FR

BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

du 3 août 2006

sollicité par le ministère belge des Finances
sur un projet de loi portant modification de la loi fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique

(CON/2006/40)

Introduction et fondement juridique

Le 8 mai 2006, la Banque centrale européenne (BCE) a reçu une demande de consultation de la part du ministère belge des Finances concernant un projet de loi portant modification de l'article 7 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique (ci-après le « projet de loi »).

La BCE a compétence pour émettre un avis en vertu de l'article 105, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne et de l'article 2, paragraphe 1, cinquième et sixième tirets, de la décision 98/415/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation[1], dès lors que le projet de loi concerne les conditions auxquelles les créances peuvent être mises en gage au profit de la Banque Nationale de Belgique (BNB), en garantie de ses opérations de crédit. Conformément à l'article 17.5, première phrase, du règlement intérieur de la Banque centrale européenne, le présent avis a été adopté par le conseil des gouverneurs.

1. Objet du projet de loi

Le projet de loi a pour objet d'introduire en droit belge une technique particulière pour la mise en gage de créances au profit de la BNB, en renforçant la protection des droits de la BNB en qualité de créancier gagiste, sans que cette protection soit subordonnée à une notification préalable (ci-après «*ex ante*») de la mise en gage au débiteur. Il convient d'envisager cette protection au regard de l'exigence posée par le droit communautaire primaire que les opérations de crédit de l'Eurosystème soient effectuées sur la base de sûretés appropriées (article 18.1 des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne). En conséquence, la BCE doit veiller à ce qu'il existe des règles juridiques, ou d'autres mesures, appropriées. La BCE comprend que le projet de loi remplacera, à cet égard uniquement,

1 JO L 189 du 3.7.1998, p. 42.

le régime commun du gage en droit belge (voir le point 2.2 ci-dessous). La technique introduite par le projet de loi consiste à procéder à l'inscription du gage dans un registre conservé soit par la BNB, soit par un tiers qu'elle désigne à cet effet (ci-après le « registre »). Cette inscription a pour conséquence, entre autres, de rendre le gage opposable *erga omnes*, sauf à l'égard du débiteur de la créance mise en gage, à qui la mise en gage n'est, en règle générale, pas notifiée *ex ante* (voir le point 3.3 ci-dessous). Le registre ne peut être consulté que par les tiers qui envisagent d'accepter des droits réels (y compris des sûretés réelles) sur des créances qui peuvent être mises en gage au profit de la BNB. Seuls les tiers habilités à consulter le registre sont réputés, *ex lege*, agir de mauvaise foi, lorsqu'ils cherchent à exercer un droit sur une créance qui a déjà été mise en gage au profit de la BNB et qui a déjà été inscrite dans le registre. La BCE comprend que les autres tiers ne sont réputés agir de mauvaise foi que s'ils ont effectivement connaissance de la mise en gage (par exemple le constituant du gage).

2. Observations générales

2.1 La technique de mise en gage prévue par le projet de loi permet à la BNB d'éviter certains risques juridiques liés à des questions de priorité qui pourraient surgir en vertu du régime commun du gage en droit belge (voir le point 2.2 ci-dessous). La BCE est par conséquent favorable au projet de loi. Le projet de loi s'avérera particulièrement pertinent lorsque, suite à l'introduction d'une liste unique de garanties éligibles aux opérations de crédit de l'Eurosystème, laquelle comprendra les crédits (voir aussi l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi)[2] à compter du 1er janvier 2007, la BNB acceptera en garantie, des crédits remplissant les critères d'éligibilité de l'Eurosystème.

2.2 Le présent avis est limité au projet de loi et ne couvre pas les règles de constitution de garanties sur créance en vertu du droit d'autres État membres qui ont adopté l'euro (ci-après les « États membres participants »). La BCE comprend néanmoins que la Belgique est l'un des États membres participants dans lesquels des garanties peuvent valablement être constituées sur une créance (par exemple dans le cadre d'un gage), sans que cette validité soit subordonnée à une notification *ex ante* au débiteur, ou à une reconnaissance *ex ante* par celui-ci. En vertu du régime commun du gage en droit belge, la simple conclusion de la convention de gage rend le gage opposable *erga omnes*, sauf à l'égard du débiteur de la créance mise en gage (auquel le gage n'est opposable que s'il lui a été notifié, ou s'il l'a reconnu). Par conséquent, un débiteur à qui la mise en gage n'a pas été notifiée et qui ne l'a pas reconnue peut valablement continuer à payer le créancier initial, pour autant que ce débiteur agisse de bonne foi (c'est-à-dire sans avoir une connaissance effective du gage par d'autres moyens). Cette notification, ou cette reconnaissance, est également pertinente

2 Voir le document intitulé « Décisions du Conseil des gouverneurs de la BCE (autres que les décisions relatives à la fixation des taux d'intérêt) » pour juillet 2005 et le communiqué de presse de la BCE du 22 juillet 2005 y relatif, intitulé : « Dispositif de garanties de l'Eurosystème : inclusion des actifs non négociables dans la Liste unique » (disponibles sur le site Internet de la BCE, à l'adresse suivante : http://www.ecb.int).

