

N° 4611¹

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

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche du Premier Ministre au Président de la Chambre des Députés (14.6.2000)	1
2) Amendements gouvernementaux (9.6.2000)	2
3) Avis de la Banque Centrale Européenne (20.1.2000)	6
4) Avis de la Banque Centrale du Luxembourg (9.2.2000).....	12

*

**DEPECHE DU PREMIER MINISTRE AU PRESIDENT
DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(14.6.2000)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre du Trésor et du Budget, j'ai l'honneur de vous saisir *d'amendements* au projet de loi sous rubrique.

A cet effet, je joins en annexe le texte des amendements avec un commentaire, ainsi que les avis de la Banque Centrale Européenne et de la Banque Centrale de Luxembourg, à la suite desquels ces amendements ont été adoptés.

Le Ministre aimerait par ailleurs attirer votre attention sur l'urgence de l'évacuation de ce projet, le Luxembourg ayant été cité par la Commission européenne dans son dernier rapport sur la réalisation du marché unique dans le domaine des services financiers comme étant parmi les trois derniers Etats membres qui n'ont pas encore transposé la directive 98/26/CE, dont le délai de transposition a expiré le 11 décembre 1999.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour le Premier Ministre,
Ministre d'Etat,*

*Le Ministre aux Relations
avec le Parlement,
François BILTGEN*

*

AMENDEMENTS GOUVERNEMENTAUX

(9.6.2000)

MOTIVATION DES AMENDEMENTS

Le Gouvernement a soumis le projet de loi No 4611 à l'avis de la Banque centrale européenne (BCE) qui a rendu son avis le 20 janvier 2000. Il échet de constater que la consultation par le Luxembourg a amené la BCE à préciser ses vues sur la compétence du Système européen de banques centrales (SEBC) dans le domaine des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres ainsi que sur la distinction entre cette compétence et la surveillance prudentielle. La Banque centrale du Luxembourg (BcL) a pour sa part émis un avis qui repose sur les considérations générales dégagées par la BCE.

Le Gouvernement estime qu'il convient d'apporter à son projet initial un certain nombre d'amendements pour tenir compte des avis émanant du SEBC tout en respectant les principes ci-après:

- Le SEBC en général ainsi que la BCE et les banques centrales nationales, dont la BcL, en particulier, ont dans le domaine des systèmes de compensation et de paiement des compétences qui leur sont conférées directement par le Traité et par les Statuts du SEBC et de la BCE. Il va de soi que la législation nationale respecte ces compétences et il paraît utile de spécifier dans le droit national que des compétences distinctes au niveau national s'exercent sans préjudice des compétences du SEBC. Par ailleurs, il ne convient pas, dans le cadre du présent projet de loi, de prendre position sur l'interprétation que le SEBC donne de ses compétences.
- Il n'appartient pas non plus au législateur national de conférer à la banque centrale nationale des compétences qu'elle tire directement du droit communautaire. En 1998, le législateur luxembourgeois a été amené par la BCE à modifier la loi sur la BcL afin d'en enlever toutes les dispositions qui auraient ramené au niveau du droit national des stipulations contenues dans le Traité et les Statuts. Il serait dès lors contraire à l'approche bien fondée de la BCE d'insérer maintenant dans la loi sur la BcL des dispositions sur les systèmes de compensation et de paiement, alors que les compétences de la BcL en la matière ressortissent au droit communautaire et sont couvertes par la définition de la mission de la BcL donnée à l'article 2 de sa loi organique du 23 décembre 1998.

Au-delà de ces considérations de principe, par lesquelles le Gouvernement entend souligner que le projet de loi No 4611 ne traite pas des compétences des banques centrales en matière de systèmes de compensation et de paiement, ni pour les infirmer, ni pour les confirmer, les amendements proposés ci-dessous visent à assurer aussi concrètement que l'exercice des compétences d'agrément et de surveillance prudentielle, qui sont visées par l'article 10 de la directive 98/26 et qui restent du domaine national, ne sauraient empiéter sur l'exercice des compétences des banques centrales.

Voilà pourquoi il est proposé de préciser que l'agrément obligatoire pour un opérateur de système n'est pas requis dans le chef d'une banque centrale. Quant à l'agrément facultatif pour les systèmes eux-mêmes, dont il faut souligner l'importance pour la place financière parce qu'il permet de faire bénéficier des dispositions de la directive également des accords entre deux participants, il est proposé de préciser qu'un tel agrément n'est pas requis pour les systèmes auxquels participe une banque centrale. Afin de mieux faire ressortir le parallélisme avec le droit d'établissement, il est en outre proposé que l'agrément soit donné par le Ministre compétent plutôt que par l'autorité de surveillance.

Quant à la surveillance prudentielle des systèmes, dont la BCE a reconnu qu'elle appartenait aux autorités nationales compétentes et qu'elle s'est efforcée de délimiter par rapport à la surveillance systématique („oversight“) exercée par les banques centrales, il est proposé, pour éviter tout double emploi et tout conflit de compétence, de la limiter également aux systèmes auxquels la banque centrale ne participe pas et de la définir suivant les termes employés par la BCE.

Compte tenu de ces propositions d'amendement et comme les lois organiques tant de la BcL que de la CSSF prévoient l'échange d'informations entre les deux institutions, le Gouvernement estime qu'il n'y a pas lieu de légiférer plus en détail sur leur coopération qui doit pouvoir s'organiser de façon autonome.

Enfin, il est proposé de modifier le libellé de quelques articles en suivant les suggestions du SEBC pour mieux l'aligner sur le libellé de la directive.

TEXTE COMMENTE DES AMENDEMENTS

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.

Ad (A):

- Au paragraphe (1) du nouvel article 28-2, les mots „de la Commission“ sont remplacés par les mots „des autorités“.

Commentaire: Cet amendement a pour objet de rendre neutre le libellé en cause qui ne vise pas seulement la CSSF, mais toutes les autorités, notamment le Ministre compétent et la BcL.

- Le paragraphe (2) du nouvel article 28-2 est complété par la phrase: „Le présent paragraphe ne s’applique ni à la Banque centrale du Luxembourg ni à toute autre entité faisant partie du Système européen de banques centrales.“

Commentaire: Afin d’éviter tout malentendu, il paraît utile de préciser que ni la BcL ni la BCE ou toute autre banque centrale faisant partie du SEBC, n’ont besoin d’un agrément au Luxembourg pour exercer l’activité d’un opérateur de système de paiement ou de système de règlement des opérations sur titres. Il est aussi utile de rappeler dans ce contexte que le projet de loi No 4588, actuellement pendant devant le Parlement, contient une disposition qui précise, pour autant que de besoin, que la CSSF n’a aucune compétence de surveillance à l’égard de la BcL.

Ad (C):

Ad Article 34-2:

- A la lettre a) du nouvel article 34-2, le premier tiret est libellé comme suit: „– par le droit luxembourgeois, agréé en tant que système de paiement ou système de règlement des opérations sur titre et notifié en tant que système à la Commission européenne, ou.“

Commentaire: Cet amendement a pour objet d’adapter le libellé du tiret en question aux amendements proposés ci-dessous pour les nouveaux articles 34-3 et 34-4(2).

- Les lettres b) et f) du nouvel article 34-2 sont complétées chacune par l’ajout, à la fin des mots: „dès lors que cette assimilation est justifiée pour des raisons de risque systémique.“

Commentaire: Cet amendement a pour objet d’une part de rendre le libellé des dispositions en question tout à fait conforme à la directive, d’autre part de fournir une référence précise pour la compétence d’avis de la BcL nouvellement inscrite à l’article 34-5 par un amendement ci-dessous.

- A la lettre h) du nouvel article 34-2, les mots „de la Commission“ sont remplacés par les mots „des autorités“.

Commentaire: Cet amendement a pour objet de rendre neutre le libellé en cause qui ne vise pas seulement la CSSF, mais toutes les autorités, notamment le Ministre compétent et la BcL.

- A la lettre l) du nouvel article 34-2, les mots „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“ sont supprimés.

Commentaire: Cet amendement a pour objet de rendre le libellé de la disposition en question tout à fait conforme à la directive.

Ad Article 34-3:

Le nouvel article 34-3 est complété par la phrase suivante: „Il ne s’applique toutefois pas aux systèmes de paiement et aux autres systèmes de règlement des opérations sur titres régis par le droit luxembourgeois qui ont pour participant, au sens de l’article 34-2 f), la Banque centrale du Luxembourg ou toute autre entité faisant partie du Système européen de banques centrales; ces systèmes sont considérés de plein droit comme agréés au Luxembourg à partir de leur notification à la Commission européenne par les soins de la Banque centrale du Luxembourg.“

Commentaire: Cet amendement a pour conséquence que les systèmes de droit luxembourgeois qui ont pour participant, au sens de l'article 34-2, lettre f), la BcL, la BCE ou toute autre banque centrale faisant partie du SEBC, seront considérés de plein droit comme des systèmes au sens de l'article 34-2, lettre a), à partir de leur notification à la Commission européenne par la BcL, sans devoir être agréés par le Ministre. Ces systèmes bénéficieront ainsi pleinement des dispositions des nouveaux articles 61-2 à 61-4.

Ad Article 34-4:

- Au paragraphe (1) du nouvel article 34-4, les deuxième et troisième alinéas sont chacun complétés par les mots: „dès lors que l'agrément d'un tel accord est justifié pour des raisons de risque systémique.“

Commentaire: Cet amendement a pour objet d'une part de rendre le libellé des dispositions en question tout à fait conforme à la directive, d'autre part de fournir une référence précise pour la compétence d'avis de la BcL nouvellement inscrite à l'article 34-5 par un amendement ci-dessous.

- Le paragraphe (2) du nouvel article 34-4 est libellé comme suit: „(2) Le Ministre ayant dans ses attributions la Commission est l'autorité compétente pour accorder l'agrément aux systèmes. La Commission notifie à la Commission européenne les systèmes agréés par le Ministre.“

Commentaire: Pour les raisons évoquées à l'exposé des motifs ci-dessus, cet amendement confère au Ministre, plutôt qu'à la CSSF, la compétence pour accorder l'agrément aux systèmes, à l'instar du droit commun en matière de droit d'établissement.

