
4. LA BANQUE CENTRALE DU LUXEMBOURG FACE AUX MESURES D'ASSAINISSEMENT ET DE LIQUIDATION DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT

4. LA BANQUE CENTRALE DU LUXEMBOURG FACE AUX MESURES D'ASSAINISSEMENT ET DE LIQUIDATION DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT 74

Introduction	76
4.1 Régime juridique applicable	77
4.1.1 Au niveau national	77
4.1.1.1 Mesures d'assainissement	77
4.1.1.2 Liquidation	77
4.1.2 Au niveau transfrontalier	78
4.1.2.1 Champ d'application	79
4.1.2.2 Dispositions matérielles	79
4.2 Effets des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation à l'égard de la BCL	81
4.2.1 Information de la BCL	81
4.2.1.1 Information dans le cadre d'une procédure nationale	81
4.2.1.2 Information en cas de liquidation transfrontalière	81
4.2.1.3 Mécanisme particulier prévu pour les participants à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres	82
4.2.2 Conséquences de l'adoption des mesures d'assainissement et de liquidation pour la BCL	82
4.2.2.1 Suspension ou exclusion des opérations de politique monétaire	83
4.2.2.2 Conséquences découlant de la participation d'un établissement de crédit à un système	84
4.2.2.3 La réalisation des actifs reçus en garantie	85
Conclusion	87

INTRODUCTION

Au Luxembourg le régime général de la faillite figure aux articles 440 à 565 du Code de commerce. Les établissements de crédit sont toutefois soumis à un régime particulier, caractérisé par des mesures d'assainissement et de liquidation, figurant aux articles 60 à 62 de la loi (modifiée) du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après désignée par «LSF»).

Ce régime dérogatoire par rapport aux dispositions générales du droit de la faillite s'explique par la volonté du législateur de protéger les intérêts des tiers et plus particulièrement ceux des clients dont les fonds sont déposés auprès de l'établissement en difficulté. Bien que constituant un régime dérogatoire au droit commun, les dispositions du droit de la faillite peuvent cependant être rendues applicables dans le cadre du jugement prononçant des mesures d'assainissement ou de liquidation.

Ce droit des procédures d'assainissement et de liquidation a subi des remaniements suite à l'adoption de la loi du 19 mars 2004 portant transposition dans la LSF de la directive du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit². Bien que la loi³ s'applique à tous les établissements qui ont la gestion de fonds de tiers, et s'étend donc également aux commissionnaires, gérants de fortune, professionnels intervenant pour leur propre compte, etc., la présente étude est limitée à l'application de ces mesures aux établissements de crédit.

La Banque centrale du Luxembourg (ci-après désignée par «BCL») ne constitue pas un établissement de crédit au sens de la LSF, de sorte que les dispositions de la loi sur le secteur financier ne lui sont pas applicables. En effet, la BCL est un établissement public indépendant, qui répond à un régime juridique particulier, défini dans sa loi organique⁴.

Si elle n'intervient pas directement dans le cadre des mesures d'assainissement et de liquidation, elle entretient cependant des relations avec les établissements de crédit. La BCL conclut ainsi des opérations de politique monétaire avec les établissements de crédit. Elle joue également un rôle en matière de systèmes paiement et de règlement des opérations sur titres. Finalement, le traité sur l'Union européenne lui confie une mission générale: contribuer à la stabilité du système financier.

Nous allons dans une première partie, étudier le régime juridique applicable aux mesures d'assainissement et aux procédures de liquidation des établissements de crédit (I). Dans une deuxième partie, nous nous attacherons plus particulièrement à l'effet de ces mesures sur les relations que la BCL entretient avec les établissements de crédit (II).

² *La Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil, publiée au JOCE N° L125 du 5.5.2001, p. 15.*

³ *V. plus particulièrement l'article 60-1 LSF.*

⁴ *Loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg (Mémorial A N° 112 du 24 décembre 1998, p. 2980).*

4.1 RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE

Nous étudierons en premier lieu le volet national pour nous pencher ensuite sur le volet transfrontalier de ces mesures.

4.1.1 Au niveau national

La loi du 19 mars 2004 – ci-après désignée «la loi du 19 mars 2004» –, portant transposition dans la LSF, de la directive du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (ci-après désignée la «Directive»), prévoit deux phases:

- la phase de l'assainissement (articles 60-2 à 60-7 LSF);
- la phase de la liquidation (articles 61ss LSF).

4.1.1.1 Mesures d'assainissement

a) Définition⁵

Il s'agit de mesures qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière d'un établissement qui a la gestion de fonds de tiers et qui sont susceptibles d'affecter les droits préexistants de tiers, y compris les mesures qui comportent la possibilité d'une suspension des paiements, d'une suspension des mesures d'exécution ou d'une réduction des créances. L'établissement concerné est ainsi placé sous le contrôle d'un organe nommé par la justice, en vue de proposer, eu égard à sa situation, soit une liquidation, soit un plan de redressement. De telles mesures, et notamment l'octroi d'un sursis de paiement, sont toutefois susceptibles d'affecter les droits préexistants de tiers.

b) Cas d'ouverture⁶

L'adoption de mesures d'assainissement est requise lorsque:

- le crédit de l'établissement est ébranlé ou l'établissement se trouve dans une impasse de liquidités, avec ou sans cessation de paiements;
- l'exécution intégrale des engagements de l'établissement est compromise;

– l'agrément de l'établissement a été retiré et cette décision n'est pas encore définitive.

c) Procédure

La demande peut être faite soit par l'établissement, soit par la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après désignée par «CSSF»)⁷, mais en aucun cas par un tiers, comme cela est possible en droit commun de la faillite. Dès le dépôt de la requête, le régime du sursis de paiement est applicable, et tous les actes de l'établissement de crédit, à l'exception des actes conservatoires, doivent être approuvés par la CSSF⁸. Le Tribunal détermine la durée du sursis qui ne peut excéder six mois et nomme un ou plusieurs administrateurs qui contrôlent la gestion du patrimoine de l'établissement⁹.

d) Effets

Pendant la période du sursis, la société continue à exister. Cependant tout ou partie des décisions sont soumises à l'autorisation du/des administrateurs, sous peine de nullité de ces actes¹⁰. Les administrateurs peuvent soumettre les projets qui leur paraissent utiles, et ils doivent établir un projet de redressement afin de rétablir l'établissement ou procéder à la liquidation. On peut noter qu'à l'opposé de la gestion contrôlée, la loi du 19 mars 2004 ne prévoit pas que le plan de redressement soit approuvé par le tribunal et/ou la CSSF.

