



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 23.4.2008

COM(2008)213 final

2008/0082 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées

[SEC(2008)491]

[SEC(2008)492]

(présentée par la Commission)

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

1.1. *Motivation et objectifs de la proposition*

La proposition a pour objectif principal d'adapter la directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (la «DCDR») et la directive concernant les contrats de garantie financière (la «DCGF») à l'évolution la plus récente des marchés et de la réglementation. Pour ce faire, il s'agit premièrement d'étendre la protection de la DCDR au règlement en période nocturne et au règlement entre systèmes liés, étant donné que la directive 2004/39/CE sur les marchés d'instruments financiers¹ (la «MiFID») et le code de conduite européen en matière de compensation et de règlement-livraison (ci-après le «code») prévoient le renforcement continu des liens et de l'interopérabilité des systèmes. Deuxièmement, le champ d'application de la protection assurée par les deux directives est étendu à de nouveaux types d'actifs (créances privées admissibles pour la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales) afin de faciliter leur utilisation dans l'ensemble de la Communauté. Enfin, la proposition vise à simplifier et clarifier un certain nombre d'éléments pour faciliter l'application de la DCGF et de la DCDR.

Les perturbations financières qui se sont produites récemment et se poursuivent encore fournissent un argument supplémentaire en faveur de la proposition, qui avance en effet des solutions très utiles pour renforcer les outils permettant de gérer l'instabilité et les turbulences sur les marchés financiers. Ainsi, l'établissement d'un cadre juridique harmonisé pour l'utilisation des créances privées comme garantie dans les transactions transfrontalières permettrait d'améliorer la liquidité du marché, sévèrement touchée ces derniers mois. Il est en outre indispensable, pour la stabilité des marchés financiers, de garantir le bon fonctionnement des systèmes de règlement sur les marchés caractérisés par une évolution rapide, à plus forte raison en période de perturbation des marchés.

1.2. *Contexte général*

Ces dernières années, de nouveaux types d'actifs, tels que les prêts bancaires ou les «créances privées», sont devenus une source importante pour les opérations de garantie en croissance constante sur les marchés financiers. En août 2004, le Conseil des gouverneurs de la BCE a décidé de reconnaître les créances privées comme une catégorie de garanties admissibles pour les opérations de crédit de l'Eurosystème à compter du 1^{er} janvier 2007. Certains États membres cependant, à savoir la France, l'Allemagne, l'Espagne, l'Autriche et les Pays-Bas, acceptaient déjà les créances privées, bien que sous des régimes juridiques différents. Il convient d'harmoniser le

¹ JO L ...

cadre juridique applicable² afin d'instaurer des conditions de concurrence égales entre les banques centrales et de favoriser l'utilisation transfrontalière des garanties.

Les marchés financiers connaissent une autre évolution importante, qui est la multiplication des liens entre les systèmes. Cette augmentation devrait se poursuivre, voire s'accélérer avec l'introduction du code adopté le 7 novembre 2006³ par les fournisseurs de services d'infrastructure des marchés centraux. Le code a pour objectif d'améliorer l'efficacité des systèmes européens de compensation et de règlement en veillant à ce que les choix proposés aux utilisateurs dans les articles 34 et 46 de la MiFID constituent une véritable option plutôt qu'une simple possibilité théorique. Les principes généraux énoncés au chapitre IV du code et les modalités décrites dans la note d'orientation en matière d'accès et d'interopérabilité⁴ présentée en juin 2007 par les fournisseurs de services d'infrastructure permettent aux utilisateurs de choisir le prestataire de services en facilitant la mise en place de liens entre les systèmes, c'est-à-dire en assurant l'accès et l'interopérabilité avec les systèmes sur les marchés étrangers. Pour garantir le maintien des objectifs de la DCCR dans ce nouveau contexte, la proposition adapte la DCCR à ce nouveau marché, caractérisé par une multiplication des liens.

1.3. Cohérence avec les autres politiques et les objectifs de l'Union

La directive sur le caractère définitif du règlement et la directive sur les contrats de garantie financière sont les principaux instruments communautaires dans le domaine des garanties financières, de la compensation et du règlement. Les modifications proposées sont conformes aux dispositions figurant dans la MiFID et, dans une certaine mesure, aux dispositions spécifiques relatives aux ratios de solvabilité des directives 2006/48/CE et 2006/49/CE sur les exigences de capital⁵. Certaines dispositions de la directive 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit⁶ et du règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁷ ont également trait aux contrats de garantie. Il n'existe toutefois pas de cadre communautaire régissant le traitement des droits détenus sur des titres confiés à un intermédiaire. Reconnaissant que cela peut constituer un risque juridique potentiel dans les transactions transfrontalières, la Commission a créé, en janvier 2005, le groupe «sécurité juridique» chargé de donner un avis sur le cadre juridique approprié. Le rapport final du groupe est attendu pour la fin 2008, il viendra compléter la DCGF et la DCCR, ainsi que les modifications envisagées dans la présente proposition. Parallèlement, au niveau international, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) projette de convoquer une conférence diplomatique en septembre 2008, en vue de négocier une convention relative aux

² Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière (JO L168 du 27.6.2002, p.43) et directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (JO L166 du 11.6.1998, p.45).

