

N° 5627²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI**relative aux marchés d'instruments financiers
et portant transposition de:**

- la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE,
- l'article 52 de la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive,

et portant modification de:

- la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier,
- la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif,
- la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme,
- la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés,
- la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier,
- la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances,
- la loi du 3 septembre 1996 concernant la dépossession involontaire de titres au porteur,
- la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg,

et portant abrogation de:

- la loi modifiée du 23 décembre 1998 relative à la surveillance des marchés d'actifs financiers,
- la loi modifiée du 21 juin 1984 relative aux marchés à terme

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements gouvernementaux</i>	
1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (14.2.2007) ...	2
2) Amendements gouvernementaux	3
3) Observations de la Banque centrale du Luxembourg sur l'article 172 du projet de loi.....	6

*

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS AVEC LE
PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**
(14.2.2007)

Monsieur le Président,

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

Ces amendements gouvernementaux ont notamment pour objet de tenir compte des observations reçues de la part de la Banque Centrale du Luxembourg dont je joins une copie en annexe.

Etant donné que la prise en compte des observations de la Banque Centrale du Luxembourg conduit à compléter et à partiellement modifier les conclusions tirées de l'avis de la Banque Centrale Européenne, les amendements gouvernementaux ci-joints remplacent le contenu de ma lettre afférente du 23 janvier 2007.

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

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

*

AMENDEMENTS GOUVERNEMENTAUX

(Conseil de Gouvernement du 9 février 2007)

Amendement No 1: Article 1er du projet de loi

L'article 1er du projet de loi est complété par l'insertion des trois définitions ci-après:

- „1bis) „client“: toute personne physique ou morale à qui un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement fournit des services d'investissement et/ou des services auxiliaires visés à l'annexe II de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;“
- „1ter) „client de détail“: un client autre qu'un client professionnel;“
- „1quater) „client professionnel“: un client qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus. Pour pouvoir être considéré comme un client professionnel, le client doit satisfaire aux critères énoncés à l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;“.

Justification de l'amendement No 1

Alors que l'article 44 du projet de loi introduit dans la loi relative au secteur financier des définitions des différentes catégories de clients y visés, tel n'était pas le cas au niveau du titre I du projet de loi MIFID, qui traite plus particulièrement des marchés d'instruments financiers. Pour éviter des incohérences et incertitudes à cet égard, il se recommande de compléter à cet effet les définitions fournies à l'article 1er du projet de loi.

Amendement No 2: Article 44 du projet de loi

A l'article 44 du projet de loi, les termes „client particulier, non professionnel“ à définir sont remplacés par „client particulier“.

L'article 44 du projet de loi est ensuite complété par l'insertion des deux définitions ci-après:

- „6bis) „conseil en investissement“: la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à la demande de ce client, soit à l'initiative de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers;“
- „18bis) „gestion de portefeuille“: la gestion discrétionnaire et individualisée de portefeuilles incluant un ou plusieurs instruments financiers, dans le cadre d'un mandat donné par le client;“

Justification de l'amendement No 2

La définition 4) doit être corrigée au vu du texte subséquent du projet de loi; quant aux deux définitions qu'il est proposé d'insérer, il s'agit de notions qui figurent à l'article 4, points 4) et 9) de la Directive, et qui sont transposées à l'article 97 du projet de loi (et plus précisément aux articles 24 et 24-3 nouveaux LSF). Or, dans la mesure où ces notions sont utilisées dans le contexte de l'article 37-3 nouveau LSF (art. 136 du projet de loi), il convient d'insérer une définition afférente à l'article 1er nouveau LSF. Il ne faut pas pour autant modifier les articles 24 et 24-3 nouveaux LSF, car dans ce contexte les définitions sont utilisées pour définir le statut de l'entreprise d'investissement.

Amendement No 3: Article 121 du projet de loi

A l'article 121 du projet de loi, la référence à l'article 24 J) est remplacée par une référence à l'article 24-9.

Justification de l'amendement No 3

L'amendement proposé redresse une erreur matérielle, la référence indiquée dans le projet de loi initial n'existe pas.

Amendement No 4: Article 128 du projet de loi

Au début de la première phrase de l'article 128 du projet de loi, le mot „Il“ est remplacé par le texte suivant: „L'article 37-1 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier est abrogé et il“.

Justification de l'amendement No 4

L'actuel article 37-1 LSF n'est pas explicitement abrogé dans le projet de loi initial. Il devient le nouvel article 35-1 LSF et, en outre, l'article 136 du projet de loi introduit un nouvel article 37-1 LSF. Pour éviter tout doute, il est préférable de prévoir expressément l'abrogation de l'article 37-1 LSF dans le projet de loi.

Amendement No 5: Article 144 du projet de loi

A l'article 144 du projet de loi, dans la dernière ligne du paragraphe (9) proposé pour l'article 45 LSF, les termes „établissement de crédit“ sont remplacés par les termes „entreprise d'investissement“.

Justification de l'amendement No 5

L'amendement proposé redresse une erreur matérielle.

Amendement No 6: Article 166 du projet de loi

A l'article 166 du projet de loi, la lettre e) devient la lettre f) et il est inséré une nouvelle lettre e) avec la teneur suivante:

„e) Le paragraphe (3) de l'article 77 est complété par l'ajout à sa fin des nouveaux alinéas suivants:

„Aux fins de l'application du présent article, le conseil en investissement consiste dans la fourniture de recommandations personnalisées à un client, soit à la demande de ce client, soit à l'initiative de la société de gestion, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers visés à la section B de l'annexe II de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Aux fins de l'application du présent article, une recommandation personnalisée est une recommandation qui est adressée à une personne en raison de sa qualité d'investisseur ou d'investisseur potentiel ou de sa qualité de mandataire d'un investisseur ou d'un investisseur potentiel.

Cette recommandation doit être présentée comme adaptée à cette personne ou être basée sur l'examen de la situation propre à cette personne et doit recommander la réalisation d'une opération relevant des catégories suivantes:

- a) l'achat, la vente, la souscription, l'échange, le remboursement, la détention ou la prise ferme d'un instrument financier particulier;
- b) l'exercice ou le non-exercice du droit conféré par un instrument financier particulier d'acheter, de vendre, de souscrire, d'échanger ou de rembourser un instrument financier.

Une recommandation n'est pas une recommandation personnalisée lorsqu'elle est exclusivement diffusée par des canaux de distribution au sens de l'article premier, point 18) de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché ou lorsqu'elle est destinée au public.“

Justification de l'amendement No 6

L'ajout proposé porte transposition de l'article 52 de la directive 2006/73/CE (Directive MIFID de niveau 2).

Amendement No 7: Article 172 du projet de loi

L'article 172 du projet de loi est libellé comme suit:

„**Art. 172.** La loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg est modifiée comme suit:

- a) Le paragraphe (4) de l'article 4 est supprimé.
- b) Un article 22-1 est inséré avec le libellé suivant:

„**Art. 22-1.** (1) La Banque centrale définit les conditions auxquelles des créances doivent satisfaire pour servir de sûreté lorsqu'elle accorde des crédits.

(2) La Banque centrale tient un registre des contrats de mise en gage de créances qu'elle accepte. Elle en définit les règles de fonctionnement et de couverture des frais. Le registre est accessible aux tiers qui envisagent de recourir au gage de créances dans les conditions fixées par la Banque centrale.

(3) La mise en gage de créances au profit de la Banque centrale est opposable à l'égard des tiers à partir de son inscription dans le registre visé au paragraphe précédent.

(4) La garantie en faveur de la Banque centrale par la mise en gage prime toute garantie ultérieure relative aux créances gagées, quelles que soient les conditions de notification au débiteur ou d'acceptation de sa part. Si un tiers, devenu bénéficiaire d'une garantie à l'égard de ces créances, reçoit un paiement afférent en ce compris dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité du débiteur, il est tenu de le verser à la Banque centrale. La Banque centrale peut d'office réclamer ce paiement, sans préjudice de son droit à un dédommagement. Aucune compensation ne peut avoir pour effet de porter atteinte à la garantie en faveur de la Banque centrale à l'égard de ces créances.