Le deuxième type de mesures envisagées par la loi du 19 mars 2004 concerne la mise en liquidation d'un établissement de crédit.

4.1.1.2 Liquidation

a) Définition¹¹

La situation de l'établissement de crédit est ici telle, qu'un redressement ne semble plus possible. Dès lors, il s'agit de liquider l'établissement dans le but d'en réaliser ses biens, de payer les dettes et de distribuer ses actifs, le tout sous le contrôle renforcé du tribunal et à l'aide de liquidateurs judiciaires nommés par ce tribunal.

⁵ V. article 60 de la loi du 19 mars 2004.

⁶ V. article 60-2(1) LSF.

⁷ V. article 60-2 (2) LSF.

⁸ V. article 60-2 (6) LSF.

⁹ V. article 60-2 (11) et (14) LSF.

¹⁰ V. article 60-2 (15) LSF.

¹¹ V. article 60 de la loi du 19 mars 2004.

b) Cas d'ouverture¹²

La liquidation peut intervenir:

- s'il apparaît que le régime de sursis de paiement ne permet pas de redresser la situation;
- lorsque la situation financière de l'établissement de crédit est ébranlée au point que ce dernier ne pourra plus satisfaire aux engagements à l'égard de tous les titulaires de droits de créance ou de participation;

ou

- si l'agrément de l'établissement a été retiré et que cette décision est devenue définitive.

On remarque donc que les mesures d'assainissement ne sont pas un préalable obligatoire. Il est possible d'ouvrir directement une procédure de liquidation.

c) Procédure

- Liquidation volontaire¹³

Un établissement peut se mettre en liquidation volontaire. Cette mesure ne peut cependant intervenir qu'après information de la CSSF et après une publicité spéciale de la convocation de l'assemblée générale des actionnaires. Même dans cette hypothèse, la liquidation judiciaire peut être requise par la CSSF ou par le Procureur d'Etat.

- Liquidation judiciaire

Dans les cas de liquidation judiciaire, la demande d'ouverture de la procédure de liquidation peut être introduite soit par la CSSF, soit par le Procureur d'Etat¹⁴, mais pas par un administrateur – nommé en cas de mesures d'assainissement –, ni par un créancier. C'est le Tribunal d'arrondissement qui rend le jugement de liquidation. Il nomme un juge-commissaire et un ou plusieurs liquidateurs¹⁵.

En principe, sur base de l'article 61(8) de la loi du 19 mars 2004, les paiements, opérations et autres actes, y compris ceux relatifs à la constitution de sûre-

tés accordés par un établissement, sont valables et opposables aux tiers et aux liquidateurs, s'ils précèdent le prononcé du jugement de liquidation ou s'ils sont effectués dans l'ignorance de la liquidation.

Toutefois, le tribunal peut rendre applicables les règles régissant la faillite dans la mesure qu'il estime nécessaire et fixer la date de cessation des paiements, qui marque le début de la période suspecte pour l'application des articles 445 et suivants du Code de commerce. Lors de la liquidation de la BCCI, le jugement de liquidation a ainsi fait usage de cette faculté de recourir à l'application de dispositions du droit commun de la faillite. En cours de procédure, l'étendue des dispositions du droit de la faillite applicable a même été modifiée¹⁶.

d) Effets

La liquidation se poursuit comme dans le cas d'une liquidation de droit commun. Les liquidateurs devront réaliser les avoirs de l'établissement, afin de payer les créanciers. La liquidation se termine par le rapport des liquidateurs au tribunal sur l'emploi des valeurs; le tribunal statue ensuite sur la clôture de la liquidation¹⁷.

4.1.2 Au niveau transfrontalier

L'adoption de la Directive du 4 avril 2001 constitue le prolongement de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice¹⁸, qui retient le principe que l'établissement de crédit et ses succursales constituent une entité unique soumise à la surveillance des autorités compétentes de l'Etat où a été délivré l'agrément.

La Directive a pour principal objet de fixer les mesures à prendre lorsqu'un établissement de crédit ayant des succursales dans d'autres Etats membres connaît des problèmes de solvabilité.

L'aspect transfrontalier des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation n'était pas réglementé dans la LSF avant la transposition de la Directive.

¹² V. article 61 (1) LSF.

¹³ V. article 60-8 LSF.

¹⁴ V. article 61 (2) LSF.

¹⁵ V. article 61 (7) LSF.

¹⁶ V. «Diagonales en matière de liquidation des établissements de crédit et fonds d'investissement» par Georges Baden et Yann Baden, *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Volume 1, pages 195 ss.

¹⁷ V. article 61 (16) LSF.

¹⁸ JOCE N° L126 du 26.5.2000, p. 1.

Il y a lieu d'étudier en premier lieu le champ d'application de la Directive et ensuite ses principales dispositions, et ce, en tenant compte des spécificités des mesures de transposition luxembourgeoises.

4.1.2.1 Champ d'application

Nous envisagerons successivement le champ d'application personnel et territorial de la Directive.

a) Champ d'application personnel

La Directive s'applique aux établissements de crédit et à leurs succursales créées dans un Etat membre autre que celui du siège statutaire¹⁹. Elle vise ainsi les établissements de crédit, tels qu'ils sont définis à l'article 1^{er} de la directive 2000/12/CE²⁰.