³ Le code de conduite est disponible sur le site web de la Commission européenne à la page : http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf

⁴ La note d'orientation, intitulée «Access and Interoperability Guideline», est publiée sur le site web de la Commission à la page : http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/guideline_en.pdf

⁵ JO L ...

⁶ JO L du 5.5.2001, p.15

⁷ OJ L 160 du 30.6.2000, p.1

règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire. Les dispositions figurant dans le projet de convention sont partiellement inspirées de la DCGF et de la DCDR et ne devraient pas créer de problèmes d'incompatibilité.

Par ailleurs, les dispositions relatives aux créances privées ne cherchent pas à empiéter sur les droits des consommateurs, notamment les droits au titre de la directive sur le crédit à la consommation [...] adoptée récemment. Le champ d'application de la présente proposition se limite aux créances privées qui sont admissibles pour la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales, ce qui exclut en principe les créances privées des consommateurs particuliers. Par exemple, selon les critères d'éligibilité appliqués par l'Eurosystème, les débiteurs ou les garants appartiennent au secteur public ou sont des institutions non financières ou internationales/supranationales. En outre, le seuil pour toutes les opérations nationales sera fixé à 500 000 euros à partir de 2012, tandis que le plafond pour les contrats de crédit à la consommation devrait se situer dans la fourchette de 50 000 à 100 000 euros. Pour les quelques situations susceptibles de concerner les créances privées de consommateurs, ce qui ne semble pas être le cas actuellement en ce qui concerne l'Eurosystème, une disposition spécifique est ajoutée qui donne la priorité à la directive sur le crédit à la consommation.

2. CONSULTATION DES PARTIES INTERESSEES

2.1. *Consultation des parties intéressées*

Se fondant sur les réponses à un questionnaire adressé aux États membres, la Commission a adopté son rapport d'évaluation sur l'application et la transposition de la DCDR le 15 décembre 2005⁸. Tout en constatant que la DCDR fonctionne correctement dans l'ensemble, le rapport met aussi en lumière dix aspects relatifs à son application et à sa transposition qui méritent une analyse plus approfondie. Donnant suite aux réactions des États membres et de la Banque centrale européenne, la Commission a également invité l'industrie, les consommateurs et les autres parties intéressées à présenter des points de vue supplémentaires. A la date du 30 juin 2006, elle avait reçu sept nouvelles contributions.

Pour établir son rapport d'évaluation du 20 décembre 2006⁹ sur la DCGF, la Commission a demandé aux États membres, à la Banque centrale européenne et aux États membres de l'EEE, au début de 2006, de répondre à un questionnaire sur la mise en œuvre et l'application de ladite directive. Un questionnaire moins étendu a été établi à l'intention du secteur privé. En plus des contributions des États membres et de la BCE, la Commission a reçu 27 réponses provenant directement d'un large éventail d'acteurs et organismes clés du marché financier. Le rapport sur la DCGF a conclu de même que la directive fonctionnait bien et a suggéré d'en élargir le champ d'application de manière à inclure les créances privées. Les informations relatives aux deux directives, les consultations et les rapports sont publiés sur le site web de la DG MARKT¹⁰.

⁸ COM(2005) 657.

⁹ COM(2006) 833.

¹⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/financial-markets

Les deux rapports ont ensuite été examinés en détail avec les États membres et la BCE au sein du comité européen des valeurs mobilières (CEVM) et avec l'industrie au sein des divers groupes de parties intéressées (CESAME¹¹, par exemple). Un groupe de travail comprenant la BCE et les banques centrales nationales a également été mis en place pour examiner spécifiquement les modifications législatives relatives aux créances privées.

3. ANALYSE D'IMPACT

La Commission a réalisé une analyse d'impact¹² des différentes options visant à faciliter l'utilisation des créances privées en garantie, à garantir la stabilité des systèmes de règlement et à améliorer la sécurité juridique. Elle estime que le moyen le plus logique et le plus efficace pour atteindre ces objectifs est de modifier ces directives au moyen d'une autre directive.

4. ÉLÉMENTS JURIDIQUES DE LA PROPOSITION

4.1. *Base juridique*

La base juridique de la proposition visant à modifier la directive 1998/26/CE sur le caractère définitif du règlement et la directive 2002/47/CE sur les contrats de garantie financière est identique pour les deux directives à modifier, à savoir l'article 95 du traité.

4.2. *Principe de subsidiarité*

Conformément au principe de subsidiarité, la Communauté ne doit légiférer que si les objectifs visés ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres agissant seuls. La DCDR a déjà démontré l'importance de limiter le risque systémique inhérent à ces systèmes au moyen de règles communes.