(5) Le présent article s'applique également lorsque la Banque centrale agit pour le compte de la BCE ou d'autres banques centrales nationales faisant partie intégrante du SEBC en vue de la constitution transfrontalière de garanties dans le cadre des opérations de crédit de ces banques centrales et en faveur de celles-ci."

c) Un article 27-1 est inséré avec le libellé suivant:

„Art. 27-1. (1) Les créances de la Banque centrale ainsi que de la BCE ou d'une autre banque centrale nationale faisant partie intégrante du SEBC, découlant d'opérations dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes, sont privilégiées sur tous les avoirs détenus par le débiteur, soit auprès de la Banque centrale, soit auprès d'un système de règlement des opérations sur titres ou d'une autre contrepartie au Luxembourg. Ce privilège a le même rang que le privilège du créancier gagiste.

(2) Aucun compte auprès de la Banque centrale, destiné à être utilisé dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes ainsi que de la gestion des avoirs de réserve de change détenus pour des banques centrales étrangères ou des Etats étrangers, ne peut être ni saisi, ni mis sous séquestre, ni bloqué."

d) Le paragraphe (2) de l'article 33 est remplacé par le libellé suivant:

„(2) Sans préjudice des dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC, le paragraphe précédent ne s'oppose ni aux échanges d'informations imposés dans le cadre du SEBC ni à ce que la Banque centrale échange des informations avec la Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances et le Service central de la statistique et des études économiques (STATEC), sous réserve de réciprocité, dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions."

e) Le paragraphe (3) de l'article 33 est complété par l'ajout d'une première phrase avec le libellé suivant:

„Le paragraphe (1) ne s'applique pas au cas où les personnes visées sont appelées à rendre témoignage en justice et au cas où la loi les autorise ou les oblige à révéler certains faits." "

Amendement No 8: Article 178 du projet de loi

L'article 178 du projet de loi, dont la phrase actuelle devient le paragraphe (1), est complété par l'ajout d'un paragraphe (2) libellé comme suit:

„(2) Nonobstant le paragraphe (1), l'article 172 de la présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit la publication de la présente loi au Mémorial. Les gages sur créances constitués en faveur de la Banque centrale du Luxembourg, de la BCE ou d'une autre banque centrale nationale faisant partie intégrante du SEBC par l'intermédiaire de la Banque centrale du Luxembourg avant la date d'entrée en vigueur de l'article 172 de la présente loi, sont inscrits au registre à la date de cette entrée en vigueur, la date initiale d'opposabilité leur restant acquise. Les effets prévus par le paragraphe (4) de l'article 22-1 nouveau de la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg s'appliquent à partir de la date d'inscription."

Justification des amendements Nos 7 et 8

Ces deux amendements au projet de loi sont destinés à intégrer les observations faites par la Banque centrale européenne et par la Banque centrale du Luxembourg dans leurs avis respectifs qui ont été transmis au Conseil d'Etat et à la Chambre des Députés.

*

OBSERVATIONS DE LA BANQUE CENTRALE DU LUXEMBOURG SUR L'ARTICLE 172 DU PROJET DE LOI

TABLE DES MATIERES

- I. *Introduction*
- II. *La mise en gage des créances (article 22.1 nouveau de la loi organique de la BCL)*
 - II.1. Commentaires généraux
 - II.2. Champ d'application
 - II.3. Opposabilité aux tiers
 - II.4. Gestion du gage
 - II.5. Priorité du gage
 - II.6. Secret bancaire et protection des données nominatives
 - II.7. Organisation du registre
 - II.7.1. Fonctionnement du registre
 - II.7.2. Consultation du registre
 - II.7.3. Couverture des frais
 - II.8. Régime transfrontalier
 - II.8.1. Les mécanismes internes de l'Eurosystème
 - II.8.1.1. Le régime de la banque centrale correspondante
 - II.8.1.2. Le régime de la banque centrale assistante
 - II.8.2. Droit international privé et progrès escomptés de l'harmonisation européenne
 - II.8.3. Proposition de texte
 - II.9. Dispositions transitoires
- III. *Régime d'immunité (article 27-1 nouveau)*
- IV. *Coopération entre les autorités nationales (article 33 alinéa 2 nouveau)*
- V. *Conclusion*
- VI. *Annexes*
 - Annexe 1: Projet de loi du 19 octobre 2006 amendé par le gouvernement le 13 décembre 2006
 - Annexe 2: Proposition de textes de la BCL

*

I. INTRODUCTION

Le 26 octobre 2006, le gouvernement luxembourgeois a déposé le projet numéro 5627 de loi relative aux marchés d'instruments financiers¹. Ce projet vise principalement à transposer la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 en droit luxembourgeois, mais il comporte aussi un article 172 ayant trait à la modification de la loi organique de la Banque centrale du Luxembourg du 23 décembre 1998. Le présent avis est limité à cet article de la loi.

La réforme concerne trois aspects importants pour les opérations de la banque:

- utilisation des créances comme sûreté garantissant les crédits accordés par la BCL;
- protection des comptes ouverts auprès de la BCL dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes;
- échange d'informations imposées dans le cadre du Système européen de banques centrales (SEBC) avec la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), le Commissariat aux assurances et le Service central de la statistique et des études économiques (STATEC).

La Banque centrale européenne (BCE) saisie pour avis en date du 26 octobre 2006 par le gouvernement a rendu un avis en date du 11 décembre 2006². Pour l'essentiel, la BCE est favorable au projet mais propose quelques modifications.

Ses propositions de modification sont les suivantes:

- extension du champ d'application de la loi aux situations où la BCL agit comme mandataire d'autres banques centrales de l'Eurosystème pour la constitution transfrontalière de garanties portant sur des crédits dans le cadre des opérations de crédit de l'Eurosystème (paragraphe 2.4 de l'avis de la BCE);
- extension de l'insaisissabilité des comptes ouverts auprès de la BCL aux avoirs des banques centrales étrangères ou des Etats étrangers (paragraphe 3.3 de l'avis de la BCE);
- réinsertion des dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC (paragraphe 4.2 de l'avis de la BCE).

Le gouvernement s'est engagé à y donner suite. Il a modifié son projet de loi initial en conséquence (Annexe 1)³. L'exposé des motifs du projet de loi, relativement sommaire, n'a pas été adapté à ce jour⁴.

1 Projet de loi relative aux marchés d'instruments financiers et portant transposition de: – la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE, – l'article 52 de la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive, et portant modification de: – la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, – la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, – la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, – la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés, – la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, – la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, – la loi du 3 septembre 1996 concernant la dépossession involontaire de titres au porteur, – la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg, et portant abrogation de: – la loi modifiée du 23 décembre 1998 relative à la surveillance des marchés d'actifs financiers, – la loi modifiée du 21 juin 1984 relative aux marchés à terme.

2 Avis de la Banque centrale européenne du 11 décembre 2006 sollicité par le ministère luxembourgeois des Finances sur un projet de loi relative aux marchés d'instruments financiers. L'avis de la BCE est limité à l'article 172 du projet de loi qui contient uniquement les modifications apportées à la loi relative à la BCL.

3 La BCL a reçu une copie de la lettre adressée en date du 13 décembre 2006 par le Ministre du Trésor et du Budget à Mme la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement et au Service central de Législation.

4 Conformément à l'exposé des motifs relatif à l'article 172, „Le présent projet de loi touche deux aspects par rapport auxquels il convient d'adapter la loi organique de la Banque centrale du Luxembourg du 23 décembre 1998. Il s'agit d'un côté des privilèges et immunités de la BCL en tant qu'acteur relevant sur les marchés financiers, de l'autre côté de l'échange d'informations entre la BCL et d'autres entités nationales. La suppression de l'article 4(4) de la loi du 23 décembre 1998 n'est effectuée que pour déplacer cette disposition de l'actuel article 4 où elle n'a pas vraiment sa place vers le nouvel article 27-1 où elle s'insère logiquement.