Il convient de relever que les filiales en tant qu'entités juridiques distinctes n'entrent pas dans le champ d'application de la Directive.

Le champ d'application de la Directive couvre également les succursales d'un établissement de crédit qui a son siège statutaire hors de la Communauté lorsqu'il existe des succursales de cet établissement dans au moins deux Etats membres de la Communauté²¹.

La loi luxembourgeoise du 19 mars 2004 transposant la Directive opte pour un champ d'application plus large qui vise non seulement les établissements de crédit mais également les entreprises d'investissement habilitées à détenir des fonds de tiers²². Une telle extension correspond au champ d'application de la législation antérieure, puisque la partie IV de la loi du 5 avril 1993 couvrait à la fois les établissements de crédit et les entreprises qui gèrent les fonds de tiers.

b) Champ d'application territorial

La Directive vise les établissements de crédit ayant leur siège statutaire dans un Etat membre de la Communauté et leurs succursales créées dans un Etat membre autre que celui du siège statutaire²³.

Les mesures luxembourgeoises de transposition vont à nouveau au-delà des dispositions de la Directive. En effet, afin de tenir compte de la dimension internationale de la place financière, le nouveau régime d'assainissement et de liquidation s'applique également à l'ensemble des succursales des établissements de crédit de droit luxembourgeois qu'elles soient situées dans la Communauté européenne ou dans un pays tiers²⁴.

4.1.2.2 Dispositions matérielles

La Directive détermine les mesures à prendre en cas d'insolvabilité d'un établissement de crédit qui a des succursales dans d'autres Etats membres.

Elle couvre à la fois les mesures d'assainissement et les procédures de liquidation qu'elle prend le soin de définir par rapport à leur résultat final²⁵.

La Directive retient le principe de la compétence des autorités du siège statutaire de l'établissement de crédit et, comme corollaire obligé, celui de l'application de la législation de l'Etat membre d'origine²⁶.

Ce principe est complété dans la Directive par celui de la reconnaissance mutuelle des mesures d'assainissement et de liquidation prises par chacun des Etats membres concernant les établissements qu'ils ont agréés²⁷.

Le principe de l'égalité de traitement des créanciers, qui est reconnu par la Directive, explique l'existence d'un certain nombre de dispositions relatives à la publicité des mesures et à l'information des créanciers qui peuvent être localisés dans plusieurs Etats membres²⁸.

Le volet «liquidation» de la Directive consacre plus particulièrement le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite qui était déjà connu en droit luxembourgeois.

Ainsi, en cas d'insolvabilité d'un établissement de crédit disposant de succursales dans d'autres Etats membres, une procédure d'insolvabilité unique sera enclenchée dans l'Etat membre où l'établissement a son siège sta-

¹⁹ Article 1, premier paragraphe, de la Directive.

²⁰ V. note de bas de page n° 18.

²¹ Article 1, deuxième paragraphe, de la Directive.

²² Article 60 de la loi du 19 mars 1994: «établissement» signifie un établissement qui a la gestion de fonds de tiers. Sont visés les établissements de crédit, les commissionnaires, les gérants de fortunes, les professionnels intervenant pour compte propre, les distributeurs de parts d'OPC qui acceptent ou font des paiements, les preneurs ferme, les agents de transfert et de registre et les dépositaires professionnels de titres ou d'autres instruments financiers.

²³ Article 1, premier paragraphe, de la Directive.

²⁴ Articles 60-3, al. 1, et 61-1, al. 1, de la loi du 19 mars 1994.

²⁵ Article 2 de la Directive.

²⁶ Articles 3, premier et deuxième paragraphes, 9 et 10 de la Directive.

²⁷ Articles 3, deuxième paragraphe, et 9, premier paragraphe, de la Directive.

²⁸ Articles 6, 7, 13 et 14 de la Directive.

tutaire et sera régie par un droit unique en matière de faillite, à savoir celui de l'Etat membre d'origine.

En outre, la Directive introduit des règles de conflits de lois dérogeant au principe de l'applicabilité de la loi de l'Etat membre d'origine, afin de donner en matière de loi applicable une sécurité juridique à certains types de contrats et opérations des établissements de crédit²⁹.

Enfin, un certain nombre de dispositions ont pour objet d'assurer une certaine coordination entre les autorités, en particulier lorsque les mesures prises concernent des succursales des établissements de crédit dont le siège statutaire se situe en dehors de la Communauté, et qui sont elles-mêmes situées dans des Etats membres différents³⁰. A cet égard, il y a lieu d'observer que le législateur luxembourgeois n'a pas pu prévoir une obligation de concertation avec les autorités étrangères des Etats tiers où sont situées des succursales d'établissements de crédit luxembourgeois, puisqu'il ne pouvait pas imposer ce type d'obligations de manière unilatérale.

²⁹ Article 20 qui vise les contrats de travail, les contrats donnant le droit de jouir ou d'acquérir un bien immobilier, ainsi que les droits sur un bien immobilier, un navire ou un aéronef qui sont soumis à inscription dans un registre public.

Article 23 qui vise la compensation autorisée par la loi applicable à la créance de l'établissement de crédit.

Article 24 qui dispose que la loi applicable à l'exercice des droits sur des instruments dont l'existence ou le transfert suppose l'inscription dans un registre, dans un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé détenus ou situés dans un Etat membre est régie par la loi de l'Etat membre dans lequel est détenu ou situé le registre, le compte ou le système de dépôt dans lequel ces droits sont inscrits.

Articles 25, 26 et 27 qui posent le principe que les conventions de compensation et de novation, les conventions de mise en pension et que les transactions réalisées dans le cadre d'un marché réglementé sont régies exclusivement par la loi applicable au contrat régissant ces conventions, respectivement ces transactions.