Ad Article 34-5:

Le paragraphe (1) du nouvel article 34-5 est libellé comme suit: „(1) L'agrément est accordé sur demande écrite de la part de l'opérateur du système et après instruction par la Commission portant sur les conditions exigées par la présente loi, la Banque centrale du Luxembourg étant entendue en son avis sur les aspects de risque systémique.“

Commentaire: Cet amendement découle de l'amendement précédent. Il tient par ailleurs compte de la compétence de la BcL pour les aspects de risque systémique en assurant que les considérations d'ordre systémique seront dûment respectées dans l'exercice de la compétence administrative du Ministre pour l'agrément.

Ad (G):

La seconde phrase ajoutée au paragraphe (1) de l'article 42 aura 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 agréés par le Ministre.“

Commentaire: Cet amendement, qui doit être vu dans le contexte de l'amendement à l'article 34-3, soustrait à la surveillance de la CSSF les systèmes de droit luxembourgeois qui ont pour participant, au sens de l'article 34-2, lettre f), la BcL, la BCE ou toute autre banque centrale faisant partie du SEBC.

Ad (H):

Ad Article 47-1:

Le texte du nouvel article 47-1 est libellé comme suit: „Sans préjudice des missions et des compétences conférées au Système européen de banques centrales et à la Banque centrale du Luxembourg par le Traité instituant la Communauté européenne et par les statuts du SEBC et de la BCE, le Commission est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés par le Ministre. Cette surveillance, qui porte sur la stabilité opérationnelle et financière de chaque système ainsi que des participants aux systèmes, a pour objectif la stabilité du système financier dans son ensemble. A ce titre, la Commission veille à l'application des règles de fonctionnement et à la mise en oeuvre des procédures de règlement et des procédures de gestion des risques dont sont dotés les systèmes qu'elle surveille.“

Commentaire: Cet amendement répond à un souci du SEBC en précisant que la surveillance prudentielle par la CSSF s'exerce sans préjudice des missions et des compétences que le droit communautaire a conférées directement au SEBC en général et à la BcL en particulier. En outre, le libellé de la description de la surveillance prudentielle est adapté à la définition que la BCE s'est efforcée d'en fournir dans son avis.

Ad (I):

Dans la nouvelle troisième phrase insérée au paragraphe (1) de l'article 52, les mots „au Luxembourg“ sont remplacés par „par le Ministre“.

Commentaire: Cet amendement découle des amendements aux articles 34-3, 34-4 et 42 qui limitent la compétence de la CSSF aux systèmes qui n'ont pas de participant faisant partie du SEBC.

*Ad (J):**Ad Article 61-2:*

- La deuxième phrase du paragraphe (1) du nouvel article 61-2 est libellée comme suit: „De même, à partir de ce moment, la compensation ne peut plus être remise en cause pour quelque raison que ce soit, nonobstant toute disposition législative, réglementaire, contractuelle ou usuelle qui prévoit l'annulation des contrats et des transactions conclus avant le moment d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tel que défini à l'article 34-2, lettre l).“
- Il est inséré dans le nouvel article 61-2 un nouveau paragraphe (3) libellé comme suit: „(3) Une procédure d'insolvabilité ne peut avoir, sur les droits et obligations d'un participant qui découlent de sa participation à un système ou qui sont liés à cette participation, d'effet rétroactif par rapport au moment d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tel que défini à l'article 34-2, lettre l).“
- Les paragraphes (3) et (4) du nouvel article 61-2 sont numérotés (4) et (5).

Commentaire: Les amendements proposés à l'article 61-2 ont pour objet de préciser la portée de ce nouvel article en renforçant son libellé, tant en ce qui concerne le caractère définitif de la compensation qu'en ce qui concerne le caractère général de la non-rétroactivité de l'insolvabilité d'un participant par rapport au système.

Ad Article 61-4:

Le premier alinéa du paragraphe 3 du nouvel article 61-4 est libellé comme suit: „La Commission veille à son tour à notifier sans délai à la Banque centrale et à l'opérateur du système agréé au Luxembourg la requête ou la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard d'un participant luxembourgeois.“

Commentaire: Cet amendement tient compte de ce que la CSSF, en tant qu'autorité de surveillance prudentielle de la plupart des participants à des systèmes, est certes l'interlocuteur normal du Tribunal au cas où un tel participant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, mais que la BcL, pour l'exercice de ses missions propres, doit sans délai se voir notifier cette procédure, qu'elle soit ou non participant au système en cause.

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

A la fin du nouveau paragraphe (3) ajouté à l'article 2 de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, les mots „qu'elle a agréés“ sont remplacés par les mots „agréés par le Ministre“.

Commentaire: Cet amendement découle des amendements aux articles 34-3, 34-4 et 42 qui limitent la compétence de la CSSF aux systèmes qui n'ont pas de participant faisant partie du SEBC.

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPEENNE

(20.1.2000)

1. Le 19 novembre 1999, la Banque centrale européenne (ci-après „BCE“) a reçu une demande de consultation du Ministère luxembourgeois du Trésor et du Budget sur un 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 (ci-après dénommée „directive“) 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 (ci-après dénommé „projet de loi“).
2. Dans la mesure où le projet de loi transpose en droit luxembourgeois ladite directive, les autorités luxembourgeoises n’étaient pas, à proprement parler, légalement tenues de consulter la BCE en application de l’article 1, paragraphe 2, de la décision (CE) 98/415 du Conseil du 29 juin 1998 relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation. La BCE s’efforce de promouvoir activement une transposition harmonisée de la directive dans la législation des Etats membres au sein de l’UE afin de favoriser une transparence maximale et la sécurité juridique pour les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres étroitement liés et de garantir l’égalité de traitement dans l’ensemble de l’Union européenne. Dès lors, la BCE se félicite d’avoir l’occasion de donner un avis sur le projet de loi.
3. En outre, le projet de loi porte sur des questions se rapportant directement aux domaines de compétence fondamentaux du Système européen de banques centrales (SEBC) et introduit des éléments qui vont au-delà du champ d’application de la directive. A cet égard, la BCE est compétente pour émettre un avis en vertu de l’article 105, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne (ci-après dénommé „traité“) et de l’article 2, paragraphe 1, de la décision (CE) No 98/415 du Conseil du 29 juin 1998, dans la mesure où le projet de loi concerne les systèmes de compensation et de paiement. Conformément à l’article 17.5, première phrase, du règlement intérieur de la Banque centrale européenne, le présent avis de la BCE a été adopté par le conseil des gouverneurs de la BCE.

A. Observations générales concernant la compétence de l’Eurosystème dans le domaine de la surveillance et le concept de la surveillance par la banque centrale des systèmes de compensation et de paiement, qui est distincte du contrôle prudentiel des institutions financières

4. Le projet de loi propose de confier à l’autorité nationale de contrôle prudentiel (la „Commission de surveillance du secteur financier – CSSF“), à l’exclusion de la Banque centrale du Luxembourg (ci-après „BCL“), la surveillance (y compris l’octroi de l’agrément préalable) des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. En effet, le projet de loi limite strictement le rôle de la BCL à la fourniture de facilités de règlement à certains systèmes et l’exclut de la fonction de surveillance. En outre, le projet de loi prévoit de confier à la CSSF le „contrôle prudentiel“ des systèmes de paiement et de règlement, le „contrôle prudentiel“ des systèmes tel qu’il est envisagé par le projet de loi correspondant aux missions habituelles de surveillance accomplies par les banques centrales.
5. En premier lieu, cette proposition empiéterait directement sur la compétence en matière de surveillance des systèmes de paiement exercée par la BCE et les banques centrales nationales des Etats membres participant à l’Union monétaire (ci-après „Eurosystème“), qui est l’une des compétences fondamentales que leur attribue le traité. En second lieu, s’il n’est pas réexaminé, le projet de loi créerait une situation conflictuelle entre la BCL et la CSSF en ce qui concerne la fonction de surveillance dans la mesure où la BCL continuerait d’assumer la surveillance dans le cadre de l’Eurosystème. En troisième lieu, le projet de loi ne ferait pas une distinction appropriée entre la fonction de contrôle prudentiel, d’une part, et la fonction de surveillance des systèmes de paiement, d’autre part.