En ce qui concerne la DCGF, les changements proposés n'empiètent pas sur la décision des États membres d'autoriser ou non l'utilisation des créances privées en garantie ; cette décision est totalement laissée aux États membres. La proposition se limite à accorder aux créances privées utilisées en garantie le même niveau de protection qu'aux autres types de garanties financières. En appliquant en outre un ensemble harmonisé de règles aux créances privées utilisées en garantie, elle facilite leur utilisation dans les transactions transfrontalières.

Compte tenu des considérations qui précèdent, la proposition respecte le principe de subsidiarité.

4.3. *Principe de proportionnalité*

La proposition respecte le principe de proportionnalité, puisqu'elle est strictement limitée aux modifications nécessaires pour permettre l'utilisation transfrontalière des

¹¹ Groupe consultatif et de suivi sur la compensation et le règlement-livraison

¹² Voir annexe.

créances privées en garantie, l'interopérabilité des systèmes et certaines mesures de simplification d'ordre mineur.

4.4. *Simplification et clarification*

La proposition apporte certains éléments de simplification et de clarification utiles aux deux directives. Par exemple, la proposition cherche à faciliter l'utilisation des créances privées en garantie en préconisant un régime allégé pour attester la constitution de créances privées en garantie, en lieu et place d'une procédure longue (et donc coûteuse) exigeant de fournir la preuve de chaque créance privée distincte. La proposition envisage aussi de supprimer la disposition non utilisée de l'article 4, paragraphe 3, de la DCGF et d'éliminer les références caduques dans les deux directives. La DCDR, quant à elle, sera plus simple à appliquer si ses dispositions sont clarifiées. Ainsi, par exemple, la proposition clarifie le champ d'application personnel de la DCDR en incluant clairement les établissements de monnaie électronique à l'article 2.

4.5. *Choix des instruments*

L'instrument proposé est une directive car la mesure a pour but de modifier deux directives en vigueur. Seul cet instrument peut produire l'effet juridique souhaité.

5. INCIDENCE BUDGETAIRE

La proposition n'aura pas d'incidence sur le budget communautaire et n'exige pas de ressources humaines et administratives supplémentaires.

6. COMMENTAIRE DES ARTICLES DE LA PROPOSITION

La présente proposition de directive de modification porte en premier lieu sur la remise de créances privées à titre de garantie. En second lieu, outre des modifications d'ordre technique, elle vise à élargir les avantages de la DCDR aux systèmes qui fonctionnent de plus en plus dans un environnement transfrontalier.

6.1. *Article premier : Modifications apportées à la directive sur le caractère définitif du règlement («DCDR»)*

6.1.1. *Article premier de la DCDR*

Au point a), «écu» est remplacé par «euro» et le point c) mentionne dorénavant la Banque centrale européenne de manière à ce que ses opérations soient également couvertes.

6.1.2. *Article 2 de la DCDR*

Le point b) contient plusieurs références à des directives communautaires qui sont devenues caduques et sont remplacées par d'autres directives. Les modifications proposées pour ce paragraphe sont essentiellement d'ordre rédactionnel, mais comprennent également deux changements de fond.

Premièrement, le paragraphe clarifie la position des établissements de monnaie électronique. Comme l'a souligné l'évaluation de la Commission, les États membres avaient des interprétations divergentes dans le passé quant à savoir s'il fallait considérer les établissements de monnaie électronique comme es établissements de crédit. Le remplacement, à l'article 2, point b), de la référence à la directive 77/780/CEE par une référence à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2006/48/CE – la refonte consolidée qui a succédé à la directive de 1977 – permet dorénavant d'indiquer clairement que les établissements de monnaie électronique entrent dans le champ d'application de la directive.

Le code prévoit un certain nombre de manières permettant de lier les systèmes entre eux. Trois d'entre elles sont pertinentes pour la DCDR : l'accès standard, l'accès personnalisé et l'interopérabilité. Les systèmes qui sont liés par l'accès (c'est-à-dire qu'un système devient un participant de l'autre) ne sont pas couverts par la DCDR, puisque jusqu'ici un «système» ne peut pas constituer un participant. Ce manque d'accès pose un problème dans la mesure où cet accès deviendra probablement de plus en plus nécessaire suite à l'application du code mais aussi de la MiFID. Le point f) est modifié en conséquence, de manière à ce que les systèmes puissent aussi devenir des participants.

Le point g) définit la notion de «participant indirect». La DCDR permet aux États membres d'étendre la protection de la DCDR aux participants indirects, c'est-à-dire de considérer un participant indirect comme participant, s'ils l'estiment justifié du point de vue du risque systémique. Pour autant, cette possibilité ne s'applique qu'aux établissements de crédit qui sont membres des systèmes de paiement. Les autres – tels que les contreparties centrales, les organes de règlement (y compris un organe d'un autre système) ou les chambres de compensation – ne peuvent pas être considérés comme participants. En outre, la possibilité de considérer un participant indirect comme participant ne s'applique pas aux systèmes de règlement. Aucun motif évident ne justifie cette discrimination, de sorte que la proposition élargit la définition des participants indirects.

Le point h) est une simple actualisation d'ordre technique remplaçant la référence à la DSI (directive sur les services d'investissement) par une référence à la MiFID.