³⁰ Articles 8 et 19 de la Directive.

4.2 EFFETS DES MESURES D'ASSAINISSEMENT ET DES PROCÉDURES DE LIQUIDATION À L'ÉGARD DE LA BCL

Les mesures d'assainissement ou l'ouverture d'une procédure de liquidation à l'encontre d'un établissement de crédit ne sont susceptibles de produire des effets dans le chef de la BCL qu'à partir du moment où elles sont portées à la connaissance de cette dernière. Nous présenterons donc les mécanismes d'information de la BCL (A) avant de parler des conséquences de l'adoption de telles mesures dans le chef de la BCL (B).

4.2.1 Information de la BCL

L'information de la BCL revêt un intérêt non seulement dans le cadre d'une procédure nationale mais aussi transfrontalière.

4.2.1.1 Information dans le cadre d'une procédure nationale

La loi impose que la CSSF soit immédiatement informée aussi bien dans le cadre d'une mesure de sursis de paiement³¹ que dans le cadre d'une procédure de liquidation³². Rien de tel n'est mentionné s'agissant de la BCL. Dès lors, l'information de la BCL intervient dans les mêmes conditions qu'un créancier quelconque³³, c'est-à-dire suite à la publication de la mesure au Mémorial et dans les journaux luxembourgeois et étrangers.

Dans la pratique, une liste des établissements de crédit est tenue à jour par la CSSF. Il arrive qu'en dépit de l'absence de dispositions juridiques ponctuelles, la CSSF informe la BCL de la suppression d'un établissement de crédit du tableau officiel des établissements de crédit. Cette communication d'informations est permise sur base des dispositions des lois organiques respectives de la BCL et de la CSSF, qui prévoient chacune la possibilité d'échanger des informations entre ces institutions sans violation du secret professionnel³⁴.

Comment s'effectue l'information de la BCL en cas de liquidation transfrontalière?

4.2.1.2 Information en cas de liquidation transfrontalière

Nous nous attacherons ici plus particulièrement à l'ouverture d'une procédure à l'égard d'un établissement de crédit qui a son siège dans un des pays de l'Union européenne et qui dispose d'une ou plusieurs succursales au Luxembourg.

La loi du 19 mars 2004³⁵ prévoit que la CSSF est l'autorité compétente pour recevoir d'une autorité compétente étrangère la notification de la décision d'ouverture d'une procédure de liquidation prise par l'autorité administrative ou judiciaire de cet Etat à l'égard d'un établissement qui dispose d'une ou plusieurs succursales au Luxembourg. Toutefois rien n'est mentionné concernant l'information de la BCL.

Un *Memorandum of Understanding*³⁶ a bien été conclu entre la Banque centrale européenne (ci-après désignée par «BCE»), les banques centrales nationales et les autorités de surveillance bancaire. Il vise à assurer la bonne coopération – notamment par la voie de l'échange d'informations – entre ses signataires en cas de signes de possible crise financière. Toutefois, un tel *Memorandum* est dépourvu de force juridique contraignante.

Le principe de la communication non formalisée des mesures d'assainissement ou de liquidation par la CSSF à la BCL connaît une exception. Il s'agit d'une disposition juridique qui impose à la CSSF de communiquer à la BCL des informations ponctuelles relatives à des mesures de faillite, d'insolvabilité ou de procédures collectives sur les établissements relevant de son autorité. Son champ d'application est toutefois limité aux établissements de crédit participants à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres.

31 L'article 60-2(9) LSF prévoit ainsi que la CSSF est immédiatement informée de la teneur du jugement. Le jugement est encore notifié à la CSSF et à l'établissement concerné, par lettre recommandée.

32 L'article 61(6) LSF précise que la CSSF est immédiatement informée de la teneur du jugement. Le jugement est encore notifié à la CSSF et à l'établissement concerné.

33 L'article 60-2(20) LSF précise à cet égard que, dans les huit jours de son prononcé, le jugement admettant le sursis de paiement, et nommant un ou plusieurs administrateurs, ainsi que les jugements modificatifs sont publiés par extrait aux frais de l'établissement et à la diligence des administrateurs au Mémorial et dans au moins deux journaux luxembourgeois et un journal étranger à diffusion adéquate, désignés par le tribunal. L'article 61 (12) LSF indique quant à lui que, dans les huit jours de son prononcé, le jugement prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation, et nommant un juge-commissaire et un ou plusieurs liquidateurs, ainsi que les jugements modificatifs sont publiés par extrait aux frais de l'établissement et à la diligence des liquidateurs au Mémorial et dans au moins deux journaux luxembourgeois et un journal étranger à diffusion adéquate, désignés par le tribunal.

34 V. article 33 de la loi organique de la BCL; article 44 de la loi organique de la CSSF.

35 V. article 61-6 (4) de la loi du 19 mars 2004.

36 V. «Memorandum of Understanding on high-level principles of co-operation between the banking supervisors and central banks of the European Union in crisis management situations», signé le 1^{er} mars 2003.

4.2.1.3 Mécanisme particulier prévu pour les participants à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres

a) Définitions

Dans la législation applicable spécifiquement aux systèmes, on distingue les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres.

Un système de paiement est un ensemble d'instruments, de procédures et généralement de systèmes de transfert de fonds entre banques destiné à faciliter la circulation de la monnaie³⁷.

A titre d'exemple, on peut citer TARGET³⁸, qui est un système de paiement véhiculant des paiements de montants élevés en euros. Chaque opération de politique monétaire au sein de l'Eurosystème³⁹ doit obligatoirement être effectuée par l'intermédiaire de TARGET. La BCL est l'agent technique et de règlement de la composante luxembourgeoise de TARGET: LIPS-Gross.

Il existe également un système de paiement qui traite des opérations de petits montants, il s'agit de LIPS-NET. La BCL est l'agent de règlement de ce système.