6. Avant l'adoption du traité, la surveillance des systèmes de paiement avait déjà été reconnue comme étant l'une des principales fonctions des banques centrales nationales même si ce fait ne s'appuyait pas toujours sur un fondement juridique spécifique et clairement formulé. Le cadre nécessaire à l'exercice de cette fonction, bien qu'informel, a été efficace, car il reposait sur l'expérience technique et sur l'autorité morale des banques centrales nationales. De plus, la cohérence et l'efficacité à l'échelle internationale ont été assurées grâce à l'action coordonnée des banques centrales sur la base des principes établis au niveau du G 10 ou au niveau de l'Union européenne.
7. L'article 105, paragraphe 2¹, du traité et l'article 3.1² des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne (ci-après dénommés „statuts“) fournissent à présent le fondement juridique des activités de surveillance de l'Eurosystème. De plus, la compétence de l'Eurosystème en matière de surveillance des systèmes découle de l'article 22 des statuts, qui stipule que: „La BCE et les banques centrales nationales peuvent accorder des facilités, et la BCE peut arrêter des règlements³, en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements au sein de la Communauté et avec les pays tiers.“ Au sein de l'Eurosystème, les activités de surveillance sont généralement exercées au niveau des banques centrales nationales, conformément à l'orientation commune de la politique en matière de surveillance que le conseil des gouverneurs de la BCE a définie pour l'Eurosystème. La surveillance des systèmes de compensation et de paiement vise à maintenir la stabilité systémique, à promouvoir l'efficacité et à préserver le canal de transmission de la politique monétaire. En particulier, les accords de paiement sont d'une importance capitale pour la conduite de la politique monétaire à la fois d'un point de vue stratégique et opérationnel. Cela exclut toute interférence dans le domaine de compétence de l'Eurosystème en matière de surveillance de la part d'un organe communautaire ou national autre qu'une banque centrale opérant dans le cadre du SEBC ou de l'Eurosystème. L'article 25⁴ de la loi luxembourgeoise du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la BCL est le reflet, au niveau national, du cadre mis en place au niveau européen.
8. En vertu des articles précités du traité et des statuts, conjugués à l'article 12.1, premier tiret⁵, des statuts, le conseil des gouverneurs de la BCE est l'organe de décision chargé d'accomplir les missions de l'Eurosystème dans le domaine de la surveillance. Conformément à l'article 12.1, troisième tiret⁶, des statuts, au sein de l'Eurosystème, les banques centrales nationales sont disponibles, et la BCE recourt à elles, dans la mesure jugée possible et adéquate, pour la mise en oeuvre de la politique de surveillance. Dès lors, le projet de loi ne peut confier la fonction de surveillance à une autorité autre que la BCL, en sa qualité de membre de l'Eurosystème.
9. L'Eurosystème a mis en place un système de paiement par le biais duquel il effectue ses opérations. Il s'agit du système TARGET, dont la composante luxembourgeoise est LIPS-Gross. Le conseil des gouverneurs est chargé de la direction, de la gestion et du contrôle de TARGET. Il serait porté atteinte au principe fondamental d'indépendance, énoncé à l'article 7 des statuts, si le conseil des gouverneurs était soumis, à ce titre, à l'autorité de la CSSF.
10. Le „contrôle prudentiel“ des systèmes, tel que défini dans l'„Exposé des motifs“ et dans le projet de loi lui-même, englobe en fait, en ce qui concerne la CSSF, les activités qui sont traditionnellement des missions de surveillance, et se réfère à certains principes définis par les banques centrales pour l'exécution de leurs activités de surveillance indiquées au point 6 ci-dessus. En outre, la notion de „contrôle prudentiel“ des systèmes (en tant que tels) est inconnue dans les pays industrialisés, où il

1. „Les missions fondamentales relevant du SEBC consistent à: [...] promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement.“

2. „Conformément à l'article 105, paragraphe 2, du traité, les missions fondamentales relevant du SEBC consistent à: [...] promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement.“

3. Cf. article 34.2 des statuts: „Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre.“

4. „La Banque centrale peut accorder des facilités en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements.“

5. „Le conseil des gouverneurs arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC par le traité et les présents statuts.“

6. „Dans la mesure jugée possible et adéquate et sans préjudice du présent article, la BCE recourt aux banques centrales nationales pour l'exécution des opérations faisant partie des missions du SEBC.“

est de règle que les systèmes de paiement soient „contrôlés“ par les banques centrales. Si le droit luxembourgeois devait néanmoins confier à la CSSF la compétence en matière de „contrôle prudentiel“ des systèmes de compensation et de paiement, l'Eurosystème demeurera chargé, pour sa part, de ces fonctions de surveillance et devra les remplir, conformément au traité et aux statuts. Au Luxembourg, cela se traduirait, en pratique, par une situation inhabituelle et complexe, susceptible de donner lieu à des conflits, dans laquelle la surveillance des systèmes de compensation et de paiement serait mise en oeuvre simultanément par la BCL et la CSSF.

11. L'exposé des motifs explique que la CSSF est bien placée pour assumer les fonctions relatives au contrôle prudentiel des systèmes de paiement luxembourgeois dans la mesure où elle n'est pas elle-même impliquée dans l'opération de ces systèmes et n'est donc pas exposée à d'éventuels conflits d'intérêts entre ses fonctions opérationnelles et ses fonctions en matière de contrôle prudentiel. Il convient de noter que l'article 22 des statuts dispose que les banques centrales nationales et la BCE peuvent mettre en oeuvre des systèmes tout en étant chargées, parallèlement, d'assumer les fonctions de surveillance dans le cadre de l'Eurosystème. Cette possibilité qu'offre expressément le fondement juridique de l'Eurosystème doit être considérée comme le signe de la confiance dans l'aptitude de l'Eurosystème à éviter un éventuel conflit d'intérêts entre les activités opérationnelles et les fonctions de surveillance exercées par les banques centrales.
12. Dans le même ordre d'idées, et plus particulièrement en ce qui concerne les systèmes de règlement-livraison de titres (ou dans le projet de loi systèmes de règlement des opérations sur titres – SROT), la BCE note que le projet de loi n'évoque pas la nécessité d'une coopération entre la CSSF et la BCL dans le domaine de la surveillance des SROT luxembourgeois, et ce en dépit de la tendance, à l'échelle internationale, à considérer que la surveillance des SROT requiert également l'expertise des banques centrales. Tout au moins lorsque certains services fournis par les SROT luxembourgeois ont une incidence directe sur le bon fonctionnement de TARGET, la CSSF ne peut se voir accorder la compétence exclusive en matière de surveillance. En effet, Cedelbank fournit des services pour la livraison des sûretés admises en garantie des crédits intrajournaliers dans le cadre de TARGET et mettra prochainement à disposition des facilités permettant d'effectuer le règlement en monnaie de banque centrale. Au moins en ce qui concerne ces deux aspects, la BCL devrait être impliquée directement dans la surveillance de ce SROT. En outre, du fait du „partenariat“ entre le SROT allemand – Deutsche Börse Clearing AG – et Cedelbank, deux SROT nationaux sont à présent détenus par la même société de portefeuille luxembourgeoise, New Cedel International. Dès lors, la compétence en matière de surveillance attribuée par le projet de loi ne peut avoir trait, dans un premier temps, qu'au système mis en oeuvre par Cedelbank et ne peut concerner la surveillance de tout autre système mis en oeuvre hors du Luxembourg ou de tout système qui aurait une dimension „plurinationale“.
13. Comme il est indiquée au point 5 supra, le projet de loi n'établit pas une distinction adéquate entre la fonction de contrôle prudentiel et la fonction de surveillance. Bien qu'il soit sans doute difficile de tracer une ligne de démarcation entre le contrôle prudentiel et la surveillance des systèmes de paiement, un élément fondamental de cette distinction réside dans la différence entre les objets des activités respectives, qu'il est possible de dissocier clairement. Le contrôle prudentiel vise à promouvoir la stabilité des institutions financières (qui peuvent participer aux systèmes de compensation et de paiement et/ou les mettre en oeuvre), tandis que la surveillance a pour objet de promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de compensation et de paiement. Dès lors, les deux fonctions ont certainement des objectifs partiellement communs, le plus évident étant la stabilité du système financier dans son ensemble. Cependant, le contrôle prudentiel met l'accent principalement sur la sécurité et la solidité des diverses institutions financières, tandis que la surveillance se focalise essentiellement sur les systèmes de compensation et de paiement afin de garantir leur bon fonctionnement, de prévenir le risque systémique au sein de ces systèmes ou parmi eux et d'assurer une transmission efficace et fiable des impulsions provenant de la politique monétaire. Par conséquent, les objectifs du contrôle prudentiel et ceux de la surveillance sont distincts sur le plan conceptuel et sont poursuivis avec des conceptions et des instruments différents. Dès lors, il n'est pas nécessaire qu'ils soient combinés et confiés à une autorité unique. Lorsque la banque centrale n'est pas également l'autorité de surveillance bancaire, la poursuite des objectifs communs, les liens entre les systèmes et leurs participants, et les répercussions des défaillances affectant un domaine sur un autre requièrent une coopération étroite et étendue entre les

organismes exerçant les deux fonctions afin que les objectifs communs soient atteints d'une manière optimale. S'agissant de ce dernier point, la BCE accueillerait favorablement l'insertion dans le projet de loi d'une disposition spécifique régissant la coopération et les échanges d'informations entre la CSSF et la BCL.

14. A cet égard, la BCE note également que l'autorité qui consulte n'est pas requise d'associer la transposition de la directive à la modification du droit luxembourgeois relatif à l'organisation du contrôle prudentiel du secteur financier. Cependant, si c'est cette solution qui est retenue, il importerait dans ce cas de définir clairement les compétences respectives dans les domaines du contrôle prudentiel et de la surveillance.

B. Commentaires des articles du projet de loi

– *En ce qui concerne l'article premier du projet de loi:*

15. (A), (C), (G), (H), (I), (J): la BCE prend note du rôle que le projet de loi propose de conférer à la CSSF et souhaiterait faire, en plus des observations formulées dans la partie A supra, un certain nombre de commentaires à ce sujet.

La BCE propose que le projet de loi – et notamment l'exposé des motifs – identifie et se réfère explicitement au caractère spécifique de la surveillance des systèmes de compensation et de paiement, d'une part, et du contrôle prudentiel des institutions financières, d'autre part. A cet égard, la CSSF doit conserver la responsabilité du contrôle prudentiel des institutions financières participant aux systèmes prévus par le projet de loi, mais la BCE recommande que le rôle de la BCL dans le cadre de l'Eurosystème, en ce qui concerne la surveillance (des systèmes de compensation et de paiement par opposition aux entités impliquées) soit mentionné explicitement dans le projet de loi.

16. (A): Article 28-2: „Les opérateurs de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres“

(1) Comme il est indiqué également ci-dessous en ce qui concerne les autres articles, dans l'article 28-2, premier paragraphe, la référence à la CSSF doit être remplacée par une référence à la BCL.

(2) La BCE souhaiterait qu'il soit précisé que ce paragraphe ne s'applique pas à la BCL.

