoirs situés à l'étranger. Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant étranger à un système, les droits et obligations découlant de ou liés à sa participation au système sont déterminés conformément à la législation, y compris sur l'insolvabilité, du pays dont la loi est applicable au système. Cet aménagement au principe de l'unité et de l'universalité de la faillite se justifie aux fins d'assurer le bon fonctionnement des systèmes et une mise en œuvre efficace et ordonnée de la politique monétaire unique et de prévenir des perturbations sur les marchés financiers.

La réalisation de garanties constituées par des institutions dans le cadre de leur participation à des systèmes transfrontaliers peut donner lieu, en cas d'insolvabilité d'un participant, à des conflits de loi qui rendent aléatoires le recouvrement de la garantie. Le projet de loi exige que ces garanties soient préservées des effets de la législation sur l'insolvabilité applicable au participant de manière à assurer que les garanties peuvent être réalisées au bénéfice du système et des autres participants sans délai et prioritairement aux droits de tous les autres créanciers du participant défaillant. Les règles relatives au recouvrement des garanties s'appliquent non seulement aux garanties constituées dans le cadre de systèmes, mais s'étendent aussi aux garanties constituées dans le cadre des opérations des banques centrales membres du SEBC effectuées en leur qualité de banques centrales.

La transposition de la directive 98/26/CE se fait par insertion dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier dans la mesure où les institutions participant à des systèmes sont avant tout des établissements de crédit et autres professionnels du secteur financier. A cela s'ajoute que la Commission de surveillance du secteur financier est l'autorité compétente pour la surveillance des deux systèmes de règlement d'opérations sur titres autorisés, à ce jour, à exercer leurs fonctions au Luxembourg. En outre, certaines dispositions du projet de loi couvrent un cas de figure particulier de la situation générale visée par la loi du 9 mai 1996 précitée portant modification de la loi de base du 5 avril 1993, à savoir le cas des paiements et opérations sur titres qui sont réglés sur une base nette dans le cadre de systèmes de règlement net.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad article I.– Transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier

Le présent projet de loi porte transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Il définit tout d'abord un régime d'agrément et de surveillance prudentielle facultatif pour des accords formels. Seuls les accords formels agréés par la Commission de surveillance du secteur financier peuvent se prévaloir du titre de système de paiement ou de système de règlement des opérations sur titres. Les dispositions y afférentes sont reprises dans un nouveau chapitre 5 qui s'ajoute à la partie I de la loi de base et dans un nouveau chapitre 2bis qui s'insère à la partie III de ladite loi respectivement. Le projet de loi introduit également un régime d'agrément et de surveillance prudentielle obligatoire pour les opérateurs luxembourgeois de systèmes agréés au Luxembourg à l'article 28-2 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Certaines adaptations ponctuelles sont en outre apportées à ladite loi devenues nécessaires suite à la définition des nouveaux statuts de systèmes et d'opérateurs de systèmes.

Le projet de loi établit finalement des règles concernant le caractère définitif du règlement, la compensation, l'abolition de l'effet rétroactif de la règle dite de l'heure zéro et le recouvrement de garanties constituées dans les systèmes ou dans le cadre des opérations des banques centrales membres du SEBC effectuées en leur qualité de banques centrales.

Ces dispositions sont regroupées aux articles 61-2 à 61-4 dans la partie IV de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Les principes édictés auxdits articles s'appliquent indépendamment de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité du participant au système. Ceci constitue une exception au principe de l'unité et de l'universalité de la faillite tel que le connaît le droit luxembourgeois de la faillite.

(A)

L'insertion d'un nouvel article 28-2 dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier introduisant une nouvelle catégorie d'autres professionnels du secteur financier, à savoir l'opérateur d'un système agréé au Luxembourg, s'impose du fait que la Commission de surveillance du secteur financier souhaite avoir un interlocuteur unique pour tout accord formel demandant l'agrément et pour tout ce qui se rapporte à un système qu'elle a agréé. Ainsi, tout accord formel qui souhaite être agréé en tant que système de paiement ou système de règlement des opérations sur titres par la Commission, est tenu de désigner un opérateur. Même les systèmes dans lesquels tous les participants sont solidairement en charge du bon fonctionnement du système, doivent désigner un opérateur.