Les systèmes de règlement des opérations sur titres peuvent, quant à eux, être définis comme des systèmes qui interviennent dans la phase de compensation et la phase de règlement des opérations sur titres. La compensation peut se définir comme le fait pour un système de calculer les obligations respectives des parties pour l'échange des titres et d'espèces. Ce mécanisme ne donne pas lieu à un mouvement de titres ou d'espèces entre les comptes des participants impliqués dans la transaction. Le règlement quant à lui est le procédé par lequel les titres et les espèces correspondants sont livrés et crédités sur le compte approprié⁴⁰.

La BCL a choisi Clearstream Banking Luxembourg S.A. comme dépositaire central luxembourgeois des titres déposés par ses contreparties à titre de garantie dans le cadre des opérations de politique monétaire et à l'occasion des crédits intrajournaliers qui sont accordés à ces derniers.

b) Information de la BCL

La loi du 12 janvier 2001⁴¹ 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, fait peser sur la CSSF l'obligation d'informer la BCL de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au Luxembourg à l'encontre d'un participant luxembourgeois à un système de paiement ou de règlement des opérations sur titres.

Outre cette disposition spécifique, on peut encore mentionner l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, d'un «*Memorandum of Understanding on co-operation between payment systems overseers and banking supervisors in stage 3 of Economic and Monetary Union*», qui vise la coopération des signataires en matière de systèmes de paiement, en vue d'assurer la stabilité du système financier.

L'absence de dispositions légales spécifiques, en dehors de la matière des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, imposant l'information de la BCL de façon systématique, a déjà donné lieu à des difficultés de mise en œuvre. La situation de la BCL est en effet différente de celle d'un créancier quelconque d'un établissement de crédit.

4.2.2 Conséquences de l'adoption des mesures d'assainissement et de liquidation pour la BCL

Les relations entre la BCL et les établissements de crédit revêtent une triple nature:

- Tout d'abord, la BCL a une mission générale: contribuer à la stabilité du système financier, sur base des dispositions du traité sur l'Union européenne⁴².

Le principal objectif est d'empêcher que le système financier dans son ensemble ne soit sous pression en raison de difficultés d'une institution ou d'un système pris individuellement. A cet égard, les banques centrales jouent un rôle important en amont de crises financières, au stade de la prévention ceci notamment par la

37 V. à ce sujet «*Le cadre juridique des systèmes de règlement des opérations sur titres en droit luxembourgeois*» par Murielle Brouillet-Mc Sorley et Laurent-Christian Van Burik, *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Recueil de doctrine.

38 *Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system*.

39 *L'Eurosystème vise la BCE et les douze BCNs des Etats qui constituent la zone euro, tandis que le SEBC – Système européen de banques centrales – se compose de la BCE et des banques centrales nationales des pays membres de l'Union européenne. La BCL est membre de l'Eurosystème*.

40 V. à ce sujet «*Le cadre juridique des systèmes de règlement des opérations sur titres en droit luxembourgeois*» par Murielle Brouillet-Mc Sorley et Laurent-Christian Van Burik, *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Recueil de doctrine.

41 Plus particulièrement son article 61.4 (3).

42 Ces fonctions découlent essentiellement des articles 105.4 à 105.6 du traité et des articles 3.3, 3.4 et 25 du Protocole sur les statuts du SEBC.

fourniture de liquidités et en assurant le bon fonctionnement des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres⁴³. Leur intervention peut toutefois également intervenir en aval des crises financières.

- La BCL conclut également des opérations de politique monétaire avec les établissements de crédit.
- Finalement elle joue également un rôle en matière de systèmes paiement et de règlement des opérations sur titres. Ce rôle est d'une triple nature: participant, autorité de surveillance ou organe de règlement.

Nous allons examiner en premier lieu les conséquences d'une défaillance d'un établissement de crédit sur la conduite des opérations de politique monétaire.

4.2.2.1 Suspension ou exclusion des opérations de politique monétaire

a) Définition de la politique monétaire⁴⁴

Le traité sur l'Union européenne impose à l'Eurosystème⁴⁵ de définir et de mettre en œuvre la politique monétaire de la Communauté, dont l'objectif principal est la stabilité des prix⁴⁶. Pour atteindre ses objectifs, l'Eurosystème a mis en place une série d'instruments de politique monétaire. Il s'agit plus particulièrement:

- des opérations d'open market,
- des facilités permanentes et,
- de l'assujettissement des contreparties de politiques monétaires à la constitution de réserves obligatoires.

Ces opérations sont effectuées dans tous les Etats membres selon des modalités uniformes définies par la BCE, mais il revient aux banques centrales nationales d'en assurer la mise en œuvre dans leur Etat membre.

b) Mise en œuvre par la BCL

La BCL ne disposant pas d'un pouvoir réglementaire, le régime des opérations de politique monétaire a été fixé

dans ses conditions générales⁴⁷, auxquelles ses contreparties ont adhéré. Ces conditions générales mettent en œuvre les normes adoptées au niveau de l'Eurosystème, tout en étant adaptées aux exigences particulières du droit luxembourgeois.

Les contreparties aux opérations de politique monétaire de la BCL sont les établissements de crédit de la place luxembourgeoise, qui remplissent les critères d'éligibilité fixés dans ses conditions générales. Ces établissements doivent satisfaire à plusieurs obligations. Ils doivent notamment ouvrir un compte auprès de la BCL⁴⁸, mais ils doivent également tenir des réserves obligatoires sous la forme de dépôts en compte⁴⁹.

L'ouverture d'une procédure de liquidation ou l'imposition de mesures d'assainissement envers un établissement de crédit a des conséquences sur ces opérations de politique monétaire.

c) Sanctions

La BCL peut, pour des motifs d'ordre prudentiel, suspendre ou supprimer l'accès des contreparties aux instruments de politique monétaire.