pour déterminer quelle partie prime lorsque deux ou plusieurs parties, agissant de bonne foi, cherchent à exercer des droits concurrents sur la créance mise en gage (par exemple parce que la créance a fait l'objet d'une nouvelle mise en gage, ou parce qu'elle a été cédée), puisque la primauté est accordée à la partie qui, en premier, a notifié la mise en gage au débiteur, ou à l'égard de laquelle le débiteur a, en premier, reconnu la mise en gage. La notification, ou la reconnaissance, permet également de déterminer si le débiteur, agissant de bonne foi, est habilité à diminuer ou à éteindre sa dette par compensation ou par un autre mécanisme similaire. Par conséquent, bien qu'il soit possible que dans certains États membres participants, comme la Belgique, la notification au débiteur ne constitue pas, légalement, une condition de validité de la constitution d'une garantie sur créance, une telle notification peut néanmoins être pertinente en ce qui concerne la valeur et l'efficacité des droits de la partie que cette garantie vise à protéger (en l'espèce, la BNB).

2.3 Eu égard à la diversité des législations nationales en ce qui concerne la notification au débiteur, les conséquences de l'absence de notification, ainsi que les méthodes visant à régler ces conséquences[3], la BCE n'impose pas une telle notification dans les États membres participants où la validité de la constitution d'une garantie sur créance n'est pas subordonnée à la notification *ex ante*. La technique de mise en gage prévue par le projet de loi garantit la primauté des droits que la BNB tire d'un gage qui a été inscrit dans le registre, sur les droits (de sûreté) réels que des tiers constitueraient par la suite sur la créance mise en gage, dès lors qu'en vertu de la technique de mise en gage prévue par le projet de loi, de tels tiers sont réputés, *ex lege*, agir de mauvaise foi. Néanmoins, étant donné que le droit de consulter ce registre est réservé aux tiers qui envisagent d'accepter « un droit (de sûreté) réelle » sur une créance pouvant être mise en gage au profit de la BNB, la BCE comprend que, par exemple, la délégation n'entre pas dans cette catégorie. En conséquence, étant donné que cette technique et d'autres techniques similaires restent susceptibles d'avoir une incidence sur les droits de la BNB, il pourrait être nécessaire d'aborder ce problème au moyen d'autres règles (par exemple, de dispositions contractuelles) ou d'autres techniques. En outre, il existe une incertitude quant à la question de savoir si, en vertu de la technique de mise en gage prévue par le projet de loi, un tiers qui a acquis un droit réel sur une créance par la suite mise en gage au profit de la BNB et inscrite dans le registre, se verrait accorder la primauté dans l'hypothèse où le droit de ce tiers n'aurait été notifié au débiteur de la créance, ou reconnu par celui-ci, qu'après que le gage de la BNB ait été inscrit dans le registre. La BCE se demande si, dans ce cas particulier, subordonner la primauté du droit du tiers à la condition qu'il ait été notifié au débiteur de la créance, ou reconnu par celui-ci, avant que le gage de la BNB ait été inscrit dans le registre, ne serait pas source d'une plus grande sécurité juridique qu'une « déclaration sur l'honneur » par l'établissement de crédit (constituant du gage) à la BNB, attestant de l'absence

3 Voir également le document susmentionné, intitulé « Décisions du Conseil des gouverneurs de la BCE (autres que mes décisions relatives à la fixation des taux d'intérêt) pour juillet 2005 et le communiqué de presse de la BCE du 22 juillet 2005 y relatif, sous le titre « Autres obligations juridiques ».

d’un tel droit. La BCE comprend qu’une règle similaire existe dans le régime commun du gage en droit belge. Enfin, la BCE observe que le bénéfice du projet de loi est actuellement réservé aux créances mises en gage au profit de la BNB et que, par conséquent, il ne s’applique pas aux créances mises en gage au profit d’une autre banque centrale de l’Eurosystème, en application de la technique de mise en gage prévue par le projet de loi. Une telle extension pourrait, par exemple, être pertinente pour la constitution transfrontalière de garanties sur créance dans le cadre des opérations de crédit de l'Eurosystème si la BNB agit en tant que correspondant mandataire d’une autre banque centrale de l’Eurosystème. De toute façon, la BCE comprend que, même si le bénéfice du projet de loi reste uniquement applicable aux créances mises en gage au profit de la BNB, le régime commun du gage en droit belge, c’est-à-dire la validité du gage sans qu’il soit nécessaire de procéder à une notification *ex ante* (voir le point 2.2 ci-dessus), permettra toujours une telle constitution transfrontalière de garanties.