17. (C): Article 34-2: „Définitions“ contient une série de définitions, et notamment les définitions suivantes:

a) „système“: là aussi, les dispositions relatives à la surveillance doivent faire référence à la mission fondamentale de la BCL, qui est de promouvoir la sécurité et l'efficacité des systèmes de paiement (et qui correspond à la mission équivalente du SEBC définie par l'article 105, paragraphe 2, du traité et l'article 3 des statuts). Il convient de noter que la directive ne requiert pas, en tant que telle, que les Etats membres mettent en place une procédure d'agrément des systèmes. Si plusieurs Etats membres participant à la zone euro estiment qu'il est nécessaire de mettre en oeuvre une telle procédure de manière formelle, l'Eurosystème pourrait, à un certain stade, devoir s'assurer du maintien de l'égalité de traitement entre les systèmes au sein de la zone euro. Au niveau local, cela impliquera la participation de la BCL. En conséquence, et bien que la CSSF puisse se voir assigner la tâche de désigner formellement les systèmes (en tant que „systèmes“) et de donner notification de ces systèmes à la Commission des Communautés européennes, la vérification (par exemple au regard des principes ressortissant aux activités de surveillance) et l'octroi de l'agrément des systèmes (en tant que „systèmes“) devraient, de l'avis de la BCE, être assurés par la BCL, éventuellement en coordination et en coopération avec la CSSF, et ce pour tous les systèmes de paiement; en ce qui concerne les SROT, cela devrait s'appliquer au moins à tous les aspects relatifs au règlement des opérations de crédit de l'Eurosystème et à celui effectué en monnaie de banque centrale. En dernier lieu, la BCE accueillerait favorablement l'insertion dans le projet de loi d'une mention confirmant que tous les systèmes de paiement pour lesquels la BCL agit en qualité d'agent de règlement sont automatiquement désignés en tant que systèmes devant être notifiés à la Commission des Communautés européennes.

- l) „moment d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité“. A cet égard, le projet de loi a rajouté à la définition figurant à l’article 6.1 de la directive la partie de phrase „*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*“. Cet ajout doit être supprimé. La directive ne prévoit pas cette alternative, mais définit, d’une manière impérative, le moment de l’ouverture de la procédure d’insolvabilité comme le moment où l’autorité compétente rend sa décision. Cette seconde partie de la définition recèle un risque matériel et une incertitude qui doivent être évités. Dans le projet de loi, il est important que les termes choisis pour la définition en question soient clairs au regard du système juridique luxembourgeois et qu’ils ne s’écartent pas de la définition figurant dans la directive, car c’est à ce stade que cette situation entraînerait des conséquences juridiques importantes découlant des autres parties de la directive.
18. 34-3: „*Champ d’application*“: la BCE note que le nouveau chapitre 5 sur l’agrément des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres „s’applique à tout système de paiement et/ou à tout système de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg“. La BCE prend acte de l’intention de couvrir la totalité des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres agréés en vertu du projet de loi, et considère qu’un tel agrément doit être traité dans l’esprit du point 17 supra. S’agissant de Lux Clear, qui est mentionné en tant que système dans l’exposé des motifs, la BCE comprend que la référence à Lux Clear se rapporte seulement à certains services d’un autre système existant et non pas à un système ou à une entité juridiquement distincte en tant que tel.
19. Article 34-4: „*La demande d’agrément*“:
- (1) La BCE note que le projet de loi introduit la possibilité de couvrir „un accord formel entre deux participants“, comme le permet l’article 2, point (a), dernier paragraphe, de la directive, à condition qu’une telle désignation soit justifiée pour des raisons tenant au risque systémique. La BCE accueillerait favorablement une référence explicite au risque systémique dans le projet de loi, à évaluer dans le cadre du SEBC (y compris la BCL).
- (2) La BCE propose que la phrase „La Commission est l’autorité compétente pour accorder l’agrément aux systèmes“ soit modifiée dans l’esprit du point 17 supra.
20. Article 34-5: „*La procédure d’agrément*“: Le projet de loi soumet à un agrément préalable toute modification de base du système. Si par „modification“, on doit également entendre l’adhésion d’un nouveau membre, cette exigence apparaît trop restrictive pour le fonctionnement du système. En outre, les délais accordés pour statuer semblent exagérément longs.
21. (H): Article 47-1: „*La surveillance prudentielle des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg*“: La BCE propose de supprimer la référence à „prudentielle“ dans le titre du chapitre 2bis et dans celui de l’article 47-1. En outre, elle propose de remplacer la référence à „La Commission“ par une référence à „La Banque centrale du Luxembourg“ et de supprimer les références à „prudentielle“ et aux „systèmes de règlement des opérations sur titres“ dans la phrase „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“. De plus, la BCE propose de remplacer „La Commission“ par „La Banque centrale du Luxembourg“ dans la phrase „A ce titre, la Commission veille à l’application des règles de fonctionnement dont sont dotés les systèmes qu’elle a agréés“.
- Il convient également de modifier en ce sens le paragraphe (G) du projet de loi.
22. (I): là aussi, la BCE propose de remplacer la référence à „La Commission“ par une référence à „La Banque centrale du Luxembourg“ dans la phrase „La Commission tient en outre le tableau officiel des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg“.
23. (J) 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*“:
- (1): le projet de loi ne reprend pas le texte de l’article 3, paragraphe 2, de la directive sur les règles relatives à la „période suspecte“. Compte tenu du caractère général des termes de l’article 61-2,

paragraphe 1, ces dispositions ne remettraient pas en cause les opérations effectuées, du moins au sein du système. Néanmoins, la sécurité juridique se trouverait renforcée si le texte de l'article 61-2 faisait expressément référence aux règles concernant les opérations frauduleuses.

(2): le paragraphe 2 de l'article 61-2 reprend très largement les termes de l'article 3, 1er paragraphe, de la directive. Les principales différences qu'il convient de noter et de prendre en considération sont les suivantes: 1) le projet de loi rajoute „entre parties“ après les mots „ne produisent leurs effets en droit“; 2) le projet de loi rajoute l'opérateur du système à la liste des personnes qui ne doivent pas avoir eu connaissance de l'insolvabilité; 3) le texte emploie la particule conjonctive „et“ au lieu de la disjonctive „ou“ dans la liste des personnes visées.

(3): la BCE note que, selon l'exposé des motifs (pages 12 et 20), l'abolition de la „règle dite de l'heure zéro“ au Luxembourg est confirmée par le premier tiret de l'article 61-2, paragraphe 2, du projet de loi. A cet égard, la position adoptée dans l'exposé des motifs, à savoir que la disposition précitée du projet de loi est suffisante, devrait être réexaminée dans la mesure où l'article 7 de la directive, qui a trait à l'interdiction de toute règle dite de l'heure zéro, est une disposition essentielle. A moins que l'abolition de la „règle dite de l'heure zéro“ soit claire et d'une portée suffisante aux termes des dispositions existantes de la législation luxembourgeoise, comme le précise le projet de loi, une disposition réglementaire explicite devrait être ajoutée au projet de loi pour qu'il reflète les termes de l'article 7. En outre, comme il a été souligné ci-dessus, conformément à l'article 34-2, paragraphe 1, dans sa rédaction actuelle et contrairement à l'article 6.1 de la directive, le moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (que la loi nationale applicable à l'insolvabilité du participant peut fixer autrement) n'est pas nécessairement le moment où l'autorité compétente rend sa décision, mais pourrait, par exemple, le précéder. Dans le contexte de l'article 7 de la directive, cela pourrait conduire à une réintroduction indirecte de l'effet rétroactif de l'insolvabilité en dépit de la disposition de l'article 61-2, paragraphe 2, du projet de loi.

(4): Cette disposition ne s'inscrit pas dans le cadre de la transposition de la directive. Elle prévoit l'insaisissabilité des comptes de règlement auprès d'un opérateur de système ou d'un agent de règlement. La disposition semble avoir été inspirée de l'article 9 de la loi belge du 28 avril 1999. La BCE note cependant que cette disposition s'applique à tout compte de règlement tandis que la disposition correspondante de la loi belge ne concerne que les comptes de règlement en espèces. La BCE est satisfaite de l'introduction de cette règle qui aura pour effet de renforcer la protection des systèmes en éliminant le danger que des saisies intempestives, voire abusives, ne viennent complètement paralyser le règlement d'un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres.

24. *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 des 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.“* Cette disposition transpose l'article 9 de la directive. La BCE estime que la protection prévue par l'article 61-3, paragraphe 2, du projet de loi doit être interprétée, d'une manière générale, comme couvrant toute forme de sûretés en faveur de participants quel que soit l'objet de la constitution d'une telle sûreté (c'est-à-dire qu'elle ne doit pas se limiter à garantir les obligations des participants vis-à-vis de l'opérateur ou des autres participants d'un système, découlant de la participation à ce système). Il est utile de mentionner que les règles en matière de conflit de droit énoncées par la directive sont compatibles avec (a) la règle contenue dans l'article 8 du *U.S. Uniform Commercial Code*, (b) les lois nationales déjà en place dans plusieurs Etats membres, et (c) la tendance observée actuellement dans les études universitaires qui font autorité sur la question complexe des négociations transfrontalières de titres.
25. *Article 61-4, paragraphes 2 et 3:* la BCE propose de remplacer, dans cet article, la référence à „la Commission“ par „la Banque centrale du Luxembourg“.

– *Concernant l'article II du projet de loi*

26. La BCE renvoie aux développements contenus dans la partie A du présent avis et propose de supprimer l'ajout envisagé d'un nouveau paragraphe 3 à l'article 2 de la „loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier“.

27. La BCE confirme qu'elle ne voit pas d'objection à ce que le présent avis de la BCE soit rendu public par les autorités nationales compétentes, si elles le jugent bon. Eu égard à l'application générale des observations faites et à l'importance que revêt pour les marchés financiers internationaux une application uniforme du droit communautaire dans ce domaine, la BCE adressera une copie du présent avis aux autorités nationales compétentes des Etats membres chargées de transposer la directive.

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 20 janvier 2000.

Le Président de la BCE,

[signé]

Willem F. DUISENBERG

*

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE DU LUXEMBOURG

(9.2.2000)

Plan de l'avis:

1. Introduction
2. Observations générales
 - 2.1. Missions de la Banque centrale
 - 2.1.1. Règles de base
 - 2.1.2. Systèmes de paiement: organisation et surveillance
 - 2.1.3. Systèmes de règlement sur titres: organisation et surveillance
 - 2.2. Indépendance de la Banque centrale dans l'exercice de ses missions
 - 2.3. Modalités de collaboration de la Banque centrale avec l'autorité de contrôle prudentiel
3. Propositions de Textes et Commentaires
 - 3.1. Objet du projet de loi
 - 3.2. Modifications de la loi organique de la Banque centrale
 - 3.3. Autres articles du projet
4. ANNEXE: Le contexte de la directive

*

1. INTRODUCTION

Le projet de loi portant numéro 4611, déposé le 16.12.1999, vise à transposer en droit luxembourgeois la directive No 98/26 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 (*JOCE No L 166 du 11 juin 1998*), qui doit être mise en oeuvre dans les Etats membres de la Communauté européenne pour le 11 décembre 1999 au plus tard.