Peut exercer la fonction d'opérateur soit un participant au système soit un tiers qui n'est pas partie à l'accord formel. Les établissements de crédit et autres professionnels du secteur financier qui souhaitent exercer la fonction d'opérateur d'un système agréé au Luxembourg, sont habilités à le faire sans devoir obtenir à cette fin un agrément supplémentaire au titre dudit article 28-2.

On notera que l'opérateur d'un système agréé au Luxembourg ne doit pas nécessairement être une personne morale de droit luxembourgeois. Conformément à l'article 34-6 nouveau, il peut également s'agir d'une personne morale d'origine communautaire à condition qu'elle ait le statut d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement dans l'Etat membre où elle a été agréée ou encore qu'elle y soit soumise à une surveillance équivalente à celle exercée par la Commission à l'égard des opérateurs agréés au Luxembourg.

(B)

Un changement de la numérotation de l'article 34bis en article 34-1 s'impose aux fins d'assurer la cohérence avec le mode de numérotation retenu par le passé lors de la transposition de directives communautaires dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. On notera que ni l'intitulé ni le contenu de l'article 34bis ne sont modifiés.

(C)

Le régime d'agrément pour les systèmes de paiement et les systèmes d'opérations sur titres situés au Luxembourg ou le cas échéant régis par le droit luxembourgeois est étroitement inspiré de celui applicable aux établissements de crédit, entreprises d'investissement et autres professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois. Les dispositions régissant l'agrément des systèmes sont regroupées dans un nouveau chapitre 5 à la partie I de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Article 34-2. – Définitions

Le présent article transpose les définitions figurant à l'article 2 de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Il y est ajouté tout d'abord une définition relative à l'Etat membre, qui a pour objet d'assimiler l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège aux Etats membres de l'Union européenne dans les limites définies par l'accord sur l'Espace économique européen et les actes y afférents. Il y est ajouté ensuite une définition d'un opérateur de système. Cet ajout s'est avéré nécessaire du fait que l'agrément d'un accord formel en tant que système de paiement ou système de règlement des opérations sur titres est subordonné à la justification d'un opérateur du système.

La définition de la notion de système proposée à la lettre a) détermine le champ d'application et la portée du présent projet de loi. Constituent donc des systèmes uniquement les accords formels désignés en tant que systèmes de paiement ou systèmes de règlement des opérations sur titres et notifiés en tant que tels par les Etats membres à la Commission européenne. Ne constituent donc pas des systèmes aux fins de l'application du présent projet de loi les accords formels qui ne sont pas notifiés en tant que systèmes à la Commission européenne.

La notion d'institution est susceptible d'englober en sus des établissements de crédit et entreprises d'investissement, des établissements tels que les banques centrales, les banques multilatérales de développement, les offices des chèques postaux, les entreprises d'assurance.

Article 34-3. – Le champ d'application

Le présent article définit le champ d'application du chapitre 5 qui vient s'insérer à la partie I de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Sont visés les systèmes de paiement et de règlement de titres agréés par la Commission de surveillance du secteur financier. A titre d'exemple, l'on peut citer Cedelbank S.A., la Société de la Bourse de Luxembourg S.A., Lux Clear, LIPS-Gross et LIPS-Net.

Article 34-4. – La demande d'agrément

Le présent article introduit la possibilité pour tout accord formel qui remplit certaines conditions limitativement énumérées, de demander l'agrément en tant que système de paiement ou système de règlement des opérations sur titres. La Commission de surveillance du secteur financier est l'autorité compétente pour accorder l'agrément et pour notifier à la Commission européenne les systèmes qu'elle a agréés.