Le nouvel article 22-1 qui précise les règles régissant la mise en gage de créances auprès de la BCL devient nécessaire pour assurer une mise en oeuvre efficace des règles nouvelles de l'Eurosystème qui, à partir de 2007, accepte des crédits bancaires à titre de sûreté pour des crédits octroyés par les banques centrales nationales. Pour être opposable aux tiers, la mise en gage de créances en faveur de la BCL, qui ne fait pas l'objet d'une notification spéciale, doit être inscrite dans un nouveau registre à tenir auprès de la BCL. Le paragraphe (4) du nouvel article 22-1 est directement inspiré d'une disposition proposée en Belgique, destinée à assurer l'efficacité pratique des gages fournis à la BCL [...].“

La Banque centrale du Luxembourg (BCL ou Banque centrale) tient à clarifier sa propre position à propos du nouveau régime des trois volets de la réforme. Le premier volet de la réforme concerne en particulier la création d'un registre de mise en gage de créances auprès de la BCL (point II de la présente note). Le second volet de la réforme a trait aux dispositions en matière d'immunité. Les nouvelles dispositions résultent essentiellement de la recommandation adressée en 2004 par le Conseil des Gouverneurs de la BCE au gouvernement luxembourgeois. Il permet également d'éviter la répétition d'incidents qui ont mis en exergue le besoin de protéger les avoirs détenus auprès de la Banque centrale contre des mesures qui pourraient affecter la continuité de ses services d'intérêt général (point III de la présente note). Enfin, le troisième volet concerne l'élargissement de l'échange d'informations entre la BCL d'une part et les autorités publiques nationales spécialisées d'autre part (point IV de la présente note). Les présentes observations ont fait l'objet de discussions avec le Comité des juristes de la BCL.

Il peut être observé que le projet ne porte que sur quelques aspects d'une réforme nécessaire par ailleurs. La BCE a déjà signifié au gouvernement la nécessité d'adapter le dispositif légal de la Banque centrale, notamment en matière de statistiques, de stabilité financière, de surveillance des systèmes de paiement et de règlement des opérations de titres ou en matière d'instruments de paiement.

Si le projet de loi présente certaines dispositions de l'avant-projet de loi organique soumis par la BCL au mois de février 2006, il est rappelé que cette dernière considère important que la présente réforme s'inscrive dans une réforme plus large de sa loi organique.

*

II. LA MISE EN GAGE DES CREANCES **(article 22.1 nouveau de la loi organique de la BCL)**

II.1. Commentaires généraux

L'article 172 du projet de loi résulte de la nécessité d'adapter la loi organique de la Banque centrale du 23 décembre 1998 à l'évolution de l'Eurosystème.

Depuis le 1er janvier 2007, les treize banques centrales nationales (BCN) membres de l'Eurosystème doivent accepter, en garantie de leurs crédits, non plus seulement des valeurs mobilières, mais également des créances bancaires à titre de garantie⁵.

En vertu de l'article 18.1 des statuts du SEBC et de l'article 22 de sa loi organique, la BCL ne peut accorder de crédits que moyennant une sûreté appropriée. L'acceptation de créances à titre de garantie est une nouveauté pour la BCL, contrairement à d'autres BCN de l'Eurosystème, notamment en France et en Allemagne. La mise en oeuvre de cette disposition de l'Eurosystème se fait auprès de chaque BCN dans le respect de son droit national. Le régime introduit de ce fait n'est pas sans complexité au niveau de l'Eurosystème.

Le Conseil des Gouverneurs de la BCE s'est prononcé en faveur d'un régime juridique harmonisé dans l'Union européenne. Il a commandé des travaux pour que le résultat soit atteint à l'horizon 2012.

D'ores et déjà, la BCL a adapté ses conditions générales qu'elle a communiquées à ses contreparties – les banques de la place financière – et publiées sur son site Internet (www.bcl.lu). Pour l'essentiel il est prévu d'utiliser un „Master pledge agreement for credit claims“, dans le respect de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Le banquier constituant doit notifier la mise en gage au débiteur et il est autorisé à continuer d'exercer les droits liés à la créance, sans préjudice du droit de la BCL bénéficiaire du gage. Des dispositions sont prévues pour l'utilisation transfrontalière des créances, comme expliqué ci-après (point II.8 de la présente note).

Le nouveau régime reste complexe, surtout pour la BCL qui, plus que d'autres BCN, est confrontée aux situations transfrontalières.

⁵ D'après la Documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème adoptée par le Conseil des Gouverneurs de la BCE au titre d'une orientation du 31 août 2006 (publiée au JOUE L 352/38 du 13 décembre 2006), les débiteurs ou garants éligibles sont des sociétés non financières, des organismes du secteur public et des institutions internationales ou supranationales.

Par ailleurs, la situation de la BCL est particulière au niveau de l'Eurosystème. Les risques provenant des opérations de la BCL avec le secteur financier sont d'importance systémique, compte tenu de l'importance relative du marché financier luxembourgeois. La BCL est la deuxième banque centrale par ordre d'importance en termes des liquidités attribuées aux établissements de crédit et de montants de garanties utilisées pour les opérations de politique monétaire⁶.

Une partie importante des actifs utilisés aux fins de garantie des opérations de crédit de l'Eurosystème dans un cadre transfrontalier provient du Luxembourg. Selon les chiffres disponibles au mois de septembre 2006, les avoirs mobilisés en faveur de la Banque centrale représentaient 3,5% de l'ensemble des garanties constituées auprès de l'Eurosystème. L'activité de la BCL, agissant comme banque centrale correspondante au profit d'une banque centrale de l'Eurosystème, représentait 25,4% occupant ainsi la première place parmi les banques centrales de l'Eurosystème. Ces chiffres toutefois ne comprennent pas les actifs non négociables dont les créances qui ne sont acceptées que depuis le 1er janvier 2007. A ce titre, la BCL se doit de disposer d'une infrastructure et d'un cadre juridique adapté.

Dans la mesure où le projet permettra de faciliter l'utilisation des créances à titre de garantie, la BCL, tout comme la BCE, l'accueillent favorablement. La création d'un registre par la Banque centrale offre une sécurité juridique et opérationnelle supérieure au système légal mis en place imposant une notification au débiteur de la mise en gage de créances.

Le registre introduit une nouveauté dans le droit luxembourgeois par un régime d'opposabilité simple et efficace. La mise en place du registre au Luxembourg assure une publicité de la mise en gage de créances d'une banque centrale de l'Eurosystème. Elle offre un surcroît de protection à la BCL comme aux intermédiaires qui pourront avoir accès à ce registre. Le registre apporte un instrument de sécurité juridique important.

La réforme s'inscrit dans la ligne de celles récemment conduites dans plusieurs pays de la zone euro dont la Belgique, l'Espagne, la Grèce, le Portugal et la Slovénie même si les modalités de fonctionnement des registres auprès des BCN des pays en question divergent encore à l'heure actuelle.

Si le projet est inspiré de la loi belge du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses⁷, il comporte par rapport à celle-ci et suite à la modification résultant de l'avis de la BCE une substantielle amélioration. Contrairement à la législation belge, le projet de loi vise à s'appliquer non seulement aux gages luxembourgeois mais aussi aux gages constitués dans un cadre transfrontalier.

En ce sens, le projet de loi peut renforcer la position du Luxembourg au regard de futures règles d'harmonisation européenne. A moyen terme, l'interconnexion des registres des banques centrales pourrait permettre au niveau de l'Eurosystème un fonctionnement harmonieux des garanties.

II.2. Champ d'application

L'article 22-1 nouveau régit la mise en gage de créances au profit de la BCL et des BCN de l'Eurosystème.

Depuis 1999, la Banque centrale recourt essentiellement au gage pour des raisons opérationnelles. Il est observé que les conditions générales de la BCL prévoient également l'utilisation d'autres mécanismes de garanties. La BCL accepte ainsi, par exemple, la mise en pension de valeurs mobilières⁸. Les statuts du SEBC et de la BCE prévoient en effet que la BCE et les BCN peuvent effectuer des opérations de crédit avec des établissements de crédits et d'autres intervenants du marché sur base d'une sûreté appropriée pour les prêts (article 18) („adequate collateral“). Cette disposition est actuellement traduite à l'article 22 de la loi organique de la BCL.

