

N° 5946¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROPOSITION DE LOI

portant

- **modification de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier;**
- **modification de la loi du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie financière**

* * *

PRISE DE POSITION DU GOUVERNEMENT**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS
AVEC LE PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(2.12.2008)

Monsieur le Président,

En me référant à votre lettre du 11 novembre 2008, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe la prise de position du Gouvernement relative à la proposition de loi sous rubrique.

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

*La Secrétaire d'Etat aux Relations
avec le Parlement,*

Octavie MODERT

*

PRISE DE POSITION

La proposition de loi, qui trouve l'approbation du Gouvernement quant à son objectif, vise à établir en droit luxembourgeois une application automatique d'une compensation légale des actifs en numéraire d'un client d'une banque luxembourgeoise en état de liquidation avec les dettes que ce client a contractées auprès de cette banque.

A ce sujet, il est utile de rappeler que des dispositions visant la compensation entre créances et dettes en cas de sursis de paiement ou de liquidation de banques luxembourgeoises se trouvent dans la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier et dans la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières.

Ainsi l'article 18 de la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières dispose que „Les compensations entre avoirs, opérées en cas de mesures d'assainissement, de procédure de liquidation ou de toute autre situation de concours, sont valables et opposables aux tiers, aux commissaires, aux curateurs et aux liquidateurs ou autres organes similaires, quels que soient les dates d'exigibilité, leurs objets ou les monnaies dans lesquelles elles sont libellées, à condition qu'elles résultent d'opérations qui font l'objet de conventions ou de clauses de compensation bilatérales ou multilatérales entre deux ou plusieurs parties. (...)“ Cet article dont la portée est très large, vu que la notion d'„avoirs“ vise les créances et les instruments financiers, permet la compensation dans les cas cités ci-avant. Cependant cette compensation est soumise à la condition qu'elle soit prévue conventionnellement, par exemple dans les conditions générales de banque. La compensation à l'égard du client est dès lors possible dès que la compensation est explicitement prévue par contrat.

Par ailleurs, l'article 61-12 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier dispose que „L'ouverture de la procédure de sursis de paiement ou de la procédure de liquidation n'affecte pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance de l'établissement qui a la gestion de fonds de tiers, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance, de cet établissement. (...)“ D'après cet article, la compensation est permise en cas de procédure de sursis de paiement ou de liquidation. La compensation visée par ce texte ne s'opère cependant pas automatiquement, mais nécessite une initiative de la part du client de la banque, ce qui lui permet d'éviter des pertes résultant de la vente d'actifs (autres que numéraires) à des cours dépréciés en cas de crise financière notamment. Finalement, on peut encore relever que le montant à concurrence duquel les dépôts en argent sont couverts par le système de garantie de l'AGDL est établi après compensation entre les dettes et les créances d'un même client envers un membre déterminé de l'AGDL. Ceci ressort en effet de l'article 62-1 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier qui dispose que „Constitue un dépôt (...) tout solde créditeur résultant de fonds laissés en compte ou de situations transitoires provenant d'opérations bancaires normales, qu'un établissement de crédit est tenu de restituer conformément aux conditions légales et contractuelles applicables, ainsi que toute créance représentée par un titre de créance émis par un établissement de crédit. Pour le calcul du solde créditeur, la réglementation relative à la compensation et aux créances à compenser est d'application conformément aux conditions légales et contractuelles applicables au dépôt.“

L'AGDL en donne d'ailleurs la même interprétation sur son site Internet dans la rubrique de la „Foire aux questions“ d'après laquelle „Les valeurs couvertes sont définies conformément aux conditions légales et contractuelles qui leur sont applicables, c'est-à-dire que la Garantie est établie après compensation entre les dettes et les créances d'un même client envers le membre concerné de l'AGDL.“

Ainsi peut-on s'interroger sur la valeur ajoutée du nouvel article 61-8-7, dans la mesure où pour les besoins du calcul de la garantie de dépôts, la compensation se fait suivant les termes de l'article 62-1 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

A un moindre degré, le nouvel article 61-8-5 pourrait faire double emploi avec l'article 451 du Code de commerce si le Tribunal rend cette disposition applicable, sur demande de la CSSF ou du Procureur d'Etat, en vertu de l'article 61 (7) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

En ce qui concerne les autres dispositions contenues dans la proposition de loi, on peut retenir par rapport à la législation existante, que ces dispositions se limitent seulement à prévoir une compensation automatique en cas de liquidation d'une banque luxembourgeoise, mais ne s'appliquent toutefois pas lorsque ladite banque se trouve dans une procédure de sursis de paiement. Par ailleurs, la proposition de loi se limite aux avoirs en espèces, alors que la législation existante est plus vaste (avoirs au sens de la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières comprend les instruments financiers et les créances).

En revanche, même si on peut souscrire à l'observation faite dans la proposition de loi que les libellés consacrant la compensation contractuelle dans la documentation des banques luxembourgeoises ne sont pas uniformisés, il n'en reste pas moins vrai que les clauses de compensation et d'unicité de compte sont devenues des clauses de style dans les conditions générales des banques luxembourgeoises.

Toutefois, il est indéniable que des dispositions légales telles que proposées assurent toujours une égalité de traitement d'un point de vue de l'application de la compensation en cas de liquidation d'une banque luxembourgeoise.

Ainsi, on peut retenir que l'automatisme de la compensation présente l'avantage d'une application uniforme de la compensation parmi les déposants mais le désavantage que les parties ne peuvent plus déterminer, en fonction de leurs intérêts, si et à quel moment la compensation devrait s'appliquer. En effet, il pourrait exister un intérêt commun de ne pas appliquer la compensation si un liquidateur, décide sur base de l'article 61-3, paragraphe 2 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, de poursuivre certaines activités de la banque dans la mesure où il estime que cela est nécessaire ou approprié pour les besoins de la liquidation.

Finalement, en ce qui concerne l'article II, il y a lieu de faire référence aux établissements tels que définis à l'article 60, 4ème tiret de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, afin d'éviter toute confusion dans la mesure où la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières ne définit pas les établissements financiers ayant la gestion de fonds de tiers.

Luxembourg, le 28 novembre 2008