L'obtention d'un agrément est facultative. Toutefois seuls les accords formels qui ont obtenu l'agrément de la Commission de surveillance du secteur financier peuvent se prévaloir de la protection juridique conférée par le présent projet de loi (par exemple élimination de l'effet rétroactif de la règle de l'heure zéro, réalisation prioritaire des garanties en dehors des procédures d'insolvabilité collectives).

Les établissements de crédit et autres professionnels du secteur financier luxembourgeois qui souhaitent participer à un système, ne doivent en principe pas obtenir à cet effet l'accord préalable de la Commission de surveillance du secteur financier sous réserve des exigences de l'article 57 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Le projet de loi reprend la faculté que la directive 98/26/CE accorde aux Etats membres de désigner en tant que systèmes des accords formels qui acceptent et exécutent accessoirement des ordres de

transfert portant sur des instruments financiers autres que des titres, tels que les instruments dérivés. De même, le projet de loi retient la faculté prévue dans la directive pour les Etats membres d'assimiler à des systèmes les accords formels constitués uniquement de deux participants. Est visé en fait le métier de banque correspondante („correspondent banking“).

Cette approche large du projet de loi invite la Commission, afin de réduire dans la mesure du possible le risque systémique, à accorder en principe l'agrément à tout accord formel demandeur qui remplit les conditions énumérées.

Ni la directive 98/26/CE ni le projet de loi ne définissent la notion de „risque systémique“. La définition proposée dans le Livre bleu publié par l'Institut Monétaire Européen en avril 1996 et intitulé „Payment systems in the European Union“, se lit comme suit: „the risk that the failure of one participant in a transfer system, or in financial markets in general, to meet its required obligations will cause other participants or financial institutions to be unable to meet their obligations (including settlement obligations in a transfer system) when due. Such failure may cause significant liquidity or credit problems and, as a result, might threaten the stability of financial markets“.

Article 34-5.– La procédure d'agrément

La procédure d'agrément réservée aux systèmes de paiement et aux systèmes de règlement des opérations sur titres est calquée sur celle applicable aux établissements de crédit et autres professionnels soumis à la surveillance prudentielle de la Commission de surveillance du secteur financier.

Article 34-6.– Les conditions d'agrément

Le présent article définit les conditions d'agrément auxquelles doit satisfaire un accord formel aux fins d'obtenir l'agrément en tant que système de paiement ou système de règlement d'opérations sur titres. En particulier, les systèmes doivent se doter de règles de fonctionnement détaillées et adéquates au regard de la nature et du volume des activités envisagées et du nombre de participants envisagés. Ces règles de fonctionnement doivent pour le moins traiter des aspects énumérés au présent article.

Les conditions d'agrément sont inspirées des recommandations avancées dans le rapport intitulé „Report of the committee on interbank netting schemes of the central banks of the group of ten countries“ (mieux connu sous le nom de rapport Lamfalussy) publié en 1990 sous les égides du Committee of Payment and Settlement Systems du Groupe des Dix fonctionnant auprès de la Banque des Règlements Internationaux à Bâle. Ces recommandations ont par la suite été corroborées dans les grandes lignes par le rapport intitulé „Delivery versus payment in securities settlement systems“ publié en 1992 sous les égides du même comité (rapport Parkinson). Le présent article ne porte pas préjudice au droit de la Commission de surveillance du secteur financier d'édicter, le cas échéant, pour certains types de systèmes, des exigences supplémentaires concernant le contenu des règles de fonctionnement.

Les règles de fonctionnement doivent désigner plus particulièrement les personnes chargées d'informer la Commission de surveillance du secteur financier de l'identité des participants au système et des éventuels sous-participants ainsi que de tout changement relatif à ces personnes. En l'absence de cette information, la Commission de surveillance du secteur financier n'est pas en mesure de s'acquitter de son obligation de notification vis-à-vis de l'opérateur du système ou des autorités étrangères désignées à cet effet en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant de droit luxembourgeois.

Article 34-7.– Le retrait de l'agrément

Le présent article est calqué sur celui applicable aux établissements de crédit.