Conformément au droit communautaire, ce projet a été soumis à la Banque Centrale Européenne, qui a communiqué son avis daté du 20.1.2000. Le présent avis s'inscrit dans le prolongement de cet avis. Il vise à en faciliter la transcription en droit luxembourgeois. Une contribution de la Banque centrale aux travaux législatifs est aussi l'occasion d'assurer l'information sur des aspects de caractère opérationnel et technique de certaines de ses missions nouvelles. La BCL ne dispose pas de par sa loi organique, d'une compétence consultative obligatoire, toutefois, les dispositions du projet touchent directement à son statut; par ailleurs certains précédents en droit luxembourgeois, comme la pratique du droit de nombreux autres Etats, incitent la Banque centrale à donner son avis. Les systèmes de paiement comme ceux de règlement des opérations sur titres relèvent actuellement de l'activité de la Banque centrale. Il revient à celle-ci de faire connaître sa position en cas de modification du cadre légal en ce domaine.

De plus, dans son avis du 20 janvier 2000, la Banque centrale européenne constate que le projet de loi enfreint les compétences de la BCL et verse dans une confusion entre d'une part les missions de contrôle prudentiel des opérateurs et des participants et d'autre part la mission des banques centrales de surveillance (*oversight*) des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. L'objet de cette mission dévolue aux banques centrales tient à la prévention du risque systémique, à la promotion de l'efficacité des systèmes et de la sauvegarde des canaux de transmission essentiels pour la politique monétaire (cf. pt 7 de l'avis BCE).

Selon la BCE le projet doit, en tout cas, être amendé sur trois points de base:

1. Il faut reconnaître les compétences fondamentales („core competence“) de l'Eurosystème dans le domaine de la surveillance des systèmes de paiement.
2. Il faut éviter une situation de conflit en permettant à une autorité d'intervenir dans le champ propre des compétences de l'autre.
3. Il faut faire une distinction entre les missions de contrôle prudentiel d'une part et celles de surveillance des systèmes de paiement d'autre part.

L'avis de la Banque centrale comporte une partie générale où sont discutés:

- le rappel des missions fondamentales des banques centrales dans ce domaine;
- les exigences statutaires de la Banque centrale qui ne peut être soumise à l'action d'une autorité de contrôle bancaire nationale;
- le régime de collaboration instauré entre banque centrale et autorité de contrôle prudentiel.

Dans une seconde partie, la Banque centrale fait des propositions de texte.

*

2. OBSERVATIONS GENERALES

2.1. Missions de la Banque centrale

2.1.1. Règles de base

Selon l'article 25 de la loi organique de la BCL: „La Banque centrale peut accorder des facilités en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements“, cette disposition ne peut être interprétée de manière restrictive, mais comme le fait observer la BCE doit être lue dans le contexte du droit communautaire, en particulier de l'article 22 des statuts du Système européen des banques centrales – Banque centrale européenne (SEBC – BCE) et de l'article 105 du Traité CE („Les missions fondamentales relevant du SEBC consistent à définir et à mettre en oeuvre la politique monétaire de la Communauté; ...; à promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement.“, article 105§4) „Le SEBC contribue 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“, article 105§5) et des dispositions de l'article 3 des statuts „promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement“. La promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement comporte deux aspects, d'une part la contribution au fonctionnement des systèmes, c'est ainsi que la Banque centrale du Luxembourg apparaît comme l'agent de règlement de systèmes de paiement et d'autre part la mission de „surveillance“, qui implique une mission d'autorité.

La définition des mesures incombe conformément aux règles du SEBC, au Conseil des Gouverneurs. L'exécution de ces mesures et l'organisation subsidiaire au niveau national incombent à chaque banque centrale et à elle seule. L'article 2 de la loi organique de la BCL lui impose d'agir, à titre exclusif, conformément aux orientations et aux instructions de la BCE. Un Etat membre ne pourrait confier de telles compétences à une autorité nationale non membre du SEBC.

La Banque centrale européenne a ainsi mis en oeuvre la création d'un système de paiement TARGET (acronyme de „*Trans-european Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system*“), comportant un volet national. La Banque centrale européenne aurait pu utiliser pour ce faire le pouvoir réglementaire qui lui a été reconnu en ce domaine conformément à l'article 22 des statuts du SEBC; les actes de la BCE bénéficient de la primauté du droit communautaire, ses règlements sont obligatoires et directement applicables dans tout Etat membre (art. 34.2 des statuts). Dans l'état actuel où jusqu'à ce

jour l'implication des banques centrales dans la surveillance des systèmes de paiement n'était pas contestée, la matière obéit à des guidelines (directives) qui sont des actes relevant de l'ordre juridique communautaire, non susceptibles de contrôle administratif national. La banque centrale nationale est soumise au dispositif de contrôle expressément prévu par ses dispositions organiques et aux orientations et instructions de la BCE (art. 14.3. des statuts).

Conformément au principe de décentralisation du SEBC, il revient donc à la BcL seule de mettre en oeuvre, dans le cadre des règles communautaires, le système luxembourgeois maillon du système européen TARGET; elle assume d'autre part la fonction générale de surveillance des systèmes de paiement. Par contre, il incombe à la CSSF d'assurer le contrôle prudentiel des professionnels, membres de ces systèmes, conformément aux dispositions de la loi organique de la CSSF.

Dans le cadre du SEBC, toute une structure élaborée et complexe de surveillance a été mise sur pied afin de contrer les risques d'instabilité des systèmes:

- Les réunions du Conseil des Gouverneurs sont préparés en cette matière par un comité d'experts dénommé PSSC (*Payment and Settlement Systems Committee*). L'accès aux réunions de ce comité est réservé aux seuls représentants des banques centrales nationales (BCN) membres du SEBC et de la BCE, à l'exclusion de représentants d'autres autorités nationales. Le Conseil émet notamment les normes et principes de fonctionnement applicables aux systèmes de paiement (par exemple: les mesures de gestion des risques et les procédures de règlement). Dans les matières non visées par les décisions du Conseil des Gouverneurs, les BCN continuent à exercer leurs responsabilités d'autorité de surveillance conformément au principe de la subsidiarité.
- Les décisions du Conseil des Gouverneurs sont mises en oeuvre par la BCE par voie de règlements (*regulations*) ou d'orientations (*guidelines*) et par les BCN au niveau national. Les BCN surveillent notamment la mise en oeuvre des mesures de gestion des risques; elles apprécient la compatibilité des règles de fonctionnement d'un système avec les normes minimales; elles veillent au respect des critères d'accès pour les participants; elles effectuent la collecte d'informations concernant les systèmes, les participants dans les systèmes et les prestataires des services de paiement. La cohérence des mesures d'exécution est assurée sur le plan horizontal et décisionnel, par la coopération entre BCN, et sur le plan vertical et consultatif, au sein du comité PSSC.

2.1.2. Systèmes de paiement: organisation et surveillance

Les deux systèmes de paiement mis en place au Luxembourg au cours de la décennie passée, sont gérés par des groupements d'intérêt économique, SYPAL GIE pour la compensation électronique (LIPS-Net) et RTGS-L GIE pour le système de règlement brut (RTGS-L GIE). Ce choix était dicté par deux considérations:

- La nécessité d'une collaboration étroite avec les futurs participants tant au niveau de la conception des systèmes que de leur opération.
- La nécessité d'une implication financière de ces mêmes institutions (en raison des ressources limitées de l'Institut Monétaire Luxembourgeois).

Les organes de chacun des groupements d'intérêt économique, conseil de gérance et assemblée générale, arrêtent les grandes orientations, les budgets et approuvent les comptes annuels.

Le rôle de la Banque centrale dans les deux systèmes est multiple:

Elle assume tout d'abord les fonctions d'organe de règlement dans les deux systèmes. Elle assure ensuite la présidence des deux groupements et a en charge leur gestion administrative ainsi que leur gestion comptable. De plus, l'adresse des deux groupements est établie au siège de la Banque centrale.

Les services divers fournis dans ce cadre font l'objet d'un contrôle spécifique du réviseur externe de la Banque centrale du Luxembourg.

A ce jour, les systèmes de paiement fonctionnant au Luxembourg font l'objet d'une surveillance suivie.

Tout d'abord, que ce soit dans la rédaction des règlements ou dans la conception technique des applications informatiques, la Banque centrale a veillé, dès le début de leur engagement opérationnel au début des années 90, à ce que les deux systèmes de paiement interbancaires luxembourgeois, LIPS-Net et LIPS-Gross, soient conformes aux recommandations du „Rapport Lamfalussy“ (1990) auquel se

réfère la directive elle-même. La BCL collecte également sur base régulière toute une série de statistiques relatives à l'activité de ces systèmes.

Ensuite, plusieurs dispositions des statuts des groupements visent à prémunir la Banque centrale contre des risques émanant des systèmes de paiement. Ainsi, l'admission des membres à un groupement est subordonnée à l'accord de la Banque. De même, l'accord de la Banque centrale est requis dans toute question relative à la sécurité financière et technique des systèmes (cf. respectivement art. 11 et 22 des statuts de deux GIE).

Par ailleurs, les comptes annuels des groupements sont soumis au contrôle du réviseur externe de chaque groupement.

Enfin, les GIE ont lancé plusieurs missions d'audit de nature technique que ce soit l'audit annuel concernant les services rendus par le CETREL¹ en tant qu'opérateur technique du système LIPS-Net ou qu'il s'agisse de la validation du choix et de la mise en place du système de règlement brut LIPS-Gross.

Il peut être observé qu'en l'état actuel, il n'y a pas de systèmes ayant une importance majeure pour le marché financier en dehors des systèmes gérés par la BCL.