2.4 Bien qu’en vertu du régime commun du gage en droit belge, la validité d’un gage sur créance ne soit pas subordonnée à une notification au débiteur (voir le point 2.2 ci-dessus), celle-ci est néanmoins susceptible d’avoir une incidence sur la valeur et l’efficacité des droits du créancier gagiste. En effet, la possibilité pour le débiteur d’effectuer un paiement libératoire entre les mains de son créancier (le constituant du gage) ou d’un tiers (par exemple en cas de mise en gage subséquente de la même créance) ou de diminuer, voire même d’éteindre, valablement sa dette par compensation, dépend de la question de savoir si, et dans l’affirmative quand, la mise en gage a été notifiée au débiteur ou reconnue par celui. La technique de mise en gage prévue par le projet de loi ne supprime pas entièrement la possibilité d’un tel paiement ou d’une telle compensation, dès lors que l’interdiction de compensation par le débiteur et l’obligation pour le débiteur de payer entre les mains de la BNB, prévues à l’article 6 du projet de loi, ne s’appliquent qu’en cas d’insolvabilité de l’établissement de crédit qui a mis la créance en gage au profit de la BNB (voir également le point 3.4 ci-dessous). La BNB bénéficierait d’une protection juridique absolue si le simple fait de l’inscription du gage rendait celui-ci opposable au débiteur également. À défaut d’une telle disposition, les effets de la possibilité d’un paiement ou d’une compensation par le débiteur peuvent être similaires à ceux qui se produisent dans d’autres États membres participants où la validité de la constitution d’une garantie sur créance n’est pas subordonnée à une notification au débiteur.

3. Remarques particulières

3.1 L’article 6 du projet de loi énumère certaines conséquences particulières sur le gage, de l’insolvabilité de l’établissement de crédit qui a mis la créance en gage au profit de la BNB. Dès lors que les opérations de crédit de l’Eurosystème et de la BNB comprennent également des opérations de crédit intra-journalier et que les contreparties éligibles pour effectuer de telles opérations ne sont pas limitées aux établissements de crédit, le champ d’application de l’article 6,

qui couvre seulement les établissements de crédit, pourrait être trop restreint. Bien que la BCE comprenne qu'en pratique, la BNB ne prévoit de recevoir des crédits en garantie que de la part de contreparties qui sont des établissements de crédit, il pourrait être plus opportun de faire référence à toute contrepartie quelconque qui est éligible aux opérations de crédit de banque centrale et qui peut donc mettre une créance en gage au profit de la BNB.

3.2 Une conséquence particulière de l'éventuelle insolvabilité de l'établissement de crédit est que si la BNB notifie la mise en gage au débiteur, celui-ci ne peut plus par la suite effectuer de paiement libératoire qu'entre les mains de la BNB. Bien que cela ne soit pas explicitement mentionné dans le projet de loi qui, comparé au régime commun du gage en droit belge, constitue une *lex specialis*, la BCE comprend que le projet de loi laisse à la BNB la possibilité de notifier le gage au débiteur en dehors d'une situation spécifique d'insolvabilité de l'établissement de crédit, si la BNB souhaite avoir recours à cette notification pour une raison quelconque. Cette notification aboutira alors à ce que le débiteur soit réputé agir de mauvaise foi en raison de sa connaissance effective du gage et, partant, garantira que seul un paiement effectué entre les mains de la BNB libère valablement le débiteur de son obligation de paiement. En outre, que l'établissement de crédit soit insolvable ou non, la BNB ne sera pas fondée à poursuivre le remboursement à charge du bénéficiaire du paiement, sauf s'il s'agit d'une entité habilitée à consulter le registre (puisque seules ces entités sont réputées agir de mauvaise foi; voir le point 1 ci-dessus) ou d'une entité qui a effectivement connaissance du gage, cette dernière éventualité étant moins probable en pratique.

3.3 La BCE comprend également que l'interdiction de compensation en cas d'insolvabilité de l'établissement de crédit (c'est-à-dire le constituant du gage, débiteur de la BNB), prévue à l'article 6 du projet de loi, n'empêche pas une réduction, voire une extinction, valable de la créance par compensation, lorsque les conditions de la compensation sont réunies avant l'insolvabilité de l'établissement de crédit (voir le point 2.4 ci-dessus).

3.4 Enfin, la BCE est favorable à l'article 6 du projet de loi, qui étend l'application de la procédure de réalisation simplifiée prévue en droit belge[4] en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, aux créances mises en gage en faveur de la BNB[5]. La BCE relève que l'application de cette procédure n'est en principe pas limitée aux procédures d'insolvabilité, mais qu'elle englobe également, par exemple, les saisies. Eu égard aux avantages que présente un champ d'application aussi étendu en cas de réalisation du gage de la BNB en vertu du projet de loi, la BCE suggère que cette procédure de réalisation simplifiée figure, non pas à

4 Article 8 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers.

5 Voir également le point 8 de l'avis CON/2005/43 de la BCE du 3 novembre 2005 sollicité par le ministère belge des Finances sur un projet de loi portant suppression des titres au porteur et sur un avant-projet d'arrêté royal relatif aux titres dématérialisés de sociétés.

l’article 6, mais dans une disposition distincte du projet de loi, l’article 6 semblant en effet restreindre l’application de cette procédure aux situations d’insolvabilité.

Le présent avis sera publié sur le site Internet de la BCE.

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 3 août 2006.

[signé]

Le président de la BCE

Jean-Claude TRICHET