(D)

Le remplacement de la référence à l'article 37bis par une référence à l'article 37-1 s'impose du fait que le projet de loi No 4553 portant transposition de la directive concernant les systèmes d'indemnisation des investisseurs, abroge l'article 37bis de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Le présent projet de loi introduit un nouvel article 37-1 qui s'applique uniquement aux institutions établies au Luxembourg et participant à des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Le paragraphe (1) de l'article 35 est de ce fait complété par une référence au nouvel article 37-1. L'ajout d'un nouveau paragraphe (3) à l'article 35 a pour objet de préciser le champ d'application de l'article 37-1 nouveau.

(E)

Article 37-1.– Le droit à l'information à l'égard des institutions luxembourgeoises participant à des systèmes de paiement ou à des systèmes de règlement des opérations sur titres

Le projet de loi accorde à toute personne qui peut se prévaloir d'un intérêt légitime le droit de pouvoir exiger d'une institution établie au Luxembourg qu'elle lui indique le nom des systèmes auxquels elle participe et lui communique des informations sur les principales règles de fonctionnement de ces systèmes.

L'institution satisfait à son obligation soit en fournissant une information sommaire portant sur le nom et la structure juridique du système, le mode de règlement et les mécanismes de protection prévus par le système (constitution de garanties, compensation, règles de répartition des pertes éventuelles), soit en remettant à la personne demanderesse une copie des règles de fonctionnement des systèmes concernés. Par contre les institutions ne sont pas tenues de fournir des informations couvertes par le secret des affaires, telles que par exemple la tarification des services offerts par le système.

Le présent article s'applique non seulement aux établissements de crédit et autres professionnels du secteur financier luxembourgeois soumis à la surveillance de la Commission de surveillance du secteur financier, mais également à d'autres institutions telles que la Banque centrale du Luxembourg, l'Entreprise des Postes et Télécommunications et le cas échéant les compagnies d'assurance.

Le présent article vise uniquement les institutions établies au Luxembourg. Il appartient aux autres Etats membres de prendre des dispositions analogues applicables aux institutions établies sur leur territoire aux fins de la transposition de la directive 98/26/CE.

(F)

L'extension à l'article 41(1) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier de l'obligation au secret professionnel aux opérateurs étrangers de systèmes agréés au Luxembourg est la conséquence logique de l'obligation pour tout système agréé au Luxembourg de désigner un opérateur. Il n'est pas nécessaire d'inclure à l'article 41 une référence aux opérateurs luxembourgeois eu égard au fait qu'ils sont agréés en tant qu'établissements de crédit ou en tant qu'autres professionnels du secteur financier.

L'obligation au secret professionnel est en outre instituée dans le chef de l'organe de règlement, la contrepartie centrale et la chambre de compensation d'un système pour préserver le caractère confidentiel des données dont ils prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans le système. Les participants à un système autres que l'organe de règlement, la contrepartie centrale et la chambre de compensation sont d'ores et déjà assujettis au secret professionnel soit de par la loi luxembourgeoise soit de par une loi étrangère du fait qu'il s'agit principalement, voire exclusivement, d'établissements de crédit ou d'entreprises d'investissement.

(G)

Une adaptation du paragraphe (1) de l'article 42 s'impose pour expliciter les compétences de la Commission de surveillance du secteur financier en matière de surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres.

(H)

Comme indiqué à l'exposé des motifs, il est proposé de charger la Commission de surveillance du secteur financier de la surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg. Cette mission de surveillance prudentielle ne se recoupe pas et ne saurait dès lors entrer en conflit avec la mission de la Banque centrale du Luxembourg qui consiste, dans le cadre de sa mission principale de participer à l'exécution des missions du SEBC en vue d'atteindre les objectifs du SEBC, à promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement et à 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.