La BCL comprend que nonobstant les termes de l'article 22-1, elle n'est pas limitée dans son choix d'accepter d'autres formes de mise en garantie, ceci par application du droit commun, en particulier la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. La BCL est libre de déterminer les techniques de garantie appropriées par la rédaction de ses conditions générales dans le respect de sa loi

6 Extrait de l'avis de la Banque centrale européenne du 25 mai 2005 relatif au projet de loi sur les contrats de garantie financière ((CON/2005/12), JO L 168 du 27 juin 2002, page 43) et mis à jour pour l'année 2006

7 Chapitre VII – Modification de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique (Moniteur belge du 28 juillet 2006 – Ed.2, page 36950)

8 Article 8.4 Mise en garantie des actifs

organique et des statuts du SEBC. La BCL estime dès lors que l'article 22-1 (alinéa 4) dans sa version du 13 décembre 2006 peut demeurer inchangé.

En revanche, il n'est pas prévu de mentionner dans le registre les autres garanties en faveur de la BCL ou d'une banque centrale de l'Eurosystème. C'est pourquoi le registre, du moins dans un stade initial, ne porte que sur la mise en gage de créances et non sur toutes les valeurs mobilières fournies à titre de garantie.

Enfin, la méthode prévue à l'article 22-1 s'applique de manière exclusive. Les contreparties qui souhaitent mettre en gage des créances au profit de la BCL ou d'une banque centrale de l'Eurosystème sont tenues d'utiliser le registre.

II.3. Opposabilité aux tiers

En droit luxembourgeois, la dépossesion se réalise à l'égard de tous les tiers lorsque, pour les créances, la constitution du gage a été notifiée au débiteur des créances nanties ou acceptée par ce dernier (article 5(3) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière).

Il est prévu que dorénavant, la mise en gage de créances au profit de la BCL est opposable à l'égard des tiers à partir de son inscription dans le registre (troisième alinéa de l'article 22-1).

Le texte actuel innove en droit luxembourgeois en remplaçant la notification du débiteur par une inscription dans le registre aux fins de rendre le gage opposable aux tiers. Il n'est guère commode pour les professionnels de recourir à des notifications par voie de lettre recommandée. Suite à la réforme, si le banquier constituant continue à assurer l'information du débiteur, celle-ci ne conditionne plus la validité du gage ni son opposabilité aux tiers.

Le but du législateur n'est pas de modifier le droit commun en matière de garantie financière tel qu'il résulte en particulier de la loi du 5 août 2005 relative aux contrats de garantie financière, mais de prévoir simplement une nouvelle procédure d'opposabilité aux tiers au profit de la BCL. La loi de 2005 demeure applicable à toutes les autres questions non régies par l'article 22-1.

II.4. Gestion du gage

En accord avec les règles de la BCE, la BCL n'entend pas intervenir dans la gestion du prêt, sauf en cas de défaut de paiement de sa contrepartie.

Conformément aux arrangements contractuels avec les banquiers constituants mis en oeuvre à l'initiative de la BCL depuis le 1er janvier 2007, le débiteur peut continuer à payer valablement entre les mains de son créancier jusqu'au jour de la notification par la BCL du défaut au débiteur.

L'introduction du registre n'entraînera pas de modification de la gestion du gage prévu actuellement. Les contreparties continueront à assurer la gestion des créances sous réserve des droits de la BCL, notamment en cas de défaut des contreparties.

La Banque centrale doit se prémunir contre le risque de disparition de son gage notamment en cas de faillite de la banque constituante. A cette fin, la BCL aura recours au droit commun ainsi qu'aux techniques contractuelles qu'elle met en place.

Une solution alternative pourrait constituer à prévoir que tous les montants reçus du débiteur sont considérés comme étant reçus et détenus par l'établissement de crédit à titre fiduciaire. Les comptes fiduciaires seraient régis par la loi du 27 juillet 2003 relative aux contrats fiduciaires. Dans l'état actuel des travaux, pour la facilité des contreparties et tenant compte de la couverture suffisamment large pour garantir les sommes prêtées aux contreparties, la BCL ne prévoit pas, à ce jour, d'imposer le recours à de tels comptes fiduciaires à tenir par les intermédiaires financiers.

II.5. Priorité du gage

L'alinéa 4 de l'article 172 prévoit que la garantie en faveur de la Banque centrale par la mise en gage prime toute garantie ultérieure relative aux créances gagées.

Dans son avis, la BCE examine la priorité du gage de la BCL par rapport aux gages antérieurs et s'exprime en ces termes: „A moins que le législateur luxembourgeois n'entende conférer à la BCL une primauté absolue liée à l'inscription d'un gage sur crédits dans le registre, quelle que soit la date de cette inscription, ce qui pour des raisons de sécurité juridique devrait être indiqué clairement dans le

projet de loi, un tel conflit devrait être résolu par application de l'adage *prior tempore potior iure*. Par conséquent, le gage antérieur qui serait créé par application de l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005 primerait sur le gage de la BCL (page 3 de l'avis de la BCE)“.

Au regard des principes généraux, en particulier de sécurité juridique, il semble qu'une primauté absolue en faveur de la BCL, même par l'inscription dans le registre, vis-à-vis des gages antérieurs paraisse excessive risquant de porter atteinte aux droits légitimes des tiers.

C'est par la voie contractuelle que le risque résultant d'une sûreté antérieure devrait pouvoir être limité. En effet, au niveau contractuel, la BCL reçoit la confirmation par ses contreparties que la créance gagée est libre de toute sûreté généralement quelconque préalable (article 4.2.3 du „Master pledge agreement for credit claims“).

II.6. Secret bancaire et protection des données nominatives

La BCL a consacré des travaux importants visant à respecter les dispositions protectrices du secret bancaire en ce domaine.

Les informations mentionnées sur le registre, notamment les données personnelles des constituants des gages et des débiteurs, peuvent être visées par le secret bancaire ou celui des affaires (voir dans ce sens l'article rédigé par Melle Elisabeth Simoes Lopes dans le Bulletin de la BCL 2004/3 (page 68 et suivantes) intitulé „la mise en garantie de prêts bancaires auprès de la Banque centrale du Luxembourg au regard du secret bancaire luxembourgeois“). Les personnes visées ne seront pas des personnes physiques mais des personnes morales.

Les données en question peuvent faire l'objet d'une communication au sein de l'Eurosystème mais peuvent également être transmises à des tiers à l'occasion de la réalisation du gage par une banque centrale.

En droit luxembourgeois, le secret professionnel visant la protection des acteurs a un caractère d'ordre public. Pour autoriser la transmission d'informations individualisées, il y a lieu de tenir compte de l'intérêt de la banque et de son client. En l'espèce, la divulgation des informations se fera indubitablement dans l'intérêt de l'établissement de crédit, qui souhaite donner en garantie des prêts bancaires. Dans une certaine mesure, la communication des informations s'opérera également dans l'intérêt du débiteur de la contrepartie. En effet, l'intérêt du client de la banque pourra, selon les cas, résider dans des conditions plus favorables accordées par la banque ou dans l'acceptation même du prêt par la banque qui voudra en faire un prêt mobilisable dans le cadre des opérations de politique monétaire ou de crédit intrajournalier.

Afin d'écarter la critique de violation du secret bancaire, il est prévu que les contreparties de la BCL insèrent une clause-type dans les contrats de prêts bancaires signés avec leur débiteur. L'insertion de cette clause est une condition d'éligibilité de la garantie.