Le point m) introduit une référence explicite aux créances privées admissibles pour la constitution de garanties pour les opérations de crédit de l'Eurosystème au sens de "nantissement", afin d'écartier tout risque d'incertitude ou d'éviter des différences d'application dans les États membres.

Pour adapter la DCDR à la multiplication des liens d'interopérabilité entraînée par la MiFID et par le code de conduite, ou pour l'adapter à un système multilatéral de paiement tel que TARGET2, le point n) (nouveau) définit le système interopérable afin de couvrir les situations dans lesquelles des systèmes (qu'il s'agisse de systèmes de paiement, de systèmes de règlement de titres, de chambres de compensation ou de contreparties centrales) sont liés par l'interopérabilité en vue de faciliter la compensation intersystème, le règlement et les accords de livraison contre paiement.

Le point o) (nouveau) introduit une définition de l'opérateur de système afin d'indiquer clairement qui est chargé d'exploiter le système et donc qui porte la responsabilité juridique de son exploitation.

6.1.3. Article 3 de la DCDR

Paragraphe 1 - Une modification est introduite pour ôter toute incertitude quant au statut des services de règlement en période nocturne. Depuis l'adoption de la DCDR, un nombre croissant de systèmes ont introduit des jours ouvrables qui commencent immédiatement après la clôture du jour ouvrable en T-1. Ces systèmes fournissent des services de règlement en période nocturne, principalement destinés à exécuter des transactions de gros et de détail. Actuellement, il n'est pas certain que la DCDR protège totalement le règlement en période nocturne, puisque seuls les ordres de transfert qui sont exécutés le même jour civil («jour d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité») sont couverts. Une lecture stricte de la DCDR pourrait laisser entendre qu'un ordre de transfert qui est introduit dans le système en T-1 est protégé uniquement si le traitement du lot est finalisé avant minuit, tandis qu'un ordre identique dans un lot se poursuivant après minuit n'est pas protégé. Il s'ensuivrait qu'un nombre considérable d'ordres seraient laissés en dehors du champ d'application de la directive, de sorte qu'il est proposé de remplacer le mot «jour» par une référence au «jour ouvrable, tel que défini par les règles de fonctionnement du système».

De plus, une référence à l'«opérateur de système» est insérée pour préciser qui est censé avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (organe de règlement, contrepartie centrale ou chambre de compensation).

Paragraphe 4 (nouveau) - Pour actualiser la DCDR avec les liens d'interopérabilité qui peuvent se concrétiser par suite du code, ce paragraphe vise à préciser quel est le moment de l'introduction en cas de systèmes interopérables. Il faut indiquer tout à fait clairement quelles sont les règles de système qui s'appliquent, sans quoi l'interopérabilité peut exposer les participants d'un système – voire le système lui-même – aux retombées d'une défaillance dans un autre système avec lequel il est entré en interopérabilité. Le manque de clarté sur ce point est un problème croissant étant donné que les systèmes demandent de plus en plus d'interopérabilité les uns avec les autres (la demande étant accentuée par la MiFID et par le code).

6.1.4. Article 5 de la DCDR

Comme pour le «moment de l'introduction», il conviendrait de préciser qu'en cas de systèmes interopérables les règles fixées par un système en ce qui concerne le moment de la révocation ne seront pas affectées par les règles des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.

6.1.5. Article 9 de la DCDR

De nombreux systèmes fonctionnent sur la base de mécanismes de constitution de garantie dans lesquels les participants remettent une garantie au système, souvent de manière automatisée, ou dans lesquels un panier de sûretés est constitué pour garantir le règlement en cas de défaillances. En cas d'interopérabilité, cette remise de garantie n'est pas explicitement protégée par la DCDR telle qu'elle est actuellement libellée. Il est donc proposé d'ajouter une référence à un système au paragraphe 1.

Par ailleurs, le mot «future» qui est utilisé à deux reprises pour qualifier la Banque centrale européenne est supprimé.

6.1.6. Article 10 de la DCDR

Par suite des modifications proposées pour l'article 2, point o) et pour l'article 3, paragraphe 1, les États membres devraient également indiquer l'opérateur de système lorsqu'ils notifient les systèmes à la Commission. Cette obligation s'appliquerait à la fois aux systèmes actuels et aux systèmes futurs.

6.2. Article 2 : Modifications apportées à la directive sur les contrats de garantie financière («DCGF»)

6.2.1. Article premier de la DCGF – Objet et champ d'application

L'article 1, paragraphe 2, contient plusieurs références à des directives communautaires qui sont devenues caduques et sont remplacées par d'autres directives. Les modifications proposées pour ce paragraphe sont de simples actualisations d'ordre technique.

Article 1, paragraphe 4, point a) - La garantie financière doit être constituée par des espèces ou des instruments financiers. Lors de la mise en œuvre de la DCGF, trois États membres – la République tchèque, la France et la Suède – ont étendu la liste des actifs pouvant être fournis en garantie en vertu de la directive à certaines catégories spécifiques de créances, telles que les créances privées ou autres. Avec la présente proposition de directive, une troisième catégorie vient s'ajouter pour l'ensemble de la Communauté, à savoir les créances privées admissibles pour la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales.