L'article 5.9 de ses conditions générales précise ainsi que la BCL se réserve le droit d'interdire, de restreindre, de suspendre, de façon temporaire ou permanente l'accès d'une contrepartie à tout ou partie des opérations de politique monétaire, pour des raisons d'ordre prudentiel. En cas de manquement d'une contrepartie à ses obligations, une mesure de suspension peut également être prononcée à l'encontre des succursales de cette institution établies dans d'autres Etats membres.

La contrepartie est informée par la Banque centrale des motifs de cette décision. Les établissements sont automatiquement exemptés de l'obligation de réserves dès lors que la BCL est informée du retrait de l'agrément ou de la décision de soumettre l'établissement à

⁴³ Pour de plus amples développements sur la question v. également l'intervention du Baron Alexandre Lamfalussy: «Central Banks and Financial Stability», 2nd Pierre Werner Lecture delivered in Luxembourg on 26 October 2004, accessible sur le site Internet de la BCL.

⁴⁴ Pour une vue d'ensemble du cadre de la politique monétaire, v. Documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème – La mise en œuvre de la politique monétaire dans la zone euro, février 2004. A noter que la Documentation générale 2005 entrera en vigueur au mois de mai 2005.

⁴⁵ Le Conseil des gouverneurs de la BCE a décidé d'utiliser le terme d'«Eurosystème» pour définir le cadre dans lequel le Système européen de banques centrales remplit ses missions fondamentales, c'est-à-dire les banques centrales nationales des Etats membres qui ont adopté la monnaie unique en vertu du traité.

⁴⁶ V. article 105 du traité.

⁴⁷ Ces conditions générales peuvent être consultées sur le site Internet de la BCL: www.bcl.lu.

⁴⁸ V. article 17 du protocole sur les Statuts du SEBC et de la BCE, article 21 de la loi organique de la BCL.

⁴⁹ Ce système vise à stabiliser les taux d'intérêts du marché et à créer ou accentuer un besoin de refinancement des établissements de crédit. Le montant des réserves est constitué sur base du bilan des établissements de crédit. Les réserves obligatoires sont rémunérées au taux des opérations principales de refinancement de l'Eurosystème.

une procédure de liquidation est prise par une autorité judiciaire ou toute autre autorité compétente d'un Etat membre participant.

Outre les conséquences en matière de politique monétaire, l'imposition de mesures d'assainissement ou l'ouverture d'une procédure de liquidation à l'encontre d'un établissement de crédit emporte également des conséquences sur sa participation à un système.

4.2.2.2 Conséquences découlant de la participation d'un établissement de crédit à un système

L'intervention d'une mesure d'assainissement ou d'une procédure de liquidation a non seulement un impact sur la participation de l'établissement de crédit concerné dans les systèmes, mais a également pour effet la mise en œuvre de la protection spécifique instituée par la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres⁵⁰, dite «directive sur le caractère définitif du règlement».

a) Suspension ou exclusion de la participation à un système

En cas de mesure d'assainissement ou de procédure de liquidation frappant un établissement de crédit qui a également la qualité de participant à un système, les règles de fonctionnement du système prévoient en principe la suspension de sa participation, voire même son exclusion du système.

Ainsi, par exemple, les statuts et les règles de fonctionnement de LIPS-Net prévoient expressément qu'en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant, la BCL peut décider de sa suspension dans la compensation électronique LIPS-Net⁵¹, l'exclusion pouvant, quant à elle, être décidée par l'assemblée générale du groupement d'intérêt économique SYPAL qui est l'opérateur du système⁵². Des règles identiques sont applicables aux participants dans LIPS-Gross⁵³.

En ce qui concerne Clearstream Banking Luxembourg S.A., qui constitue au Luxembourg le seul système de règlement des opérations sur titres agréé, il y a lieu de citer ses conditions générales qui contiennent une disposition permettant également en cas de procédure d'insolvabilité visant un participant, soit de suspendre la prestation de services, soit de résilier avec effet immédiat le contrat de participation dans le système⁵⁴.

Dans la mesure où le participant n'est plus à même de remplir ses obligations dans le cadre du système, de telles mesures sont indispensables aux fins de préserver l'intégrité du système et d'éviter tout risque de contagion.

Lorsqu'il est question de systèmes ou de participation à des systèmes, il y a lieu de d'aborder la protection spécifique introduite par la directive sur le caractère définitif du règlement.

b) Application de la protection de la directive sur «caractère définitif du règlement»

En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un établissement de crédit qui participe dans un système, la protection juridique établie par la loi du 12 janvier 2001 qui transpose la directive sur le caractère définitif du règlement⁵⁵, est applicable.

L'adoption de la directive du 4 avril 2001 relative aux mesures d'assainissement et procédures de liquidation des établissements de crédit ne remet aucunement en cause l'application de cette protection⁵⁶ qui consiste dans:

- l'irrévocabilité des ordres de transfert introduits dans le système⁵⁷;
- la validité juridique et l'opposabilité aux tiers de la compensation dans les systèmes à partir de l'introduction des ordres de transfert⁵⁸;

⁵⁰ JOCE N° L166 du 11.6.1998, p. 45.

⁵¹ V. article 5.3 du règlement de la compensation électronique SYPAL-GIE.

⁵² V. article 8 des statuts de SYPAL-GIE qui sont disponibles sur le site Internet de la BCL: www.bcl.lu.

⁵³ V. article 15 des statuts de RTGS-L GIE qui sont disponibles sur le site Internet de la BCL: www.bcl.lu.

⁵⁴ V. article 55 des conditions générales de Clearstream Banking S.A., Luxembourg.

⁵⁵ Loi du 12 janvier 2001 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 compétant la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier (Mémorial A N° 16 du 6 février 2001, p. 681).

⁵⁶ Voir à ce sujet les considérants n° 25 et 26 de la Directive.