Depuis le début des préparatifs de l'Union monétaire, les banques centrales de l'Union Européenne ont coordonné leurs efforts en matière de surveillance des systèmes de paiement. Un premier rapport a été publié en 1992 avec le titre „Issues of Common Concern to the EC Central Banks in the field of the Payment Systems“.

La BCE a récemment précisé dans un rapport interne² ce qu'elle entend par la surveillance des systèmes de paiement. Cette surveillance couvre en principe tous les systèmes de paiement indépendamment du rôle opérationnel que la banque centrale peut assurer dans ces systèmes. Une attention particulière est accordée aux systèmes par lesquels transitent des opérations de gros montant.

D'après le rapport précité, la surveillance des systèmes de paiement se compose de quatre types d'activité:

1. La formulation des principes directeurs/orientations/ (Formulation of policy stance)

La surveillance telle que définie par le SEBC poursuit trois objectifs principaux:

- La maintenance de la stabilité systémique
- La promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement
- La préservation du canal de transmission des opérations de politique monétaire.

2. L'application de ces principes

Les banques centrales nationales exercent leur surveillance conformément au principe de subsidiarité dans les domaines pour lesquels une politique commune de surveillance n'a pas été définie. Face à l'intégration croissante des systèmes de paiement nationaux dans l'Union européenne et au-delà, il importe de souligner la nécessité d'harmoniser les réglementations nationales applicables à ces systèmes. A défaut de règlement de la BCE, seule une coordination étroite entre autorités de surveillance est à même de répondre à cette nécessité.

3. La surveillance continue des activités

Les banques centrales nationales assurent la surveillance continue des activités des systèmes de paiement. Dans les cas de libre prestation de service, la banque centrale en charge de la surveillance assure la coopération avec les autorités de contrôle des autres Etats membres impliqués. Les BCN, y compris la BCL, informent la BCE régulièrement de l'accomplissement de leur mission de surveillance; la BCE peut initier des missions d'audit.

4. La gestion de crises

La gestion de crises dans les systèmes nationaux est de la compétence des banques centrales nationales en étroite liaison avec les autorités de contrôle prudentiel. Etant donné les conséquences possibles sur la gestion des liquidités dans l'union monétaire et partant sur la politique monétaire définie par la BCE, une participation de cette dernière et/ou d'autres banques centrales ne peut pas être exclue.

1 Le CETREL est une société coopérative qui „a pour objet l'étude, le développement, la promotion et l'exploitation de systèmes de paiement et d'opérations bancaires automatisées, y compris les opérations de compensation et d'arbitrage, ainsi que de tout autre système susceptible d'améliorer l'efficacité des services offerts à la clientèle de ses associés“. (art. 3 des statuts)

2 The Framework for the Oversight of Payment Systems in Stage Three of EMU.

Il n'y a donc aucun besoin d'instituer d'autres contrôles au Luxembourg que ceux à mettre en oeuvre par la BCL dans le cadre du SEBC.

2.1.3. Systèmes de règlement sur titres: organisation et surveillance

Les activités de surveillance de la BCL ne se limitent pas au domaine des systèmes de paiement, mais s'étendent aussi à celui des systèmes de règlement des opérations sur titres.

Il est à noter que les systèmes de règlement-titres sont étroitement liés aux systèmes de paiement, dans la mesure où la plupart des opérations sur titres se font contre paiement et impliquent à un moment ou un autre l'exécution d'ordres de paiement entre deux contreparties. Les mécanismes DVP (*delivery-versus-payment*) renforcent encore cette proximité et partant le risque de débordement des crises d'un type de système vers l'autre.

Comme par ailleurs le SEBC a un recours très important à ces systèmes pour la gestion des garanties requises dans le cadre de ses opérations de crédit, il a entamé avant le démarrage de l'Union monétaire un processus d'évaluation approfondie de ces systèmes. Cette évaluation est basée sur neuf standards et a été communiquée aux opérateurs de ces systèmes et au public en général dans deux rapports intitulés „EU securities settlement systems: issues related to Stage Three of EMU“ (février 97) et „Standards for the use of Securities Settlement Systems in ESCB credit operations“ (janvier 98).

Elle a été par la suite étendue aux liens établis entre les systèmes de règlement-titres en vue de l'utilisation transfrontière des garanties déposées en faveur du SEBC (selon les décisions prises par le Conseil des Gouverneurs).

Cette évaluation est très proche de l'activité de surveillance que les banques centrales assument dans le cadre des systèmes de paiement.

Dans ce cadre, la BCL a procédé à une évaluation de Cedelbank Luxembourg, actuellement Clearstream, en tant que dépositaire national et des interconnexions entre Cedelbank et les CSD (*Central Securities Depository*) des autres pays membres de l'Union européenne, dans le cadre des procédures arrêtées auprès du SEBC. Cette évaluation a pour objet de vérifier le caractère adéquat des systèmes, ainsi que leurs conditions de sécurité juridique. Les critères d'évaluation sont fixés par la BCE.

La BCL a par ailleurs organisé une mission de surveillance avec d'autres banques centrales nationales et la Banque Centrale Européenne dans le cadre des mouvements de concentration des systèmes de règlement des opérations sur titres Cedelbank et Deutsche Börse Clearing. Le rapprochement de ces deux opérateurs assurera l'ancrage de Cedelbank (Clearstream) à Luxembourg à long terme. Une continuation de ces travaux est importante pour l'acceptation de nouveaux systèmes par la communauté des banques centrales. Un écartement de la BCL de cette mission au profit de la CSSF ne peut être proposé. Cette mission implique en effet une organisation intégrée, une coopération entre banques centrales à l'intérieur de l'Eurosystème. Une reconnaissance du rôle de la BCL par le législateur luxembourgeois ne peut sans doute que contribuer à l'image de la place et conforter la position de ses acteurs dont Cedelbank.

Enfin, comme le fait observer la BCE (point 12 de l'avis), en dépit de la tendance internationale à considérer la surveillance des systèmes de règlement des opérations sur titres comme exigeant également l'intervention des banques centrales, le projet de loi n'organise pas la nécessaire collaboration entre la CSSF et la BCL dans le domaine de la surveillance des systèmes de règlement-titres luxembourgeois.

Il est à observer que Luxclear qui est mentionné dans l'exposé des motifs ne correspond pas à une entité juridique autonome en droit luxembourgeois. Le vocable vise certains services de Cedelbank, actuellement Clearstream, liés à la gestion des garanties en faveur de l'Eurosystème.

2.2. Indépendance de la Banque centrale dans l'exercice de ses missions

Les membres du SEBC ne peuvent être soumis à un contrôle national non prévue par le droit communautaire.

L'indépendance des Banques centrales participant au Système européen de banques centrales, comme la BCL, est garantie par un ensemble de dispositions et en particulier par l'article 108 (ancien article 107) du Traité instituant la Communauté européenne, repris à l'article 5 § 2 de la loi organique BCL.

„Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés dans le domaine des fonctions du SEBC, ni la Banque centrale, ni un membre quelconque de ses organes ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes de la Communauté Européenne, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organisme.“

Il apparaît ainsi de manière générale, que les dispositions en matière de contrôle prudentiel, qui font l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire, excluent que la banque centrale puisse être soumise au contrôle d'une autorité nationale. Dans l'architecture du SEBC, les banques centrales assument les fonctions qui leur sont imparties dans leur double qualité de banque centrale nationale et d'agent de droit communautaire, sous les seuls régimes de contrôle dûment organisés dans le cadre du SEBC.

Il n'appartient pas à un législateur national de limiter les compétences d'un membre du SEBC.

On peut rappeler que dans un grand nombre d'Etats membres, la banque centrale assume elle-même en plus de ses fonctions monétaires, les fonctions d'autorité en charge du contrôle prudentiel. Il est exclu que dans les Etats pratiquant à cet égard le dualisme institutionnel, la banque centrale soit soumise au contrôle d'un organisme national chargé de missions d'ordre prudentiel.

Le droit bancaire européen organise le contrôle prudentiel des établissements de crédit entre professionnels du secteur financier. La première directive de coordination bancaire (No 77/780 du Conseil du 12 décembre 1977) précise pour autant que de besoin, que cette directive comme l'ensemble des directives qui y font référence, ne concerne pas „l'activité des banques centrales des Etats membres“. Dans le même sens, le projet de loi portant modification de la loi organique de la CSSF, déposé le 24 septembre 1999, propose d'amender l'actuel article 2 de cette loi en y ajoutant un nouveau paragraphe (3): „La Commission n'exerce pas de surveillance à l'égard de la Banque centrale du Luxembourg.“

Dans la gestion des groupements d'intérêt économique opérateurs des systèmes de paiement LIPS-Gross et LIPS-Net, la BCL occupe une place prééminente (comme expliqué ci-dessus). L'attribution à la Commission du pouvoir de prendre inspection des livres, comptes registres ou autres actes et documents des opérateurs en vertu de l'article 53 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, aboutirait à soumettre la Banque centrale au contrôle de la Commission. De même, l'exercice du droit d'injonction et de suspension sur les opérateurs notamment le RTGS-L Gie, tel que ce droit est organisé par l'article 59 de ladite loi, est inconciliable avec le respect des missions propres de la Banque centrale.

Il est intéressant de noter que lors des travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1998, il avait d'ailleurs été proposé de dire expressément que la Banque centrale était soustraite à la surveillance de la Commission de surveillance du secteur financier. Tel était le propos de la Banque centrale européenne, dans son avis du 23 septembre 1998 (document parlementaire No 4468¹):

„Notwithstanding the above mentioned views, the ECB submits that it may be advisable, in order to avoid any misunderstanding, for Law Proposal 2, explicitly to exempt the BCL from supervision by the „Commission de Surveillance du Secteur Financier“.“

L'idée fut reprise dans l'avis de la Banque centrale du Luxembourg du 6 novembre 1998 (document parlementaire No 4468²) lorsqu'elle rappelait que la BCE avait „proposé qu'afin d'éviter tout malentendu, il faudrait prévoir expressément dans le projet sur la CSSF que la Banque centrale est exempte de tout contrôle prudentiel“.