Paragraphe 5 - La proposition décrit un *modus operandi* différent pour attester la constitution de créances privées en garantie. Les moyens de preuve déjà en place pour la constitution d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription ou sous forme d'espèces sont insuffisants pour les créances privées. Comme les pratiques sont plutôt divergentes et que les marchés financiers ont tout intérêt à avoir des procédures simples fonctionnant sans heurts, l'inscription sur une liste de créances remise au preneur de garantie doit suffire, sans détailler la mobilisation des créances privées constituées en garantie ni les méthodes d'identification. Cette liste peut être transmise par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, y compris par voie électronique, puisque certaines banques centrales nationales utilisent des listes électroniques.

Paragraphe 6 - À la différence des espèces ou des instruments financiers, les créances privées ne sont pas fongibles. Ainsi, un preneur de garantie qui exerce son droit d'utilisation ne peut pas restituer une garantie équivalente, à la fin de la transaction, au constituant de la garantie. Il conviendrait par conséquent d'indiquer clairement que le droit d'utilisation défini à l'article 5 ne doit pas s'appliquer aux créances privées.

6.2.2. Article 2 de la DCGF – Définitions

Article 2, paragraphe 1, point b) - Dans la définition du «contrat de garantie financière avec transfert de propriété», les termes «la pleine propriété des instruments financiers ou espèces donnés en garantie» sont remplacés par «la pleine propriété de la garantie financière, ou le droit intégral à cette dernière», afin d'établir

la distinction entre la propriété des espèces ou instruments financiers, d'une part, et le «droit» aux créances privées, d'autre part.

Article 2, paragraphe 1, point o) - Définition des créances privées

Un nouveau point o) est ajouté à l'article 2, paragraphe 1, pour définir la notion de «créances privées». Il propose une définition générale des créances privées, compte tenu du fait que les créances privées peuvent avoir des caractéristiques différentes dans les divers régimes juridiques et sur les divers marchés de l'UE.

Article 2, paragraphe 2 - Ce paragraphe précise que dans le cas des créances privées, ce n'est pas seulement la créance elle-même, mais aussi la possibilité d'en percevoir le produit jusqu'à nouvel ordre, qui ne porte pas atteinte à la garantie constituée au profit du preneur de cette dernière.

6.2.3. *Article 3 de la DCGF – Conditions de forme*

L'un des obstacles à l'utilisation efficace des créances privées réside dans la condition stipulant que la création, la validité ou l'admissibilité à titre de preuve de la constitution desdites créances privées en garantie en vertu d'un contrat de garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel (tel que l'enregistrement ou la notification *ex ante* du débiteur de la créance privée constituée en garantie). Plusieurs États membres exigent une notification *ex ante* (Finlande, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas et Slovénie, par exemple), certains appliquent un système d'enregistrement (Autriche, Belgique, Espagne, Grèce et Slovénie, par exemple) ; d'autres n'ont ni l'un ni l'autre (Allemagne, France, Portugal et Royaume-Uni, par exemple).

La nouvelle phrase ajoutée à l'article 3, paragraphe 1, vise à garantir que la mobilisation des créances privées ne peut pas être invalidée au motif qu'elle n'a pas été enregistrée ou que le débiteur n'en a pas été informé. Cela ne signifie pas que l'enregistrement ou la notification du débiteur devraient être interdits en tant que tels, il s'agit plutôt d'éliminer le risque d'invalidation pour ce motif. Dans certains régimes juridiques, il pourrait être jugé utile de maintenir l'enregistrement à d'autres fins que la validité d'une transaction (par exemple, l'opposabilité).

L'article 3, paragraphe 3, porte sur deux points supplémentaires qui sont destinés à faciliter l'utilisation des créances privées en garantie. Le premier point concerne la possibilité, pour le débiteur de la créance privée constituée en garantie, d'exercer le droit de compensation. Cette possibilité pourrait compromettre la position des preneurs de garantie dans certains régimes juridiques, puisque la garantie proprement dite peut disparaître si le débiteur exerce son droit de compensation à l'égard des créanciers de la créance privée et à l'égard des personnes en faveur desquelles les créanciers ont effectué une cession, un nantissement ou toute autre mobilisation de la créance privée en garantie. Il est donc indiqué que les débiteurs, s'ils le souhaitent, devraient pouvoir valablement renoncer à leurs droits de compensation à l'égard de ces personnes au moyen d'un accord (et ce consentement devrait prévaloir sur toute disposition contradictoire en droit interne).

Le deuxième point concerne le secret bancaire. Dans certains régimes juridiques, il pourrait y avoir violation des restrictions en matière de secret bancaire si la banque

créancière d'origine fournit au preneur de garantie des données sur le débiteur et sur la créance privée. En conséquence, soit les contreparties seraient peu disposées à remettre des créances privées en garantie, soit les preneurs de garantie ne seraient pas en mesure d'obtenir des informations suffisantes sur la créance privée ou sur le débiteur. Ici encore, les débiteurs devraient pouvoir valablement renoncer à leurs droits de secret bancaire à l'égard du créancier aux fins de mobiliser la créance privée au moyen d'un accord.