La surveillance prudentielle exercée par la Commission de surveillance du secteur financier vise à s'assurer du caractère et de la mise en œuvre adéquats des règles de fonctionnement du système. Le processus de règlement et les procédures de gestion des risques de crédit, de liquidité et en principal inhérents à un système sont des éléments essentiels au bon fonctionnement d'un système. Aussi la Commission de surveillance du secteur financier met-elle l'accent sur ces aspects dans l'exercice de sa

mission de surveillance à l'égard des systèmes. La surveillance de la Commission porte en outre tout particulièrement sur l'infrastructure opérationnelle et technique des systèmes dans la mesure où l'exercice de leurs activités et partant leur survie dépendent de dispositifs informatiques sophistiqués, performants et fiables.

(I)

La modification de l'article 52 (1) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier a pour objet d'obliger la Commission de surveillance du secteur financier à tenir un tableau officiel des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg, à l'instar des tableaux relatifs aux établissements de crédit, aux autres professionnels du secteur financier et aux organismes de placement collectif. La tenue de ces tableaux et leur publication périodique visent à assurer l'information et partant la protection des consommateurs.

(J)

Les dispositions légales visant à améliorer la protection juridique des participants à un système et à renforcer la stabilité des systèmes de paiement et de règlement de titres sont regroupées aux articles 61-2 à 61-4 de la partie IV de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Article 61-2. – Les dispositions spécifiques au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg

Le *paragraphe (1)* de l'article 61-2 établit les principes de l'irrévocabilité des ordres de transfert et du caractère définitif du règlement pour les systèmes agréés au Luxembourg. Ainsi un ordre introduit dans un système ne peut ni être révoqué ni ne peut-il être fait opposition à cet ordre ni encore les avoirs nécessaires à son exécution saisis par l'une des parties ou même par un tiers.

Ceci ne signifie pas qu'un paiement effectué par le donneur d'ordre et qui n'était pas dû soit irrécouvrable. Les actions pour enrichissement sans cause, paiement indu, erreur, fraude ou autres actions similaires restent possibles mais doivent être exercées en dehors du système entre le donneur d'ordre, le bénéficiaire et éventuellement un tiers intéressé. Elles ne peuvent être exercées contre le système.

Il appartient aux autres Etats membres de prendre des mesures analogues applicables à leurs systèmes de paiement et de règlement d'opérations sur titres aux fins de la transposition de la directive 98/26/CE.

Chaque système devra établir des règles définissant le moment à partir duquel un ordre sera considéré comme définitif. L'indication de ce moment doit figurer dans les règles de fonctionnement d'un système agréé ou à agréer au Luxembourg.

L'article 61, par. (2bis) reste d'application générale. L'article 61-2 vise le cas particulier des paiements et opérations effectués dans le cadre de systèmes de paiement et de systèmes de règlement d'opérations sur titres agréés au Luxembourg.

Le *premier alinéa du paragraphe (2)* de l'article 61-2 établit l'irrévocabilité des ordres de transfert introduits dans un système agréé au Luxembourg et acceptés par ce système. Ainsi le liquidateur, le curateur, le commissaire ou tout autre organe similaire d'un participant insolvable, qu'il soit luxembourgeois ou étranger, ne peut plus demander l'annulation d'ordres de transferts qui ont été entrés, avant le jugement déclaratif de l'insolvabilité, par le participant défaillant dans le système et ont été acceptés par ce dernier, et cela même si l'exécution des ordres se fait postérieurement audit jugement. De ce fait les règles particulières relatives à la période suspecte sont écartées.

Pour les systèmes fondés sur la compensation, le premier alinéa établit en outre la validité juridique et l'opposabilité aux tiers de la compensation des ordres de transferts entrés dans le système et acceptés par celui-ci avant le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant, indépendamment du fait que leur exécution, y compris leur compensation, peut se faire après l'ouverture de cette procédure.

Les ordres de transfert et la compensation produisent leurs effets en droit entre parties, y compris vis-à-vis des commissaires, curateurs, liquidateurs ou autres organes similaires lorsqu'ils représentent le participant en défaut, et sont opposables aux tiers, y compris aux commissaires, curateurs, liquidateurs ou autres organes similaires lorsqu'ils représentent les tiers, dans les limites énoncées au paragraphe (2).