Cette clause-modèle figurant à l'annexe 8 des conditions générales de la BCL est ainsi rédigée:

„Le [débiteur] accepte et autorise la transmission par le [prêteur] à la Banque centrale du Luxembourg et à tout autre membre de l'Eurosystème, et l'utilisation, par ou pour le compte de ces entités (y compris la transmission au sein de l'Eurosystème), de toute information ayant trait au débiteur et à la relation de crédit nécessaire dans le cadre de la mobilisation de la créance comme garantie au profit de la Banque centrale du Luxembourg ou d'un autre membre de l'Eurosystème (y compris l'inscription dans un registre accessible à des tiers ou toute autre mesure de publicité requise pour la création ou le maintien de la garantie) et, le cas échéant, dans le cadre de la réalisation de cette garantie par ces entités (y compris la transmission de ces informations à des tiers se portant acquéreurs de la créance gagée).“

II.7. Organisation du registre

En vertu du deuxième paragraphe de l'article 22-1 (deuxième phrase), la BCL „définit les règles de fonctionnement et de couverture de frais du registre“.

Conformément au principe de la transparence qui guide l'action de l'Eurosystème, la BCL adoptera les règles de fonctionnement prévues par la loi après avoir consulté le marché.

II.7.1. Fonctionnement du registre

En attendant l'attribution d'un pouvoir réglementaire de la BCL, les modalités de fonctionnement du registre seront régies par voie de circulaire, tenant compte de la pratique généralement en vigueur depuis des décennies au Luxembourg.

Il s'agit certes d'une compétence importante pour la BCL. Il convient d'éviter d'imposer au pouvoir exécutif la charge de prendre des dispositions d'exécution de caractère technique et changeant. La BCL rappelle qu'elle a proposé de mettre en oeuvre un pouvoir réglementaire direct fondé sur le nouvel article 108bis introduit dans la Constitution par la loi du 19 novembre 2004 (Mémorial A 186 du 25 novembre 2004 page 2784). Dans l'avant-projet de loi soumis par la BCL au gouvernement en février 2006, une section spécifique est consacrée au régime des actes de la BCL (section 8).

Les règles de fonctionnement et de couverture de frais seront définies par la BCL dès l'adoption de la loi après consultation du marché. Il est prévu de s'inspirer, dans la mesure du possible, des dispositions récemment introduites auprès d'autres banques centrales en particulier par la Banque Nationale de Belgique qui, dans son Règlement des crédits intrajournaliers et des opérations de politique monétaire au 1er janvier 2007, a prévu des dispositions notamment sur la constitution de la garantie, la modification et substitution de la sûreté, la mainlevée et les frais de gestion.

La BCL précisera les conditions de tenue du registre et son accès par voie électronique ou sous une autre forme.

II.7.2. Consultation du registre

Le projet de texte prévoit que le registre de gage est accessible aux tiers qui envisagent de recourir au gage de créances dans les conditions fixées par la BCL (troisième phrase, deuxième alinéa).

La BCL interprète la disposition du projet de manière à permettre l'accès au registre aux tiers présentant un intérêt légitime. Sont visés spécialement les créanciers-gagistes ultérieurs et les titulaires potentiels de droits réels, tels les cessionnaires.

Il s'avère que la publicité totale du registre peut entraîner une charge logistique lourde pour la Banque. Certaines garanties n'étant entourées d'aucune publicité, cette publicité relative n'apparaît pas comme problématique en soi. En outre, les données y contenues sont visées par les règles du secret professionnel et la législation relative à la protection des données.

Pour la procédure de consultation, la BCL envisage de s'inspirer du règlement belge⁹ libellé comme suit:

„Les tiers qui envisagent d'accepter une sûreté ou un droit réel sur un crédit bancaire, disposent d'un droit de regard limité dans Euro Collateral Management System (ECMS). A cet effet, ils adressent par voie écrite au service Back Office, département Marchés Financiers, la question de savoir si un crédit déterminé a été enregistré comme mis en gage en ECMS. Ils mentionnent l'identification du débiteur et du créateur du crédit, ainsi que le code d'identification attribué au crédit. Si ce code d'identification n'est pas disponible, la contrepartie de laquelle le tiers envisage d'accepter la sûreté ou le droit réel, pose elle-même la question au service Back Office, en mentionnant l'identification du débiteur et du créateur et les coordonnées du tiers en faveur de qui elle pose la question. Le service Back Office répond aux questions au moyen d'un formulaire standardisé qui ne contient qu'une affirmation ou une négation de l'enregistrement. Le formulaire-réponse sera toujours envoyé directement au tiers, avec copie à la contrepartie au cas où celle-ci a posé la question en faveur du tiers.“

II.7.3. Couverture des frais

Conformément à la loi et aux principes généraux de bonne gestion de service public, il revient à la BCL de répercuter sur les contreparties les coûts engendrés par l'inscription au registre. Néanmoins, les coûts resteront modiques, largement inférieurs aux coûts liés au régime actuel de notification.

Il en va de même pour les coûts de consultation, laquelle fera l'objet d'une modique redevance tenant compte des frais de la BCL.

⁹ Règlement des crédits intrajournaliers et des opérations de politique monétaire de la BNB (1er janvier 2007)

II.8. Régime transfrontalier

Dans le cadre de la mise en gage de créances, la BCL agit pour son propre compte ou, selon les cas, pour le compte d'autres banques centrales de l'Eurosystème.

En raison de l'exiguïté du territoire luxembourgeois, les créances données en gage par les contreparties luxembourgeoises comportent souvent un élément d'extranéité. Ceci est toujours le cas lorsque la BCL agit comme le mandataire des banques centrales étrangères. Par rapport aux partenaires de l'Eurosystème, c'est la BCL qui aura la part la plus importante de gages impliquant un élément d'extranéité.

Or, l'opposabilité aux tiers et la priorité des gages sur créances dans un contexte transfrontalier pose de nombreuses questions de droit international privé.

A ce stade, les règles de conflit de lois, et notamment les règles relatives à la détermination de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers des gages, ne sont pas harmonisées au niveau européen.

Le droit luxembourgeois ne comporte pas de disposition de droit international privé régissant spécialement la mise en gage de créances. L'article 23 de la loi du 5 août 2005 vise uniquement les conflits de loi relatifs aux garanties sous forme d'instruments transmissibles par inscription en compte. Pour régler ces questions, le droit international privé de la cession de créance a été pris en considération. Pour déterminer l'opposabilité de la cession de créance aux tiers, le facteur de rattachement admis traditionnellement en droit luxembourgeois a été retenu, à savoir le lieu du domicile du débiteur-cédé ou plutôt en l'occurrence le lieu du débiteur de la créance.

Pour pallier la complexité de la situation au niveau juridique, l'Eurosystème a limité l'utilisation de créances suivant des critères prédéterminés. En effet, le nombre total de lois applicables (i) à la contrepartie, (ii) au créancier, (iii) au débiteur, (iv) au garant, (v) au contrat de prêt ainsi (vi) qu'au contrat de mise en gage ne peut pas dépasser le nombre de deux.

Par ailleurs, les lois applicables doivent être les lois d'un Etat membre de la zone euro.

Les questions de droit international privé sont actuellement appréhendées par les mécanismes internes spécifiques de l'Eurosystème qui font l'objet de diffusions sur les sites des BCN. A l'avenir, ils devront, le cas échéant, être adaptés par l'adoption de règles harmonisées au niveau européen.

II.8.1. Les mécanismes internes de l'Eurosystème

L'Eurosystème prévoit deux mécanismes pour l'utilisation de créances transfrontalières à titre de sûreté.

II.8.1.1. Le régime de la banque centrale correspondante

Le modèle de banque centrale correspondante repose sur un arrangement contractuel entre les banques centrales. Il appartiendra à la banque centrale correspondante d'entreprendre toutes les démarches nécessaires pour mobiliser la créance en faveur de la banque centrale du pays d'origine, c'est-à-dire la banque centrale nationale de l'Etat membre où la contrepartie est implantée.

Le régime trouve à s'appliquer dans les cas où la loi applicable au contrat de prêt est différente de la loi applicable à la loi du siège de la contrepartie. Le critère retenu au niveau de l'Eurosystème pour déterminer la banque centrale correspondante compétente est la loi applicable au prêt bancaire. Les modalités prévues par les banques centrales de l'Eurosystème pour parvenir à ces fins varient en fonction de la législation nationale et sont souvent divergentes en pratique.