Les dispositions précitées ne devraient aucunement affecter les droits des consommateurs décrits dans la proposition de directive sur le crédit à la consommation. Pour des raisons de protection des consommateurs, cette future directive prévoit que lorsque les droits du prêteur sont cédés à un tiers, le consommateur peut faire valoir à l'égard du cessionnaire tout moyen de défense qu'il pouvait invoquer à l'égard du prêteur initial, y compris le droit à une compensation. En outre, le consommateur doit être informé de la cession sauf lorsque le prêteur continue à gérer le crédit vis-à-vis du consommateur. Le consommateur n'est pas autorisé à renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de la directive proposée. Afin de maintenir ce niveau de protection des consommateurs, notamment dans les cas où les contrats de crédit sont des garanties admissibles, les dispositions précitées s'appliquent sans préjudice de la future directive sur le crédit à la consommation.

6.2.4. Article 4 de la DCGF – Exécution des contrats de garantie financière

L'article 4, paragraphe 3, concerne l'appropriation et autorise certains États membres à ne pas accorder de droit d'appropriation au preneur de la garantie. On entend essentiellement par «droit d'appropriation» le droit du preneur de la garantie, en cas de fait entraînant l'exécution et à certaines conditions, de conserver les actifs gagés comme son propre bien au lieu de les revendre. Aucun État membre n'a cependant fait usage de cette faculté. Les États membres reconnaissent donc tous le droit d'appropriation du preneur de la garantie en cas de fait entraînant l'exécution. L'article 4, paragraphe 3, est par conséquent caduc et est supprimé par souci de simplification.

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission¹³,

vu l'avis de la Banque centrale européenne¹⁴,

vu l'avis du Comité économique et social européen¹⁵,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité¹⁶,

considérant ce qui suit:

- (1) La directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres¹⁷ établit un régime dans lequel le caractère définitif des ordres de transfert et de la compensation, ainsi que l'opposabilité de la garantie, sont assurés tant pour les participants nationaux que pour les participants étrangers.
- (2) Le rapport d'évaluation sur la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement¹⁸, présenté par la Commission au Parlement européen et au Conseil, conclut que la directive 98/26/CE fonctionne bien dans l'ensemble. Il souligne que certains changements importants sont peut-être en cours dans le domaine des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et conclut également qu'il est nécessaire de clarifier et de simplifier quelque peu la directive 98/26/CE.
- (3) Le grand changement réside néanmoins dans la multiplication des liens entre les systèmes qui, à l'époque de la rédaction de la directive 98/26/CE, fonctionnaient

¹³ JO C [...] du [...], p. [...].

¹⁴ JO C [...] du [...], p. [...].

¹⁵ JO C [...] du [...], p. [...].

¹⁶ JO C [...] du [...], p. [...].

¹⁷ JO L 166 du 11.6.1998, p. 45.

¹⁸ COM(2005) 657 final du 4.7.2006, p. 2.

presque exclusivement sur une base nationale et indépendante. Cette évolution est l'un des résultats de la directive n° 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 du Conseil¹⁹, et du code de conduite européen en matière de compensation et de règlement-livraison²⁰. Pour s'adapter à cette évolution, il conviendrait de clarifier la notion de système interopérable et la responsabilité des opérateurs de système.

- (4) La directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière²¹ a créé un cadre juridique communautaire uniforme pour l'utilisation (transfrontalière) des garanties financières, et supprimé ainsi la plupart des exigences formelles traditionnellement imposées aux contrats de garantie.
- (5) Le Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne a décidé de reconnaître les créances privées comme une catégorie de garanties admissible pour les opérations de crédit de l'Eurosystème à compter du 1^{er} janvier 2007 et, pour obtenir un impact économique maximal, la Banque centrale européenne a recommandé d'étendre la couverture juridique de la directive 2002/47/CE. Le rapport d'évaluation sur la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière²², présenté par la Commission au Parlement européen et au Conseil, aborde cette question et souscrit à l'avis de la Banque centrale européenne. L'utilisation des créances privées augmentera l'éventail des garanties disponibles, et l'harmonisation des dispositions juridiques dans la directive 2002/47/CE renforcerait l'instauration de conditions de concurrence égales entre les établissements de crédit dans tous les États membres. Le fait de faciliter l'utilisation des créances privées en garantie serait également profitable aux consommateurs/débiteurs, parce qu'une telle pratique pourrait, à terme, induire un renforcement de la concurrence et, partant, une amélioration de l'offre de crédits.
- (6) Pour faciliter l'utilisation des créances privées, il importe de supprimer ou d'interdire toutes les règles administratives, telles que les obligations de notification et d'enregistrement, qui empêcheraient les cessions de créances privées. De même, pour ne pas compromettre la position des preneurs de garantie, les débiteurs doivent pouvoir renoncer valablement à leurs droits de compensation vis-à-vis des créanciers. Le même raisonnement s'applique pour justifier la nécessité de permettre au débiteur de renoncer aux règles du secret bancaire, sans quoi le preneur de garantie risque de ne pas avoir d'informations suffisantes pour évaluer correctement la valeur des créances privées sous-jacentes. [Ces dispositions s'appliquent sans préjudice des dispositions de la directive sur le crédit à la consommation [.....].]
- (7) Les États membres n'ont pas eu recours à la possibilité prévue à l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2002/47/CE de ne pas accorder de droit d'appropriation au preneur de la garantie. Il convient donc de supprimer cette disposition.
- (8) Il y a lieu de modifier les directives 98/26/CEE et 2002/47/CE en conséquence,