En particulier, le premier alinéa du paragraphe (2) a pour objet d'éliminer l'effet rétroactif de la règle dite de l'heure zéro qui fait remonter les effets de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à la première heure du jour de son prononcé. Il protège entre autres des systèmes tels que TARGET qui appliquent un règlement en termes bruts, contre d'éventuelles actions du commissaire, curateur, liquidateur ou tout autre organe similaire d'un participant insolvable. Il y a lieu de confirmer l'application du principe de l'abolition de la règle de l'heure zéro qui a été introduit en droit luxembourgeois par la loi du 9 mai 1996 relative à la compensation dans le secteur financier, pour les paiements et opérations sur titres effectués dans le cadre de systèmes agréés au Luxembourg, quel que soit le mode de règlement retenu (termes nets, termes bruts, mode hybride). L'article 61 (2bis) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier traite en effet uniquement des opérations couvertes par des conventions de compensation (règlement en termes nets). A cela s'ajoute que l'article 61 (2bis) s'applique aux seuls établissements qui ont la gestion de fonds et sont soumis à la surveillance prudentielle exercée par la Commission de surveillance du secteur financier, alors que la population des personnes susceptibles de participer à des systèmes agréés au Luxembourg est plus vaste.

Le *second alinéa du paragraphe (2)* de l'article 61-2 vise le cas, tout à fait exceptionnel, où un participant insolvable introduit des ordres de transfert dans le système après le prononcé de l'insolvabilité. Dans ce cas de figure, les ordres de transferts ne sont irrévocables et leur compensation n'est valable et opposable aux tiers, aux liquidateurs, aux curateurs, aux commissaires ou autres organes similaires qu'à condition que l'organe de règlement, la contrepartie centrale ou la chambre de compensation puissent apporter la preuve qu'ils étaient, au moment de l'exécution des ordres, dans l'ignorance de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du participant défaillant et qu'ils n'étaient pas tenus d'en avoir connaissance dans le cas d'espèce. Le fardeau de la preuve incombe donc, en cas de contestation, aux organes du système. Ce cas de figure vise à remédier à l'incertitude juridique grevant le sort des paiements exécutés entre le moment du prononcé de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et celui de la connaissance de celui-ci par le système concerné. On notera que les organes du système sont dispensés de toute obligation de preuve au cas où les ordres de transfert seraient introduits dans le système antérieurement au jugement déclaratif de l'insolvabilité.

Le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard d'un participant luxembourgeois établissement de crédit ou autre professionnel du secteur financier, lorsqu'il s'agit d'une procédure de sursis de paiement ou de gestion contrôlée, est soit le moment où la requête de la Commission est notifiée ou signifiée au professionnel financier en cause par lettre recommandée ou par exploit d'huissier, soit le moment où la requête motivée émanant du professionnel financier en cause est déposée au Greffe du Tribunal. Le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard d'un participant luxembourgeois établissement de crédit ou autre professionnel du secteur financier, lorsqu'il s'agit d'une procédure de liquidation, est le moment du prononcé du jugement de liquidation par le Tribunal d'Arrondissement siégeant en matière commerciale.

Le *paragraphe (3)* de l'article 61-2 autorise le système à utiliser les fonds ou titres non gagés enregistrés sur le compte de règlement d'un participant insolvable afin de permettre l'exécution des obligations dudit participant envers les autres participants, et en particulier le règlement de sa position ou de ses ordres de transfert, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard dudit participant. Ainsi la loi ne s'oppose pas à ce que l'opérateur du système ou l'organe de règlement débite, dans les limites prévues par les règles de fonctionnement dudit système, le compte de règlement d'un participant insolvable à concurrence du montant dû aux autres participants et au système avant tout privilège. Le système qui a en effet des avoirs d'un participant en sa possession, a un droit de rétention sur ces avoirs. On notera que les comptes de règlement sont souvent des comptes courants ouverts auprès des banques centrales nationales, qui agissent en qualité d'organe de règlement.