⁵⁷ Article 3, premier paragraphe, de la directive sur le caractère définitif du règlement: «Les ordres de transfert et la compensation produisent leurs effets en droit et, même en cas de procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant, sont opposables aux tiers à condition que les ordres de transfert aient été introduits dans un système avant le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité telle que définie à l'article 6, paragraphe 1.»

⁵⁸ Voir note de bas de page n° 40.

- et enfin, la suppression de l'effet rétroactif de la règle dite de «l'heure zéro», telle que la connaît en particulier le droit de la faillite luxembourgeois⁵⁹.

Ainsi, le liquidateur d'un participant à un système faisant l'objet d'une mesure d'insolvabilité, ne peut plus contester la validité des ordres de transfert introduits dans le système par ce participant avant même le jugement déclaratif de son insolvabilité et même, dans certains cas limites, après ce jugement⁶⁰. En d'autres termes, le liquidateur ne peut plus remettre en cause l'opération de règlement.

La règle de l'irrévocabilité des ordres de transfert ainsi posée est sans préjudice de l'exercice éventuel par le participant ou un tiers, à l'égard de l'ordre introduit, d'un droit ou d'une prétention, qu'il peut avoir juridiquement à un recouvrement ou à une restitution découlant de la transaction sous-jacente, si cela n'entraîne pas la remise en cause de la compensation ni la révocation de l'ordre de transfert dans le système⁶¹.

La défaillance financière d'une contrepartie peut conduire la BCL à réaliser les garanties qu'elle a reçues dans le cadre de prêts accordés.

4.2.2.3 La réalisation des actifs reçus en garantie

L'article 18§1 du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales, repris littéralement dans la loi organique de la BCL⁶², requiert que les opérations de crédit avec les établissements de crédit soient effectuées sur la base de sûretés appropriées pour les prêts. Les garanties financières à fournir par les contreparties doivent remplir des critères d'éligibilité précis.

Les actifs éligibles acceptés par la BCL sont principalement les titres de créance à caractère négociable qui:

- ont un montant principal fixe, inconditionnel et un coupon ne pouvant donner lieu à un flux financier négatif,
- présentent un degré élevé de qualité de signature,
- sont gérés en comptes courants,
- sont déposés/enregistrés (émis) dans l'EEE auprès d'une banque centrale ou d'un dépositaire central de titres,
- sont libellés en euros,
- sont émis ou bien garantis par des entités implantées dans l'EEE et;
- sont inscrits ou cotés sur certains marchés réglementés⁶³.

En principe, les garanties reçues par la BCL peuvent prendre la forme d'une cession de propriété dans le cadre d'opérations fermes ou de pension, de nantissement ou de cession à titre de garantie⁶⁴. Dans la pratique, on constate que la BCL, tout en se réservant la possibilité de recourir à la technique de la mise en pension⁶⁵, recourt exclusivement au gage, qui lorsqu'il a pour objet des titres, satisfait aux exigences de rapidité, d'efficacité et de simplicité requises⁶⁶.

Les garanties que la BCL est susceptible de recevoir de ses contreparties bénéficient d'une protection particulière. Elles sont, par ailleurs, complétées par un privilège qui a été octroyé à la BCL.

a) La protection des garanties

La loi du 12 janvier 2001 introduit en son article 61-3 une protection spécifique qui s'applique aux actifs mobilisés en faveur de la BCL. Cet article prévoit en effet que les droits des banques centrales sur les garanties – terme

⁵⁹ Article 7 de la directive sur le caractère définitif du règlement: «Une procédure d'insolvabilité ne peut avoir, sur les droits et obligations d'un participant découlant de la participation de celui-ci à un système ou liés à cette participation, d'effet rétroactif par rapport au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité telle que définie à l'article 6, paragraphe 1.»

⁶⁰ Article 3, premier paragraphe, al. 2, de la directive sur le caractère définitif du règlement: «Lorsque, exceptionnellement, les ordres de transfert sont introduits dans un système après le moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'ils sont exécutés le jour de cette ouverture, ils ne produisent leurs effets en droit et ne sont opposables aux tiers qu'à condition que l'organe de règlement, la contrepartie centrale ou la chambre de compensation puissent prouver, après le moment du règlement, qu'ils n'avaient pas connaissance et n'étaient pas tenus d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.»

⁶¹ Voir à ce sujet le considérant n° 12 de la directive sur le caractère définitif du règlement.

⁶² Article 22 §2.

⁶³ Voir à ce sujet: Documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème – La mise en œuvre de la politique monétaire dans la zone euro, février 2004, chapitre 6 Les actifs éligibles; Conditions générales des opérations, section 8 Titres servant de support ou de garantie.

⁶⁴ Documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème – La mise en œuvre de la politique monétaire dans la zone euro, février 2004, chapitre 6 Les actifs éligibles, article 6.1.

⁶⁵ Article 8.6 des Conditions générales des opérations.

⁶⁶ Article 1.3 des Conditions générales des opérations.

qui est défini de manière très large⁶⁷ – constituées en leur faveur dans le cadre de leurs opérations ne peuvent être affectées par une procédure d’insolvabilité à l’encontre de la contrepartie qui a constitué les garanties.

Il est également précisé que ces garanties peuvent être réalisées pour satisfaire les droits couverts par ces garanties, nonobstant toute disposition contraire prévue par la loi applicable à la procédure d’insolvabilité⁶⁸.

Par conséquent, aucune procédure d’insolvabilité⁶⁹ visant une contrepartie de la BCL ne peut aboutir à l’annulation ou l’inopposabilité vis-à-vis des créanciers de la masse, des gages octroyés à la BCL.

b) Les modalités de la réalisation des actifs gagés

En cas de défaut de l’une de ses contreparties, la BCL est dans l’obligation de procéder à la réalisation des actifs gagés conformément aux dispositions relatives au gage figurant dans le Code de commerce⁷⁰ et aux règles dérogatoires de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d’autres instruments fongibles⁷¹.