¹⁹ JO L 145 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2007/44/CE (JO L 247 du 21.9.2007, p. 1).

²⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf

²¹ JO L 168 du 27.6.2002, p. 43.

²² COM(2006) 833 final du 20.12.2006.

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE :

Article premier

Modifications de la directive 98/26/CE

La directive 98/26/CE est modifiée comme suit :

1) L'article 1 est modifié comme suit:

a) Au point a), le mot «écus» est remplacé par le mot «euros».

b) Au point c), le deuxième tiret est remplacé par le texte suivant :

«- d'opérations des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne en leur qualité de banques centrales.»

2) L'article 2 est modifié comme suit :

a) Au point b), les premier et deuxième tirets sont remplacés par le texte suivant :

«- un établissement de crédit défini à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil²³, y compris les établissements figurant dans la liste de l'article 2 de ladite directive,

- une entreprise d'investissement telle que définie à l'article 4, paragraphe 1, point 1), de la directive 2004/39/CE²⁴, à l'exclusion des établissements énumérés à l'article 2, paragraphe 1, de ladite directive, ou »

b) Au point f), les termes

« «participant» : une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation. »

sont remplacés par le texte suivant :

« «participant» : une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement, une chambre de compensation ou un système. »

c) Le point g) est remplacé par le texte suivant:

« g) «participant indirect» : une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement, une chambre de compensation ou un système ayant une relation contractuelle avec une institution participant à un système qui exécute des ordres de transfert permettant au participant indirect de passer des ordres de transfert par l'intermédiaire du système; »

²³ JO L 177 du 30.6.2006, p. 1.

²⁴ JO L 145 du 30.4.2004, p. 1.

d) Le point h) est remplacé par le texte suivant :

« h) «titres»: tous les instruments visés à la partie C de l'annexe 1 de la directive 2004/39/CEE; »

e) Le point m) est remplacé par le texte suivant :

« m) «garantie»: tout élément d'actif réalisable, y compris les créances privées admissibles pour la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales, fourni dans le cadre d'un nantissement (y compris de l'argent fourni dans le cadre d'un nantissement), d'un accord de pension 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, ou fourni aux banques centrales des États membres ou à la Banque centrale européenne ; »

f) Les points n) et o) suivants sont ajoutés :

« n) «système interopérable»: un système qui conclut un accord avec un ou plusieurs systèmes impliquant l'établissement de solutions mutuelles et pas simplement la liaison à l'offre de services types existants;

o) «opérateur de système»: l'entité chargée de l'exploitation d'un système au quotidien. Un opérateur de système peut aussi intervenir en tant qu'organe de règlement, contrepartie centrale ou chambre de compensation. »

3) L'article 3 est modifié comme suit:

a) Le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant:

« 1. 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 ou d'un système interopérable, 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.

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 ouvrable, tel que défini par les règles de fonctionnement du système, au cours duquel cette procédure est ouverte, ils ne produisent leurs effets en droit et ne sont opposables aux tiers qu'à condition que l'opérateur du système puisse prouver, après le moment du règlement, qu'il n'avait pas connaissance et n'était pas tenu d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. »

b) Le paragraphe 4 suivant est ajouté:

« 4. En cas de systèmes interopérables, chaque système détermine ses propres règles en ce qui concerne le moment de l'introduction dans son système. Les règles relatives au moment de l'introduction propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable. »

4) A l'article 5, l'alinéa suivant est ajouté :

« En cas de systèmes interopérables, chaque système détermine ses propres règles en ce qui concerne le moment de la révocation dans son système. Les règles relatives au moment de la révocation propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable. »

5) À l'article 9, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant:

« 1. Les droits d'un système ou d'un participant sur les garanties constituées en sa faveur dans le cadre d'un système, et les droits des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne sur les garanties constituées en sa faveur ne sont pas affectés par une procédure d'insolvabilité à l'encontre du participant ou de la contrepartie des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne qui a constitué les garanties. Celles-ci peuvent être réalisées pour satisfaire ces droits. »

6) L'article 10 est remplacé par le texte suivant:

« Article 10

Les États membres déterminent les systèmes, et les opérateurs de système respectifs, entrant dans le champ d'application de la présente directive; ils les notifient à la Commission et informent celle-ci des autorités qu'ils ont choisies conformément à l'article 6, paragraphe 2.