Sont seuls susceptibles d'être utilisés par le système en cas d'insolvabilité d'un de ses participants les fonds et titres inscrits en compte propre audit participant par opposition au compte-client de ce participant. Dans ce contexte, il est rappelé que l'article 36 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier établit le principe que, afin de protéger les droits des clients, les professionnels du secteur financier luxembourgeois ne peuvent pas utiliser les titres et fonds de la clientèle pour leur compte propre.

Le paragraphe (3) permet également à l'opérateur du système ou à l'organe de règlement d'utiliser une facilité de crédit liée au système et accordée au participant insolvable aux fins d'apurer le solde

débiteur dudit participant vis-à-vis du système et des autres participants. Les systèmes peuvent prévoir l'octroi de crédits à leurs participants pour limiter les risques liés aux défaillances et assurer la solidité du système. Ces ouvertures de crédit peuvent prendre par exemple la forme de découverts autorisés sur le compte-espèces d'un participant auprès de l'organe de règlement ou encore de crédits en espèces ou de prêts de titres consentis par l'opérateur du système, l'organe de règlement ou d'autres participants. Toutefois, cette pratique crée une nouvelle source de risque, à savoir le risque qu'un participant n'est pas à même de rembourser le crédit reçu. Pour se prémunir contre ce risque, le paragraphe (3) ne permet le tirage, après ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sur des facilités de crédit accordées au participant insolvable qu'à condition que ces facilités soient garanties par une sûreté existante et disponible.

Le *paragraphe (4)* vise à protéger les systèmes contre des saisies-arrêts, des mesures de séquestres, des ordres de blocage ou toute autre mesure analogue sur des comptes de règlement à solde créditeur des participants auprès de l'opérateur du système ou de l'organe de règlement. De telles mesures risquent d'empêcher le règlement des ordres de transfert en cours d'exécution et partant de compromettre le bon fonctionnement des systèmes agréés au Luxembourg.

Article 61-3.– Les dispositions spécifiques à la préservation des droits du titulaire de garanties constituées dans le cadre de systèmes communautaires de paiement ou de règlement d'opérations sur titres ou dans le cadre d'opérations des banques centrales des Etats membres ou de la Banque centrale européenne contre les effets de l'insolvabilité de la partie ayant constitué les garanties

Le présent article a pour objet principal d'assurer la protection des garanties constituées dans le cadre de systèmes, en cas d'insolvabilité d'un participant au système.

Le *paragraphe (1)* transpose la définition de la notion de garantie telle qu'elle figure dans la directive 98/26/CE. La définition est reprise au présent article plutôt qu'à l'article 34-2 pour améliorer la lisibilité du texte.

Le *paragraphe (2)* met les garanties constituées par un participant insolvable dans le cadre de systèmes à l'abri des effets de l'insolvabilité de ce participant au système. Il introduit en fait une dérogation au droit régissant les procédures collectives. Les garanties d'un participant insolvable peuvent être réalisées par leurs titulaires, nonobstant les dispositions contraires dans la loi applicable à l'insolvabilité (par exemple gestion contrôlée), sans accord préalable du liquidateur, du curateur, du commissaire ou de tout autre organe similaire et le produit de réalisation affecté par priorité au remboursement des créances liées au système. Les avoirs nécessaires au remboursement de ces créances ne feront pas partie de la masse de la faillite et seront prélevés avant tout privilège ou autre droit. Les nullités particulières liées au droit de la faillite ne sont donc pas applicables. La réalisation des garanties doit se faire conformément aux termes de l'accord régissant la participation au système ou l'octroi de crédits et dans le respect de la loi du lieu de situation de la garantie.

Le *paragraphe (2)* s'applique également aux garanties constituées dans le cadre d'opérations des banques centrales des Etats membres et de la Banque centrale européenne, agissant en cette qualité. Sont visées les opérations de politique monétaire, d'interventions sur les marchés des changes ou de gestion de leurs réserves externes. Les opérations ne doivent pas être effectuées dans le cadre d'un système et les contreparties ne doivent pas avoir la qualité de „participant“.