Peuvent ainsi être mobilisées par les banques centrales étrangères en faveur de la BCL les créances régies par un droit étranger, même sous la forme de sûretés autres que le gage.

La BCL diffuse à compter du 1er janvier 2007 sur son site Internet les règles applicables pour mobiliser des créances régies par le droit luxembourgeois en tant que mandataire d'une banque centrale étrangère¹⁰.

¹⁰ Additional Terms and Conditions of Banque centrale du Luxembourg, when acting as CCB and as assisting NCB

II.8.1.2. *Le régime de la banque centrale assistante*

Dans le cas où le droit applicable à la créance est le droit luxembourgeois, mais que le débiteur réside à l'étranger, des formalités supplémentaires prévues par la législation du pays de résidence du débiteur doivent être respectées pour s'assurer de l'opposabilité du gage.

La BCL peut dans ce cas requérir une information appropriée auprès des banques centrales étrangères. De manière réciproque, la BCL publie sur son site Internet les règles particulières à observer lorsqu'un débiteur réside au Luxembourg.

Il y a lieu d'observer que, suivant les arrangements contractuels avec les contreparties, le respect de ces formalités supplémentaires leur incombe.

II.8.2. *Droit international privé et progrès escomptés de l'harmonisation européenne*

La Commission européenne a publié en décembre 2005 une proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), visant à remplacer la Convention de Rome de 1980. L'article 13 (3) de la proposition prévoit de faire régir l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance par la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle au moment de la cession. Cette solution est dans la lignée de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international de 2001. Il est généralement entendu que cette disposition devrait également s'appliquer aux nantissements de créances, même si des voix doctrinales se sont élevées pour réclamer une consécration expresse de cette approche, à l'instar de la Convention des Nations Unies.

Il aurait été envisageable de prévoir dans l'article 22-1 une disposition de droit international privé sur base de la solution actuellement proposée par le projet de Règlement Rome I, afin d'anticiper la mise en oeuvre du futur Règlement.

Or, étant donné que la proposition de règlement „Rome I“ reste à l'état de projet, une telle approche pourrait créer le risque d'une éventuelle discordance avec le texte final du Règlement et sa mise en oeuvre future au niveau de l'Eurosystème.

Pour l'ensemble de ces raisons, il a été jugé préférable de ne pas insérer une telle disposition.

Il est signalé, enfin, qu'au mois de décembre 2006, la Commission européenne a émis son rapport d'évaluation sur la directive concernant les contrats de garantie financière. La Commission propose une extension du champ d'application de la directive afin d'inclure certaines créances qui, à compter du 1er janvier 2007, sont des garanties éligibles pour les opérations de crédit de l'Eurosystème.

La BCE a constitué un groupe de travail pour la révision de cette directive. Les travaux commenceront au mois de février 2007 avec les représentants de la BCE et de la Commission. L'article 9 traitant des règles de conflits de lois applicables aux garanties sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte fera l'objet d'un examen spécifique, en particulier la question de savoir si cette disposition peut être étendue aux créances ou si la question doit être abordée dans le cadre de travaux du Règlement „Rome I“.

II.8.3. *Proposition de texte*

Le gouvernement propose de compléter le premier alinéa de l'article 22-1 suite à la recommandation faite par la BCE du 11 décembre 2006 préconisant un élargissement du champ d'application de la loi aux cas où la BCL agit comme mandataire des autres banques centrales (article 2.4 de l'avis).

La proposition de modification du gouvernement n'apporte pas, aux yeux de la BCL, l'assurance nécessaire que les gages régis par le droit luxembourgeois, dans une situation où la BCL agit comme banque centrale correspondante, c'est-à-dire le cas où un gage est constitué en faveur d'une autre BCN, peut être enregistré dans le registre des gages tel que proposé et bénéficier ainsi des effets de l'article 22-1, en particulier que les gages en question sont opposables aux tiers sans qu'une notification ex ante du débiteur ne soit nécessaire.

En effet, l'article 22-1 alinéa 1er concerne la détermination des conditions d'éligibilité des créances comme garanties, ce qui est réalisé au niveau de la Documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème telle que mise en oeuvre au niveau des BCN¹¹.

¹¹ note en bas de page No 5

Pour arriver au résultat escompté et assurer que le régime visé aux différents alinéas de l'article 22-1 s'applique le cas échéant, la BCL propose d'ajouter un alinéa supplémentaire à la fin de l'article 22-1. Le texte se lit comme suit (voir aussi l'annexe II ci-après):

„(5) Les paragraphes 2, 3 et 4 s'appliquent également lorsque la Banque centrale agit pour le compte d'une banque centrale de l'Eurosystème en vue de la constitution transfrontalière de garanties en faveur de celle-ci dans le cadre de ses opérations de crédit.“

L'inscription visant uniquement les gages de créances à l'exception des autres garanties, seront inscrits dans le registre, tous les gages de créances dès lors que la BCL intervient pour compte propre – que les créances soient soumises au droit luxembourgeois ou constituées en sa faveur sous des droits étrangers par application des procédures CCBM sous forme de gage – ou pour le compte d'une banque centrale du pays d'origine, lorsque le droit luxembourgeois est applicable.

II.9. Dispositions transitoires

Le projet de loi ne prévoit pas de dispositions transitoires spécifiques pour l'article 172 et les modifications de la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg. En vertu de l'article 178, la loi entre en vigueur le 1er novembre 2007. Au vu des avantages du système créé par l'article 22-1, il peut être utile de mettre ce système en application avant cette date, tout en laissant à la Banque centrale un temps suffisant de préparation. Il serait dès lors envisageable de prévoir que l'article 172 entre en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant le mois de la publication de la loi, en insérant un deuxième alinéa à l'article 178:

„(2) L'article 172 et les modifications à la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg entrent en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit la publication de la présente loi au Mémorial.“

Dans la mesure où un laps de temps important s'écoulerait entre le 1er janvier 2007 et l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et que de nombreux gages sur créances auraient déjà été constitués avant l'entrée en vigueur de la présente loi, il y aurait lieu de prévoir des dispositions spécifiques pour assurer une unicité des régimes et les soumettre au régime de l'article 22-1.

A cette fin, un sous-paragraphes nouveau pourrait être inséré à l'article 172 libellé comme suit:

„c) Les gages sur créances constitués en faveur de la Banque centrale du Luxembourg ou à une autre banque centrale de l'Eurosystème par l'intermédiaire de la Banque centrale du Luxembourg avant la date d'entrée en vigueur du présent article sont inscrits au registre à la date d'entrée en vigueur des dispositions du paragraphe b), la date initiale d'opposabilité leur restant acquise. Les effets prévus par le paragraphe (4) de l'article 22-1 s'appliquent à partir de la date d'inscription.“

*

III. RÉGIME D'IMMUNITÉ (article 27-1 nouveau)

Le nouveau projet de loi du gouvernement prévoit dans son article 172 (c) de modifier la loi organique de la BCL en y insérant l'article 27-1 (2) ainsi libellé:

„Aucun compte auprès de la Banque centrale, destiné à être utilisé dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes ainsi que de la gestion des avoirs de réserve de change détenus pour des banques centrales étrangères ou des États étrangers, ne peut être saisi, ni mis sous séquestre, ni bloqué“.

L'insertion de ce nouvel article revêt une importance particulière pour la BCL dans la mesure où il consacre dans la loi organique de la BCL l'immunité d'exécution des comptes ouverts auprès d'elle. Jusqu'à présent, la loi organique ne mentionne que l'immunité fiscale de la BCL (article 3.3 de la loi organique dans sa version actuelle). Elle reste silencieuse sur l'immunité d'exécution des comptes ouverts auprès de la BCL. Or, l'expérience a révélé qu'il est important d'assurer la sécurité juridique en la matière et d'apporter les clarifications appropriées.