Aussi, dans sa prise de position à l'égard de l'avis de la Banque centrale du Luxembourg du 18 novembre 1998 (document parlementaire No 4468³ et 4469³), le Gouvernement avait-il pensé qu'il „serait utile de compléter l'article 3 du projet de loi No 4469 (CSSF), en ajoutant un nouveau paragraphe (3) libellé comme suit:

„La Commission n'exerce pas de surveillance à l'égard des institutions suivantes:

- la Banque centrale du Luxembourg,*
- la Banque européenne d'Investissement,*
- le Fonds européen d'Investissement.“*

Cette suggestion fut écartée par le Conseil d'Etat dont la motivation fut reprise par le rapport de la Commission des Finances et du Budget du 10.12.1998 (document parlementaire No 4469⁶) dans les termes suivants:

„Le Conseil d'Etat rappelle que ce sont les entreprises, personnes et activités tombant actuellement sous la surveillance prudentielle de la Banque centrale (ancien IML) d'une part, et sous celle du

Commissariat aux Bourses, d'autre part, qui seront contrôlés à l'avenir par la nouvelle Commission. Il n'est dès lors pas nécessaire de rappeler dans le texte de la loi que la Banque centrale du Luxembourg, la Banque européenne d'Investissement et le Fonds européen d'Investissement ne sont pas contrôlés par la Commission de Surveillance du Secteur Financier."

Il est donc clair que nonobstant le fait que le texte exprès afférent à cette question a été finalement omis dans la loi du 23 décembre 1998, aucune surveillance ne peut être exercée sur la Banque centrale du Luxembourg par la Commission de Surveillance du Secteur Financier et qu'en particulier l'agrément d'un système et de son opérateur ne peut en rien toucher à l'activité qu'exerce la Banque centrale du Luxembourg.

2.3. Modalités de collaboration de la Banque centrale avec l'autorité de contrôle prudentiel

La distinction entre les missions respectives de contrôle prudentiel et de surveillance des systèmes est précisée par la BCE (pt 13 de l'avis). Alors que le premier vise le contrôle ex post des établissements individuels, le second consiste en un suivi continu du bon fonctionnement des systèmes en tant que tel.

L'indépendance de la Banque centrale du Luxembourg est pleinement compatible avec la coopération avec l'autorité de contrôle bancaire. La Banque centrale contribue à la bonne conduite des politiques dans le domaine du contrôle prudentiel et de la stabilité du système financier (art. 105, § 5 du Traité CE et art. 3, § 3 des Statuts SEBC). Elle coopère avec la CSSF. A cette fin, l'article 33 (2) permet l'échange d'informations entre la BCL et la CSSF. De même, l'article 44 (7) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier autorise la CSSF à transmettre aux banques centrales des informations destinées à l'accomplissement de leur mission d'autorité publique. Il manque toutefois à ce jour, comme le relève la BCE (cf. pt 13) un dispositif légal qui organise cette coopération.

Il importe que les deux institutions échangent toute information utile à leurs missions respectives. La Commission dispose de par la nature des informations qu'elle collecte, d'éléments utiles à la BCL dans la conduite opérationnelle des systèmes de paiement, ainsi par exemple, un changement d'actionnariat ou le lancement de nouveaux produits ou de nouvelles activités. Inversement la BCL peut détecter à un stade très précoce des changements des comportements des institutions financières qui participent aux systèmes de paiement.

En cas de crise qu'il s'agisse de la défaillance d'un établissement individuel ou d'une crise plus générale, l'échange d'informations devra s'intensifier pour éviter tout risque de propagation des défaillances financières et permettre la résolution ordonnée de la crise.

*

3. PROPOSITIONS DE TEXTES ET COMMENTAIRES

3.1. Objet du projet de loi

Une intervention du législateur s'impose pour transposer la directive susmentionnée. Toutefois, le projet de loi sous rubrique va au-delà des besoins de transposition de la directive 98/26/CE en instaurant une véritable procédure de contrôle et d'agrément des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres non exigée par le droit européen.

Le projet combine la transposition de la directive et la modification de deux législations qui ne sont pas directement liées à la directive. La directive ne s'inscrit pas dans la ligne des textes communautaires organisant le contrôle prudentiel du secteur financier. Une loi distincte serait préférable.

Il est de tradition législative au Grand-Duché de Luxembourg de ne recourir au mécanisme de l'agrément d'acteurs économiques que dans les cas où cette mesure, qui restreint la liberté de commerce et d'industrie, est soit imposée par le développement économique d'une activité nouvelle engendrant des risques spéciaux, soit imposée au législateur national par le droit communautaire. En règle générale sont mis en oeuvre tous les contrôles exigés par le droit communautaire mais uniquement ceux-ci. En l'occurrence, l'établissement d'une procédure d'agrément ne se justifie pas pour des raisons de solidité des systèmes ou de stabilité des marchés.

Une nouvelle intervention du législateur risque d'affaiblir la position concurrentielle de la place financière du Luxembourg, d'une part en raison du surcoût administratif et du caractère onéreux des contrôles et d'autre part en raison des risques d'incohérence avec les réglementations promulguées par d'autres autorités intervenant en ce domaine. L'agrément n'est pas présenté comme strictement obligatoire, mais un système qui n'obéirait pas aux dispositifs du projet de loi serait sans doute écarté du marché.

L'introduction au Luxembourg d'une procédure d'agrément et de contrôle sur les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres constituerait d'ailleurs un précédent dans l'ensemble de la Communauté européenne.

Il est à observer que la CSSF a d'ores et déjà la charge de contrôler les activités des participants et des opérateurs des systèmes de paiement et de règlement de titres, dans la mesure où ils sont des professionnels soumis à son contrôle. La BCE (cf. pt 10) fait observer que la notion de „prudential supervision“ de systèmes comme tels est inconnue dans les pays développés où la coutume veut que les systèmes de paiement soient surveillés par les banques centrales.

A défaut, si le législateur décide de modifier comme prévu dans le projet, la loi organique de la CSSF, il conviendrait aussi de modifier celle de la BCL pour organiser l'action de chacun de ces deux établissements dans le domaine considéré ainsi que leur collaboration. Dans son avis, la BCE considère notamment que si la procédure d'agrément est maintenue, il convient que la BCL en ait la charge. Dans cet esprit figure une proposition de texte sous le point 4.

La Banque centrale estime que le projet gagnerait à être limité aux dispositions obligatoires de la directive 98/26 CE.

Il est aussi procédé d'en faire une loi séparée plutôt que d'amender la loi du 5 avril 1993 qui est essentiellement consacrée au contrôle prudentiel des professionnels du secteur financier.

Elle propose de modifier non seulement la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier mais aussi celle de la même date relative à la Banque centrale du Luxembourg.

Proposition de nouveau titre:

„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

et

modifiant les lois du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg et portant création d'une commission de surveillance du secteur financier“

3.2. Modifications de la loi organique de la Banque centrale

Proposition de texte:

„Art. 25. (1) La Banque centrale veille au bon fonctionnement des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres; elle s'assure de leur efficacité et de leur solidité.

Elle peut faire toutes opérations à ces fins, notamment accorder des facilités.

Elle peut agir en tant que contrepartie centrale, organe de règlement ou chambre de compensation.

Elle est compétente pour prendre toutes mesures adéquates et exercer un contrôle direct à l'égard des gestionnaires de tels systèmes en vue d'assurer que ces systèmes obéissent aux normes internationales ou européennes en la matière.

Elle pourvoit à l'application des règles arrêtées par la Banque centrale européenne en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres au sein de la Communauté européenne et avec les Etats tiers.

En cas de défaut quelconque de la part d'un professionnel participant à ces systèmes, elle saisit l'autorité compétente en matière de contrôle ou de sanction qui veille à ce que les sanctions adéquates soient prises à l'encontre du professionnel défaillant.

(2) La Banque centrale tient la liste des systèmes de paiement et des systèmes de règlement des opérations sur titres au Luxembourg.

Art. 25bis. La BCL et la CSSF échangent les informations nécessaires et utiles et coopèrent mutuellement pour l'exercice par chaque institution de ses propres compétences.“

Commentaire:

La BCL dispose des informations, du savoir-faire et de l'expérience requis pour assumer la mission d'autorité de surveillance aussi bien dans le domaine des systèmes de paiement que dans le domaine des systèmes de règlement des opérations sur titres.

Quant aux systèmes de paiement auxquels la BCL participe, il convient d'éviter un contrôle supplémentaire à celui que la Banque centrale doit effectuer. Ainsi par exemple, l'adhésion de nouveaux membres relève que la Banque centrale et un contrôle additionnel à cet égard pourrait être source de conflits.

Dans le domaine des systèmes de paiement, il est proposé d'attribuer à la Banque centrale la mission de surveillance.

Dans le domaine des systèmes de règlement des opérations sur titres, il convient de consacrer le rôle de la BCL, tel qu'il a été expliqué dans la partie générale du présent avis, et d'organiser la coopération entre la BCL et la CSSF.

Pour cette raison, la Banque centrale propose de modifier l'article 25 de la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg, dans le sens d'une plus grande précision et d'une plus grande clarté, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne et avec les Statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne.

La proposition qui précède vise aussi à renforcer les moyens de contrainte de la BCL à l'égard des participants aux systèmes. La BCL ne dispose pas d'un pouvoir formel et autonome de sanction. Plutôt que d'introduire un régime autonome de sanction, il est prévu qu'elle puisse faire intervenir des autorités dotées d'un tel pouvoir. Il peut s'agir de la BCE à l'égard d'une contrepartie de politique monétaire. Il peut s'agir de la CSSF à l'égard d'un professionnel soumis à son contrôle.

3.3. Autres articles du projet

Concernant l'article 1er:

- (A), (C), (F), (G), (H), (I), (J): Estimant que l'introduction d'une procédure d'agrément n'est pas opportune, la Banque centrale propose de ne pas avoir recours au concept d'„opérateur“.