Le *paragraphe (3)* traite de la détermination de la loi applicable aux garanties constituées sur des comptes titres ou sur des titres représentés par voie d'inscriptions en compte (par exemple cas des titres dématérialisés). Cet aspect est particulièrement important lorsque les titres circulent à travers une chaîne de dépositaires de titres. Ainsi si les titres sont émis et détenus auprès d'un dépositaire central de titres, puis transférés à un dépositaire central international de titres par le biais d'une inscription en compte, il est essentiel de connaître la loi applicable à la garantie constituée sur ces titres. La directive 98/26/CE a opté pour l'application du droit du pays où sont tenus les comptes titres sur lesquels une garantie est constituée. En d'autres termes, lorsqu'un participant détient des titres en garantie dans un registre ou un compte situé dans un Etat membre, ses droits en qualité de titulaire de ladite garantie seront régis par la législation de l'Etat membre où est tenu le compte, le registre ou le système de dépôt centralisé. Cette loi n'est pas nécessairement la loi du pays où les titres ont été émis ou sont détenus.

Article 61-4.– Les dispositions spécifiques à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système de paiement ou à un système de règlement des opérations sur titres

Le *paragraphe (1)* vise à prévenir les conflits de loi qui semblent inéluctables lorsque des institutions étrangères participent à un système. Ainsi il établit le principe qu'en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système, la législation sur l'insolvabilité qui est applicable aux droits et aux obligations de ce participant, découlant de sa participation à un système, est la loi du pays qui est applicable au système.

Le *paragraphe (2)* institue une obligation légale dans le chef du greffe du Tribunal d'Arrondissement de prévenir sans délai la Commission de surveillance du secteur financier de toute requête déposée et de tout jugement d'insolvabilité prononcé à l'égard d'un participant luxembourgeois à un système luxembourgeois ou étranger, lorsqu'ils ont pour effet de suspendre les paiements de ce participant. La communication du greffe du tribunal à la Commission doit préciser l'heure à laquelle la requête a été déposée ou le jugement prononcé respectivement de manière à permettre aux mécanismes de protection des systèmes institués par le présent projet de loi de ressortir pleinement leurs effets. Afin de permettre au greffe du Tribunal d'Arrondissement de s'acquitter de son devoir d'information, la Commission de surveillance du secteur financier communique au greffe une liste des participants luxembourgeois aux systèmes au sens de l'article 34-2, lettre a), ainsi que tout changement y relatif.

Aux termes du *paragraphe (3)*, la Commission de surveillance du secteur financier doit communiquer à son tour sans délai cette information aux opérateurs de systèmes agréés au Luxembourg, ainsi qu'aux autorités étrangères désignées à cet effet par l'Etat membre concerné.

Ad article II.– Modification de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier

Les ajouts proposés dans cet article ne constituent qu'une mise à jour de la liste des personnes et des activités soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF.

*

TABLE DE CORRESPONDANCE

<i>Directive 98/26/CE</i>	<i>Projet de loi</i>
Article 1er	Article 34-3
Article 2, lettres a) à l)	Article 34-2
Article 2, lettre m)	Article 61-3 (1)
Article 3, par. 1	Article 61-2 (2)
Article 3, par. 2	Article 61-2 (1)
Article 3, par. 3	Article 34-6 (4) + 61-2 (1)
Article 4	Article 61-2 (3)
Article 5	Article 61-2 (1)
Article 6, par. 1	Article 34-2, lettre l)
Article 6, par. 2	Article 61-4 (2)
Article 6, par. 3	Article 61-4 (3)
Article 7	Article 61-2 (2)
Article 8	Article 61-4 (1)
Article 9, par. 1	Article 61-3 (2)
Article 9, par. 2	Article 61-3 (3)
Article 10, alinéa 1	Article 34-4
Article 10, alinéa 2	Article 34-6 (4), dernier tiret
Article 10, alinéa 3	Articles 34-4 à 34-7 et 47-1
Article 10, alinéa 4	Article 37-1
Article 11, par. 1	Titre du projet de loi
Article 11, par. 2	Présent tableau
Article 12	/
Article 13	/
Article 14	/