En reconnaissant et en délimitant clairement les immunités de la BCL, le législateur complète les dispositions légales régissant le privilège de la BCL ancré et confirmé dans sa loi organique¹² et confirmé par la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière¹³. Dans son avis portant sur le projet de cette loi¹⁴, la BCE avait d'ailleurs clairement démontré l'importance du privilège dont dispose la BCL, la BCE et les banques centrales du SEBC et rappelé qu'il avait été introduit en droit luxembourgeois afin de renforcer la situation financière de la BCL. En effet, dans son avis, la BCE „prend note de la situation particulière de la BCL au sein de l'Eurosystème. Les risques provenant des opérations avec la BCL sont d'importance systémique, compte tenu de l'importance relative du marché financier luxembourgeois. La BCL est la troisième banque centrale nationale par ordre d'importance au sein de l'Eurosystème en termes de liquidités attribuées aux établissements de crédit et de montant de garanties utilisées pour les opérations de politique monétaire (...)“. Ces considérations relatives au privilège de la BCL peuvent également justifier l'immunité d'exécution des comptes ouverts auprès d'elle. La reconnaissance de l'immunité d'exécution dans le cadre des politiques monétaire et de change communes est primordiale.

Il aurait été préférable de prévoir que l'immunité d'exécution porte sur tous les comptes destinés à être utilisés dans le cadre des missions d'intérêt général de la BCL, mais la formulation retenue dans le nouveau projet de loi constitue à l'évidence un progrès indéniable par rapport à la situation juridique actuelle.

La BCL bénéficie a priori d'ores et déjà de cette immunité lorsqu'elle agit dans l'intérêt public, ceci en raison de sa qualité d'établissement public. Néanmoins, une clarification explicite dans sa loi organique est la bienvenue pour apporter plus de sécurité juridique. Une telle immunité se justifie dans le sens où elle permet de se prémunir contre d'éventuelles mesures d'exécution sur des comptes ouverts auprès de la BCL et qui sont utilisés dans le cadre des politiques monétaire et de change communes, ce qui nuirait fortement à l'efficacité et à la crédibilité de ces politiques.

Il s'agit tout d'abord de protéger les actifs utilisés dans le cadre de la politique monétaire commune, ceci afin de permettre à la BCL d'exercer ses fonctions d'intérêt général sans entraves liées à des mesures d'exécution intervenant dans le cadre de conflits particuliers. Il s'agit notamment de protéger les réserves obligatoires que les établissements de crédits sont tenus de déposer auprès de la BCL, ceci en vertu d'un règlement de la BCE¹⁵. Les réserves obligatoires jouent un rôle primordial puisqu'elles permettent non seulement de stabiliser les taux d'intérêt sur le marché monétaire mais aussi de créer ou d'amplifier un déficit structurel de liquidités¹⁶, ceci étant indispensable pour assurer l'efficacité de la politique monétaire. Si ces réserves obligatoires¹⁷ ne bénéficiaient pas de l'immunité d'exécution, la politique monétaire risquerait d'être mise en danger.

Il s'agit également de protéger les actifs utilisés dans le cadre de la politique de change commune. Il s'agit par exemple des réserves de change de la BCE, lesquelles sont gérées de façon décentralisée par les BCN de l'Eurosystème, dont la BCL. Un objectif de la gestion des réserves de change de la BCE est de s'assurer qu'en cas de besoin, la BCE dispose d'un montant suffisant de liquidités pour ses interventions sur les marchés de change. Il est donc primordial que ces réserves soient protégées afin de s'assurer qu'elles seront immédiatement disponibles en cas de besoin.

Il est spécialement prévu une immunité d'exécution des comptes détenus par des banques centrales étrangères ou des Etats étrangers auprès de la BCL. La BCL est l'une des six BCN de l'Eurosystème à offrir des services standardisés pour la gestion de réserves de change en euro. Elle offre aussi des services particuliers à des banques centrales de pays tiers dans ce domaine. A priori, ces comptes

12 Article 4, paragraphe (4): „Les créances de la Banque centrale ainsi que de la BCE ou d'une autre banque centrale nationale faisant partie intégrante du SEBC, découlant d'opérations dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes, sont privilégiées sur tous les avoirs détenus par le débiteur, soit auprès de la Banque centrale, soit auprès d'un système de règlement sur titres ou d'une autre contrepartie au Luxembourg. Ce privilège a le même rang que le privilège du créancier gagiste“.

13 Mémorial A No 128 du 16 août 2005

14 Voir la référence à l'avis de la Banque centrale européenne sous la note en bas de page No 6

15 Règlement CE No 1745/2003 de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), JO L 250 du 2.1.2003, page 10

16 Se reporter à deux publications de la BCE pour des explications plus techniques à ce sujet: „The monetary policy of the ECB“, 2nd edition, January 2004 et la mise en oeuvre de la politique monétaire de la zone euro, février 2004.

17 Le montant de l'exigence de réserve pour la période de maintenance du 13 décembre 2006 au 16 janvier 2007 s'élève à 8.130 millions d'euros au Luxembourg.

bénéficient d'ores et déjà de l'immunité d'exécution en application des règles de droit international public en matière d'immunités¹⁸. Néanmoins il n'existe pas de jurisprudence en la matière en droit luxembourgeois ce qui est source d'insécurité pour la BCL. Par souci de sécurité juridique une clarification en droit positif luxembourgeois est tout à fait souhaitable. Notons par ailleurs que cette nouvelle disposition fait directement suite à la recommandation de la BCE du 21 octobre 2004¹⁹, adressée aux gouvernements des Etats membres de la zone euro, dont le gouvernement luxembourgeois. Dans cette recommandation, la BCE invite les Etats membres à se doter d'une législation protectrice des avoirs de réserve de change de banques centrales étrangères et d'Etats étrangers, ceci dans le but de s'assurer que les législations des Etats membres de l'Eurosystème garantissent aux réserves des banques centrales étrangères un niveau de protection similaire à celui offert par les législations anglaise²⁰ et américaine²¹. Le projet de loi doit donc être vu comme mettant le droit luxembourgeois en conformité avec cette recommandation de la BCE. D'autres Etats membres²² s'étant déjà mis en conformité avec cette recommandation, il est important que la législation luxembourgeoise soit adaptée en conséquence, ceci afin de préserver l'attractivité et la crédibilité de la place financière. Notons par ailleurs que cette immunité n'est pas absolue. D'une part une banque étrangère ou un Etat étranger peuvent renoncer à l'immunité („waiver of immunity“) et cette immunité ne peut pas faire obstacle à l'application de sanctions économiques, gels et embargos, ceci en application de règles de droit international public. L'immunité ne s'applique qu'aux procédures d'exécution forcée qui sont liées aux fonctions d'intérêt général de la BCL à l'exclusion des autres fonctions, comme par exemple en cas de saisie sur salaire à charge d'un agent de la BCL.

*

IV. COOPERATION ENTRE LES AUTORITES NATIONALES (article 33 alinéa 2 nouveau)

Conformément à l'exposé des motifs, les modifications proposées à l'article 33 de la loi organique de la BCL visent à assurer que l'échange d'informations, déjà possible entre la BCL et la CSSF sur base du texte actuel, le deviendra aussi avec le Commissariat aux assurances et le STATEC. Il s'agit d'éviter que l'une de ces entités ne doive aller collecter chez les administrés des données dont une autre entité dispose déjà. Il convient de rappeler que les informations reçues par une entité dans le cadre de l'échange d'informations tombent sous le secret professionnel de l'entité qui les reçoit.

La BCL ne peut qu'être favorable à une telle disposition même si elle constate que d'importants progrès sont encore à faire dans ce domaine pour assurer que le Luxembourg ait un dispositif institutionnel aussi efficace que celui mis en place dans les autres Etats de la zone euro.

*

V. CONCLUSION

La Banque centrale se limite à ce stade, et dans le but de son adoption rapide, de proposer une modification légère au texte du projet de loi révisé par le gouvernement (voir Annexe II).