Conformément à l'avis de la BCE, la BCL suggère de délimiter et de mettre en exergue la nature spécifique de la surveillance des systèmes de compensation et de paiement d'un côté, et de la surveillance prudentielle des institutions financières de l'autre. La BCE recommande de maintenir la compétence de la CSSF en matière de contrôle prudentiel des institutions financières, tandis que le rôle de la BCL en tant que membre de l'Eurosystème dans le domaine de la surveillance des systèmes de compensation et de paiement devrait être clairement mis en évidence dans le projet de loi (cf. avis BCE, pt 15)

- (A): Article 28-2: „Les opérateurs de systèmes de paiement ou de systèmes de règlement des opérations sur titres“:

(1) En cas d'instauration d'une procédure d'agrément et de contrôle malgré les réserves de la BCL, la référence à la CSSF devrait être remplacée par une référence à la BCL, de la même façon qu'indiqué ci-dessous en rapport avec d'autres articles (cf. avis BCE, pt 16).

(2) Il serait souhaitable de préciser que ce paragraphe ne s'applique pas à la BCL (cf. avis BCE).

- (C): L'article 34-2 nouveau prévoit une série de définitions. La Banque centrale propose de s'en tenir le plus près possible des définitions contenues dans la directive 98/26/CE et de supprimer toute référence à une procédure d'agrément. Voir pour le reste pt 17 de l'avis BCE.

[Article 34-3 Nouveau paragraphe 2] Proposition de texte:

„Bénéficient de la protection organisée par la présente loi, les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans lesquels la Banque centrale du Luxembourg assure les fonctions de contrepartie centrale, d'organe de règlement ou de chambre de compensation.“

Commentaire:

La proposition qui précède est conforme à la recommandation de la BCE contenue sous le point 17 de l'avis du 20 janvier 2000.

Il n'appartient pas à une autorité nationale non membre du SEBC de refuser la notification d'un système utilisé par l'Eurosystème.

En tant qu'institution de droit public à laquelle le législateur a clairement attribué ses mission d'ordre public et en tant que membre du SEBC, la Banque centrale du Luxembourg a comme mission de contribuer au bon fonctionnement des systèmes de paiement, en ce compris la fonction de contrôle. Il ne saurait donc y avoir de conflits d'intérêts dans son chef entre ses tâches opérationnelles et sa mission de surveillant des systèmes de paiement.

Il apparaît que le contrôle prudentiel des GIE en dehors de toute coopération avec la Banque centrale du Luxembourg, tel qu'esquissé par le projet, ne permet pas d'atteindre les objectifs que le législateur lui assigne. En effet, „le fonctionnement efficace et ordonné des systèmes de paiement et des systèmes de règlement-titres“ ne saurait être assuré en l'absence d'un suivi opérationnel journalier et de responsabilités opérationnelle et financière en matière de gestion des crises. Ces deux aspects ne sauraient être assumés par la CSSF qui contrôle les activités des institutions financières ex post sur base des informations fournies par les institutions elles-mêmes ou par des réviseurs externes.

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.“: (3):

Proposition de texte:

„Lorsque des titres, y compris des droits sur des titres, sont constitués en garantie, et que le droit relatif aux titres est inscrit légalement dans un registre, un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé situé dans un Etat membre, les droits des titulaires de la garantie relative à ces titres sont déterminés par la loi applicable au lieu de ladite inscription.“

Commentaire:

Il est souhaitable de faire l'usage le plus large possible de la règle de conflit de lois qui déclare applicable aux droits du titulaire de sûretés sur titres inscrits en compte la loi de l'Etat où le compte en question est tenu. Il est à prévoir que l'industrie de la finance accueillera avec faveur une mise en oeuvre généreuse du critère de rattachement prévu à l'article 9, § 2 de la directive 98/26/CE, au-delà de toute participation à des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres.

Le droit international privé connaît d'ores et déjà un principe général selon lequel une sûreté sur des titres inscrits en compte est régie par la loi de l'Etat où ledit compte est tenu, principe qui a été consacré par le dispositif du règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières. L'énonciation de la règle en des termes clairs et précis est cependant utile.

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.“: Indépendamment du choix de l'autorité compétente pour assurer les devoirs d'information prévus à l'article 6, §§ 2 et 3 de la directive, l'article 61-4 (3) devrait imposer à l'autorité compétente de répercuter aux gestionnaires de systèmes l'information qu'une requête visant la suspension des paiements d'un participant a été déposée.

*

4. ANNEXE: LE CONTEXTE DE LA DIRECTIVE

Le rapport des gouverneurs des banques centrales des pays du groupe des Dix, présenté à Bâle en novembre 1990, encore communément appelé „rapport Lamfalussy“, démontrait l'importance des risques systémiques inhérents aux systèmes de paiement opérant sur la base de plusieurs modes juridiques de compensation („*netting*“) des paiements, notamment la compensation multilatérale. S'il est permis à un liquidateur d'un participant de remettre en cause la compensation effectuée, de sorte que les obligations doivent être converties de nettes en brutes, il est à craindre que par un effet domino l'ensemble du système ne soit conduit vers une succession d'insolvabilités et le marché financier vers un désastre.

De même, les systèmes de règlement brut en temps réel, qui sont souvent utilisés pour acheminer des paiements de très gros montants, peuvent être exposés à des risques de liquidités particulièrement graves si le caractère définitif des paiements n'est pas reconnu en cas de défaillance d'un participant.

La problématique des risques se pose en des termes identiques dans le cadre des systèmes de règlement des opérations sur titres.

En outre, la survenance d'une procédure d'insolvabilité risque d'entraver l'efficacité des sûretés garantissant les crédits (*intra-day* ou *overnight*) consentis par un gestionnaire de système ou une banque centrale.

En vue d'éliminer les risques en cas d'insolvabilité d'un participant, la directive 98/26/CE oblige les Etats membres à adapter leur droit interne aux besoins de la sécurité juridique des systèmes de règlement, condition de leur bon fonctionnement. Les Etats membres doivent en particulier assurer la validité et l'opposabilité aux tiers de la compensation, l'irrévocabilité des ordres de transfert, la neutralisation de la règle qui donne un effet rétroactif à l'insolvabilité d'un participant („règle de l'heure zéro“) ainsi que l'opposabilité des sûretés en cas de défaillance d'un participant. La norme communautaire conduit ainsi à introduire un traitement spécifique en cas de procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre d'un participant à un système de paiement ou de livraison de titres.

Mais il ne suffit pas que le seul droit local, qui est normalement applicable aux opérations du système, consacre la protection juridique en cas de défaillance d'un participant national. Il faut encore que le droit étranger applicable à l'insolvabilité d'un participant étranger, établissement communautaire ou d'un Etat tiers, ne puisse pas lui non plus remettre en cause le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, ou mettre en danger les garanties octroyées dans le cadre de ces systèmes. A cet effet, la directive établit des règles de conflit de lois écartant les règles de procédure d'insolvabilité étrangères à celles des systèmes de paiement et de règlement-livraison de titres et déterminant la loi applicable aux sûretés consenties sur des instruments financiers.

La protection des nouvelles règles s'étend aussi bien aux systèmes nationaux (ex: LIPS-Gross, LIPS-Net) qu'aux systèmes transfrontaliers de paiement (ex: TARGET, EURO 1) et de règlement des opérations sur titres (ex: CEDEL).

Enfin, la directive protège les garanties constituées au profit des banques centrales des Etats membres ou de la Banque centrale européenne, notamment à des fins de politique monétaire ou de change. Les sûretés octroyées en faveur de ces banques centrales pour la garantie de leurs crédits ne vont plus courir le risque d'être rendues inefficaces ou d'être entravées en cas d'insolvabilité de l'établissement de crédit débiteur. Ainsi, la directive 98/26/CE contribue à la mise en place du cadre juridique de la politique monétaire européenne.

En droit luxembourgeois, les dispositions introduites par la loi du 9 mai 1996 relative à la compensation de créances dans le secteur financier dans la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, sont destinées à protéger les contreparties d'établissements financiers déclarés en état d'insolvabilité, notamment en assurant l'efficacité des accords de *netting* bilatéral ou multilatéral et en prohibant l'application de la règle dite de l'heure zéro. Les dispositions des articles 61 (2bis) et 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sont d'application générale, s'appliquant aux conditions y visées, aux opérations effectuées entre acteurs du secteur financier, indépendamment du point de savoir si les transactions sont réalisées à l'intérieur d'un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres. La directive en revanche vise spécialement à assurer la sécurité des opérations effectuées dans le cadre d'un tel système. Par ailleurs, le champ d'application *ratione personae* n'est pas identique. En outre, aucune disposition ne garantit à l'heure actuelle l'irrévocabilité des paiements et opérations dans les systèmes, y compris au regard des règles relatives à la période suspecte.

En ce qui concerne le recouvrement des garanties en cas d'insolvabilité, les règles spéciales de droit luxembourgeois régissant les sûretés les plus usitées en matière de systèmes, à savoir le gage, la mise en pension et la fiducie, assurent déjà à l'heure actuelle l'efficacité de la garantie en cas de procédure collective. Le phénomène croissant de participation transfrontière à des systèmes nationaux d'établissements situés à l'étranger a cependant pour conséquence que des sûretés localisées dans un autre pays, et partant soumis à un droit étranger, sont de plus en plus utilisées pour garantir les obligations liées à cette participation. Il s'y ajoute que d'autres sûretés de droit luxembourgeois, qui ne sont pas immunisées contre les effets de l'insolvabilité du constituant, peuvent être consenties.

Le droit international privé luxembourgeois ne prévoit aucune règle consacrant la primauté de la loi du système en ce qui concerne les droits et obligations d'un participant insolvable à l'égard des autres membres.

En revanche, le droit international privé connaît un principe général selon lequel une sûreté sur des titres inscrits en compte est régie par la loi de l'Etat où ledit compte est tenu, principe qui a été consacré par le dispositif du règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières. L'énonciation de la règle en des termes clairs et précis est utile.

Pour les raisons qui précèdent, une intervention du législateur s'impose. Toutefois, le projet de loi sous rubrique va au-delà des besoins de transposition de la directive 98/26/CE en instaurant une véritable procédure de contrôle et d'agrément des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres non exigée par le droit européen.