Dès lors que l’établissement de crédit est en défaut d’exécuter son obligation de remboursement du ou des prêt(s) consenti(s) par la BCL, celle-ci va pouvoir réaliser les actifs gagés sans mise en demeure préalable⁷². Pour ce faire, la BCL peut vendre ou s’approprier lesdits actifs, conformément aux dispositions de droit commun du Code de commerce⁷³.

c) Le privilège de la BCL

En vertu de l’article 4 alinéa 4 de la loi organique de la BCL⁷⁴, les créances de la BCL découlant d’opérations de politique monétaire sont privilégiées sur tous les avoirs détenus par le débiteur, soit auprès de la de la BCL, soit auprès d’un système de règlement des opérations sur titres soit d’une autre contrepartie de la BCL au Luxembourg.

La même disposition précise que ce privilège a le même rang que le privilège du créancier gagiste.

Lorsque le législateur luxembourgeois a créé ce privilège en faveur de la BCL, il a souhaité renforcer la situation financière de cette dernière en la protégeant contre les risques découlant de ses opérations avec le secteur financier. La *ratio legis* a été d’accorder aux créances liées à l’exécution de la politique monétaire une protection juridique renforcée aux fins de ne pas mettre en péril l’ensemble de la structure sur laquelle repose la mise en œuvre de la politique monétaire commune⁷⁵.

Le privilège de la BCL, tout en étant inspiré de celui dont bénéficie la Banque Nationale de Belgique, se distingue de ce dernier en de nombreux points. En effet, l’article 7 de la législation organique de la Banque Nationale de Belgique dispose que les créances de la Banque découlant d’opérations de crédit sont privilégiées sur tous les titres que le débiteur détient en compte au auprès de la Banque ou de son système de compensation de titres, comme avoir propre.

La comparaison de ces deux dispositions appelle les remarques suivantes:

- Alors que le privilège de la Banque Nationale de Belgique porte exclusivement sur des titres, le privilège de la BCL porte sur des avoirs qui peuvent inclure des sommes d’argent créditées sur un compte mais également des titres inscrits en compte.
- Si la mise en œuvre du privilège de la BNB est facilitée par le fait que le système de compensation de titres fait partie de la BNB et que, de ce fait, les titres sont facilement accessibles, la BCL qui ne dispose pas d’un tel système en interne est dans l’obligation délicate d’aller chercher les avoirs à l’extérieur soit auprès du système de règlement des opérations sur titres, soit auprès d’autres contreparties susceptibles d’avoir dans leurs livres des avoirs de la contrepartie défaillante.

67 Article 61-3., al. 1, de la loi du 12 janvier 2001: «Aux fins du présent article, «garantie» signifie tout élément d’actif réalisable, y compris de l’argent, fourni dans le cadre d’un nantissement, d’un accord de pension, d’un transfert fiduciaire ou d’un accord analogue, ou d’une autre manière, dans le but de garantir les droits et obligations susceptibles de se présenter dans le cadre d’un système au sens de l’article 34-2, lettre a), ou fourni aux banques centrales des États membres ou à la Banque centrale européenne.»

68 Article 61-3., al. 2, de la loi du 12 janvier 2001.

69 La notion de procédure d’insolvabilité, d’après la définition qui est donnée dans la loi du 12 janvier 2001 qui est reprise littéralement de la directive sur le caractère définitif du règlement, signifie toute mesure de règlement collectif prévue par la législation aux fins soit de liquider le participant, soit de le réorganiser dès lors que cette mesure implique la suspension ou une limitation des transferts ou des paiements (article 34-2, k).

70 Articles 110 – 119 du Code de commerce.

71 Loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d’autres instruments fongibles (Mémorial A N° 106 du 31 août 2001, p. 2180).

72 Article 9, alinéa 3, de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d’autres instruments fongibles.

73 Article 118, alinéa 1, du Code de commerce.

74 Loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg (Mémorial A N° 112 du 24 décembre 1998, p. 2980).

75 Document parlementaire n° 4468, page 12, troisième paragraphe.

CONCLUSION

Le régime juridique applicable au Luxembourg en cas de procédure d'insolvabilité visant un établissement de crédit se caractérise par une grande flexibilité dans l'application des mesures qui sont prévues. Récemment, ce régime juridique a été complété par des dispositions régissant les aspects transfrontaliers des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation.

La nouvelle loi du 19 mars 2004 va sur un certain nombre de points au-delà de ce qui figure dans la Directive ainsi transposée.

Une telle intervention était nécessaire eu égard au nombre de banques établies au Luxembourg et face aux structures de plus en plus complexes impliquant un nombre croissant de pays.

Ces mesures législatives ont le mérite de remédier aux problèmes posés par la détermination du droit applicable à des entités constituées par des établissements de crédit et leurs succursales localisées dans un autre Etat que celui du siège statutaire.

L'adoption de mesures d'assainissement ou de procédures de liquidation a des conséquences importantes pour la BCL. L'enjeu se situe principalement au niveau de la rapidité et de l'efficacité avec lesquelles la BCL peut obtenir l'information concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant un établissement de crédit. En raison de ses multiples relations avec les établissements de crédit, notamment dans le cadre des opérations de politique monétaire, mais aussi de la surveillance, de sa participation et de son implication dans les systèmes, ainsi que de façon plus générale dans le cadre de sa contribution à la stabilité financière, elle doit pouvoir prendre rapidement les mesures qui s'imposent dans l'exercice de ses missions.

L'introduction dans le droit positif d'une disposition relative à l'information systématique et sans délai de la BCL en cas de mesure d'assainissement ou de procédure de liquidation s'appliquant à un établissement de crédit serait particulièrement opportune afin de permettre à la BCL de remplir aux mieux les obligations qui lui incombent. Il s'agit d'un point parmi d'autres qui appelle une modification législative au Luxembourg, au bénéfice d'une coopération efficace entre la BCL et les autorités publiques concernées.