L'opérateur du système indique à l'État membre dont la législation est applicable les participants au système, y compris tout participant indirect éventuel, ainsi que tout changement de ces participants. »

Article 2

Modifications de la directive 2002/47/CE

La directive 2002/47/CE est modifiée comme suit :

1) L'article 1 est modifié comme suit :

a) Au paragraphe 2, le point b) est remplacé par le texte suivant :

« b) une banque centrale, la Banque centrale européenne, la Banque des règlements internationaux, une banque multilatérale de développement définie à l'annexe VI, partie 1, section 4, de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil²⁵, le Fonds monétaire international et la Banque européenne d'investissement; »

b) Au paragraphe 2, point c), les points i) à iv) sont remplacés par le texte suivant:

²⁵ JO L 177 du 30.6.2006, p. 1.

« i) un établissement de crédit au sens de l'article 4, point 1, de la directive 2006/48/CE, y compris les établissements figurant dans la liste de l'article 2 de ladite directive;

ii) une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil²⁶;

iii) un établissement financier au sens de l'article 4, point 5, de la directive 2006/48/CE;

iv) une entreprise d'assurance au sens de l'article 1^{er}, point a), de la directive 92/49/CEE du Conseil²⁷ et une entreprise d'assurance au sens de l'article 1^{er}, point a), de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil²⁸; »

c) Au paragraphe 4, le point a) est remplacé par le texte suivant :

« a) La garantie financière doit être constituée par des espèces, des instruments financiers ou des créances privées admissibles pour la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales; »

d) Au paragraphe 5, après le deuxième alinéa, la phrase suivante est ajoutée :

« Pour les créances privées, l'inscription sur une liste de créances transmise au preneur de garantie par écrit, ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, notamment par voie électronique, suffit pour prouver la mobilisation et l'identification de la créance constituée en garantie. »

e) Le paragraphe 6 suivant est ajouté:

« 6. L'article 5 ne s'applique pas aux créances privées. »

2) L'article 2 est modifié comme suit :

a) Le paragraphe 1 est modifié comme suit:

i) Le point b) est remplacé par le texte suivant:

« b) «contrat de garantie financière avec transfert de propriété», un contrat, y compris les conventions de mise en pension (*repurchase agreements*), aux termes duquel le constituant de la garantie transfère au preneur de cette dernière la pleine propriété de la garantie financière, ou le droit intégral à cette dernière, afin d'assurer l'exécution des obligations financières couvertes ou de la couvrir d'une autre manière; »

ii) Le point o) suivant est ajouté :

« o) «créances privées»: les créances pécuniaires découlant d'un accord au titre duquel un établissement de crédit, au sens de l'article 4, point 1), de la directive

²⁶ JO L 145 du 30.4.2004, p. 1.

²⁷ JO L 228 du 11.8.1992, p. 1.

²⁸ JO L 345 du 19.12.2002, p. 1.

2006/48/CE, y compris les établissements figurant dans la liste de l'article 2 de ladite directive, consent un crédit sous la forme d'un prêt. »

b) Au paragraphe 2, la deuxième phrase est remplacée par le texte suivant:

« Le droit de substituer la garantie ou d'en retirer l'excédent en faveur du constituant de la garantie ou, dans le cas des créances privées, d'en percevoir le produit jusqu'à nouvel ordre ne porte pas atteinte à la garantie constituée au profit du preneur de la garantie visée dans la présente directive. »

3) L'article 3 est modifié comme suit :

a) Au paragraphe 1, l'alinéa suivant est ajouté:

« Lorsque des créances privées sont constituées en garantie financière, les Etats membres n'exigent pas que la création, la validité ou l'admissibilité à titre de preuve de leur constitution en garantie financière en vertu d'un contrat de garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel, tel que l'enregistrement ou la notification du débiteur de la créance privée constituée en garantie. »

b) Le paragraphe 3 suivant est ajouté [Les paragraphes 3 et 4 suivants sont ajoutés] :

«3. Les Etats membres veillent à ce que les débiteurs des créances privées puissent valablement renoncer, par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, à :

i) leurs droits de compensation à l'égard des créanciers de la créance privée et à l'égard des personnes en faveur desquelles le créancier a effectué une cession, un nantissement ou toute autre mobilisation de la créance privée en garantie; et

ii) leurs droits découlant des règles du secret bancaire qui, sans quoi, auraient pour effet d'empêcher ou de restreindre la capacité du créancier de la créance privée à fournir des informations sur la créance privée ou sur le débiteur aux fins d'utiliser la créance privée en garantie. »

[« 4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent sans préjudice des dispositions de la directive xx/xxx/CE sur le crédit à la consommation. »]

4) À l'article 4, le paragraphe 3 est supprimé.

Article 3

Transposition

1. Les États membres adoptent et publient, au plus tard le 1^{er} octobre 2009, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

Ils appliquent ces dispositions à compter du 1^{er} octobre 2010.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

Article 4

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 5

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le

Par le Parlement européen
Le Président

Par le Conseil
Le Président