Si de manière générale la BCL, tout comme la BCE, est favorable au projet de loi, elle considère celui-ci comme une première étape de la nécessaire réforme de sa loi organique. Il importe en effet, après plus de huit ans d'expérience au sein de l'Eurosystème d'assurer que la BCL puisse exercer ses fonctions de manière optimale. Il s'agit aussi d'améliorer le dispositif légal financier au Luxembourg

¹⁸ Le droit international public reconnaît l'immunité d'exécution des Etats. Les Etats jouissent de cette immunité dans le cadre de leur mission d'intérêt général (jure imperii). Les activités réalisées à titre commercial (jure gestionis) ne bénéficient pas de cette immunité. L'immunité des Etats étrangers fait l'objet de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 et de la Convention européenne sur l'immunité des Etats (dite Convention de Bâle) du 16 mai 1972.

¹⁹ Recommendation of the European central Bank of 21 October 2004 regarding the immunity from enforcement of assets of foreign central banks

²⁰ State Immunity Act, 1978

²¹ Foreign Sovereign Immunity Act 1976

²² La France, l'Espagne et la Slovénie ont déjà adopté une législation à cet effet suite à la recommandation de la BCE.

et d'offrir à la place financière un environnement au moins équivalent à celui des autres places de la zone euro.

*

VI. ANNEXES

ANNEXE 1

Projet de loi du 19 octobre 2006 amendé par le gouvernement le 13 décembre 2006

La prise en compte des modifications préconisées par la BCE, le gouvernement propose à modifier comme suit l'article 172 du projet de loi en cause:

„**Art. 172.** La loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg est modifiée comme suit:

a) Le paragraphe (4) de l'article 4 est supprimé.

b) Un article 22-1 est inséré avec le libellé suivant:

„(1) La Banque centrale définit les conditions auxquelles des créances doivent satisfaire pour servir de sûreté **lorsqu'elle accorde des crédits pour son propre compte ou lorsqu'elle agit pour le compte de la BCE ou d'autres banques centrales nationales faisant partie intégrante du SEBC en vue de la constitution transfrontalière de garanties sur des crédits dans le cadre des opérations de crédit de ces banques centrales.**

(2) La Banque centrale tient un registre des contrats de mise en gage de créances qu'elle accepte. Elle en définit les règles de fonctionnement et de couverture des frais. Le registre est accessible aux tiers qui envisagent de recourir au gage de créances dans les conditions fixées par la Banque centrale.

(3) La mise en gage de créances au profit de la Banque centrale est opposable à l'égard des tiers à partir de son inscription dans le registre visé au paragraphe précédent.

(4) **La garantie** ~~La mise en gage de créances au profit~~ **en faveur** de la Banque centrale par la mise en gage prime toute garantie ultérieure relative aux créances gagées, quelles que soient les conditions de notification au débiteur ou d'acceptation de sa part. Si un tiers, devenu bénéficiaire d'une garantie à l'égard de ces créances, reçoit un paiement afférent en ce compris dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité du débiteur, il est tenu de le verser à la Banque centrale. La Banque centrale peut d'office réclamer ce paiement, sans préjudice de son droit à un dédommagement. Aucune compensation ne peut avoir pour effet de porter atteinte à la garantie en faveur de la Banque centrale à l'égard de ces créances.“

c) Un article 27-1 est inséré avec le libellé suivant:

„**Art. 27-1.** (1) Les créances de la Banque centrale ainsi que de la BCE ou d'une autre banque centrale nationale faisant partie intégrante du SEBC, découlent d'opérations dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes, sont privilégiées sur tous les avoirs détenus par le débiteur, soit auprès de la Banque centrale, soit auprès d'un système de Règlement des opérations sur titres ou d'une autre contrepartie au Luxembourg. Ce privilège a le même rang que le privilège du créancier gagiste.

(2) Aucun compte auprès de la Banque centrale, destiné à être utilisé dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes **ainsi que de la gestion des avoirs de réserve de change détenus pour des banques centrales étrangères ou des Etats étrangers**, ne peut être saisi ni mis sous séquestre ni bloqué.“

d) Le paragraphe (3) de l'article 33 est remplacé par le libellé suivant:

„(2) **Sans préjudice des dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC**, le paragraphe précédent ne s'oppose ni aux échanges d'informations imposées dans le cadre du SEBC ni à ce que la Banque centrale échange des informations avec la Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances et le Service central de la sta-

tistique et des études économiques (STATEC), sous réserve de réciprocité, dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions.“

- e) Le paragraphe (3) de l'article 33 est complété par l'ajout d'une première phrase avec le libellé suivant:

„Le paragraphe (1) ne s'applique pas au cas où les personnes visées sont appelées à rendre témoignage en justice et au cas où la loi les autorise ou les oblige à révéler certains faits.““

*

ANNEXE 2

Proposition de textes de la BCL

(1) Modification de l'article 172

Il est proposé de modifier l'article 172 comme suit:

„La loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg est modifiée comme suit:

- a) Le paragraphe (4) de l'article 4 est supprimé.
b) Un article 22-1 est inséré avec le libellé suivant:

„(1) La Banque centrale définit les conditions auxquelles des créances doivent satisfaire pour servir de sûreté lorsqu'elle accorde des crédits.

(2) La Banque centrale tient un registre des contrats de mise en gage de créances qu'elle accepte. Elle en définit les règles de fonctionnement et de couverture des frais. Le registre est accessible aux tiers qui envisagent de recourir au gage de créances dans les conditions fixées par la Banque centrale.

(3) La mise en gage de créances au profit de la Banque centrale est opposable à l'égard des tiers à partir de son inscription dans le registre visé au paragraphe précédent.

(4) La garantie en faveur de la Banque centrale par la mise en gage prime toute garantie ultérieure relative aux créances gagées, quelles que soient les conditions de notification au débiteur ou d'acceptation de sa part. Si un tiers, devenu bénéficiaire d'une garantie à l'égard de ces créances, reçoit un paiement afférent en ce compris dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité du débiteur, il est tenu de le verser à la Banque centrale. La Banque centrale peut d'office réclamer ce paiement, sans préjudice de son droit à un dédommagement. Aucune compensation ne peut avoir pour effet de porter atteinte à la garantie en faveur de la Banque centrale à l'égard de ces créances.

(5) Les paragraphes 2, 3 et 4 s'appliquent également lorsque la Banque centrale agit pour le compte d'une banque centrale de l'Eurosystème en vue de la constitution transfrontalière de garanties en faveur de celle-ci dans le cadre de ses opérations de crédit.“

- c) Un article 27-1 est inséré avec le libellé suivant:

„**Art. 27-1.** (1) Les créances de la Banque centrale ainsi que de la BCE ou d'une autre banque centrale nationale faisant partie intégrante du SEBC, découlent d'opérations dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes, sont privilégiées sur tous les avoirs détenus par le débiteur, soit auprès de la Banque centrale, soit auprès d'un système de Règlement des opérations sur titres ou d'une autre contrepartie au Luxembourg. Ce privilège a le même rang que le privilège du créancier gagiste.

(2) Aucun compte auprès de la Banque centrale, destiné à être utilisé dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes ainsi que de la gestion des avoirs de réserve de change détenus pour des banques centrales étrangères ou des Etats étrangers, ne peut être saisi ni mis sous séquestre ni bloqué.“

- d) Le paragraphe (3) de l'article 33 est remplacé par le libellé suivant:

„(2) Sans préjudice des dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC, le paragraphe précédent ne s'oppose ni aux échanges d'informations imposées dans le cadre du

SEBC ni à ce que la Banque centrale échange des informations avec la Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances et le Service central de la statistique et des études économiques (STATEC), sous réserve de réciprocité, dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions.“

- e) Le paragraphe (3) de l'article 33 est complété par l'ajout d'une première phrase avec le libellé suivant:

„Le paragraphe (1) ne s'applique pas au cas où les personnes visées sont appelées à rendre témoignage en justice et au cas où la loi les autorise ou les oblige à révéler certains faits.“ “

(2) Modification de l'article 178

Il est proposé d'ajouter un deuxième alinéa à l'article 178 comme suit:

„(2) L'article 172 et les modifications à la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg entrent en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit la publication de la présente loi au Mémorial.“