FR

BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

EUROSYSTÈME

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

du 5 novembre 2010

sur les modifications à la législation relative aux contrats de garantie financière en ce qui concerne les créances privées

(CON/2010/78)

Introduction et fondement juridique

Le 23 septembre 2010, la Banque centrale européenne (BCE) a reçu une demande de consultation de la part du Ministère luxembourgeois des finances portant sur un projet de loi transposant, d'une part, la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE[1] et, d'autre part, la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009, 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[2] (ci-après dénommé le « projet de loi »). Le projet de loi modifie : a) la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres, b) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, c) la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, d) la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier et e) la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

La BCE a compétence pour émettre un avis en vertu de l'article 127, paragraphe 4, et de l'article 282, paragraphe 5, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi qu'en vertu des deuxième, cinquième et sixième tirets de l'article 2, paragraphe 1, 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 des projets de réglementation[3], étant donné que le projet de loi contient des dispositions concernant les moyens de paiement, les systèmes de paiement et de règlement ainsi que les règles applicables aux établissements financiers dans la mesure où elles ont une incidence sensible sur la stabilité des établissements et des marchés financiers. Dès lors que le champ d'application du projet de loi dépasse

1 JO L 267, du 10.10.2009, p. 7.

2 JO L 146, du 10.6.2009, p. 37.

3 JO L 189, du 3.7.1998, p. 42.

la transposition de directives de l'Union dans le droit national, l'exception figurant à l'article 1er, paragraphe 2, de la décision 98/415/CE n'est pas applicable. 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

Outre le fait que le projet de loi transpose les directives 2009/110/CE et 2009/44/CE, il modifie comme suit l'article 5, paragraphe 2, point a) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : « La dépossession des instruments financiers transmissibles par inscription en compte se réalise valablement :

i) par la conclusion du contrat de gage si le dépositaire de ces instruments financiers est le créancier gagiste ;

ii) par un accord entre le constituant du gage, le créancier gagiste et le dépositaire ou par un accord entre le constituant du gage et le créancier gagiste notifié au dépositaire selon lequel le dépositaire agira conformément aux instructions du créancier gagiste concernant ces instruments financiers et sans autre accord du constituant du gage **;**

iii) par l'inscription de ces instruments financiers sur un compte du créancier gagiste ;

iv) par l'inscription de ces instruments financiers, sans spécification de numéro, sur un compte ouvert auprès d'un dépositaire au nom du constituant du gage ou d'une personne à convenir agissant comme tiers détenteur, les instruments financiers étant désignés, dans les livres du dépositaire, individuellement ou collectivement, par référence au compte pertinent dans lequel ils sont inscrits comme gagés »[4].

L'article 2, paragraphe 2, point a) *in fine* du projet de loi prévoit que « [la technique] de dépossession telle que prévue aux points ii), iii) et iv) vaut renonciation du dépositaire au rang de son gage sur les mêmes instruments financiers, sauf convention contraire ou simple notification au dépositaire conformément au point ii) ».

2. Les contrats de garantie financière en ce qui concerne les créances privées

2.1 Le projet de loi modifie et simplifie le régime relatif à la création des contrats de garantie en ce qui concerne les créances privées. Aux termes de l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, la constitution d'un gage sur une créance privée n'est valable et opposable aux tiers qu'après notification ou acceptation par le débiteur de la créance privée mise en gage. Aux termes du projet de loi, un contrat de garantie financière portant sur des créances privées est valable et opposable aux tiers lorsque : a) un contrat de gage a été conclu entre le preneur de garantie et le constituant de garantie[5] et b) lesdites créances ont été inscrites

4 Article 2, paragraphe 2, point a).

5 Article 2, paragraphe 2, point c).

sur une liste de créances transmise au preneur de garantie par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent[6]. Le débiteur de créances privées mises en gage peut également renoncer à son droit de compensation et à toute autre exception à l'égard du créancier de créance donnée en garantie et à l'égard des personnes en faveur desquelles ce créancier a consenti une cession, un gage ou toute autre mobilisation de la créance. Une telle renonciation est valable entre les parties et opposable aux tiers[7].

2.2 Afin d'éviter les conditions susmentionnées de notification ou d'acceptation prévues par l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, la loi du 13 juillet 2007 a créé, à l'article 22-1 de la loi organique de la Banque centrale du Luxembourg (BCL), un régime régissant la création et l'opposabilité de contrats de garantie financière portant sur des créances conclus en faveur de la BCL agissant pour son propre compte, pour le compte de la BCE ou d'autres banques centrales faisant partie intégrante du Système européen de banques centrales, dans le cadre des opérations de crédit de politique monétaire. En vertu de ce régime, qui a déjà fait l'objet d'un avis de la BCE[8], les gages sur créances étaient opposables aux tiers à partir de leur inscription dans un registre de la BCL, rendu accessible aux tiers à cet effet.

2.3 Le projet de loi simplifierait sensiblement les règles relatives à la création, à l'exécution et à l'opposabilité des contrats de garantie financière en ce qui concerne les créances privées et améliorerait l'équilibre juridique global de ce mécanisme, notamment en permettant au débiteur de renoncer à son droit de compensation et à toute autre exception. Toutefois, la BCE recommande au législateur luxembourgeois d'examiner les rapports entre le nouveau régime proposé et celui qui régit la constitution de gages sur créances en faveur de la BCL. La BCE comprend que sauf disposition spécifique contraire, il y aurait une simple coexistence des deux régimes. Dans l'intérêt de la transparence et de la certitude juridique, le projet de loi devrait, au lieu de cela, étendre la possibilité de renonciation contractuelle par le débiteur de la créance gagée à son droit de compensation ou à toute autre exception relative, à tout gage sur créances qui ferait l'objet d'une inscription sur le registre de la BCL.

3. Renonciation par le dépositaire au rang de son gage sur les instruments financiers sous-jacents en vertu de contrats de garantie financière en faveur de tiers

3.1 Le projet de loi simplifie également le possible conflit de rang entre, d'une part, un dépositaire[9] et, d'autre part, le créancier gagiste en ce qui concerne les instruments financiers qui ont été inscrits soit sur un compte du créancier gagiste, soit sur un compte ouvert auprès d'un dépositaire

6 Article 2, paragraphe 1, point a).

7 Article 2, paragraphe 1, point c).

8 Avis CON/2006/56 de la BCE. Tous les avis de la BCE sont disponibles sur le site internet de la BCE, à l'adresse suivante : http://www.europa.eu.

9 La notion de dépositaire, au sens du projet de loi, doit être comprise, au regard de l'article 2 de la loi du 1er août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments financiers fongibles, comme comprenant les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les dépositaires professionnels, les dépositaires de titres, ainsi que les organismes nationaux et internationaux à caractère public, établis au Luxembourg et opérant dans le secteur financier.

au nom du constituant du gage, ou qui sont régis par un contrat entre le constituant du gage, le dépositaire et le créancier gagiste. Dans ces cas, le dépositaire agira conformément aux instructions du créancier gagiste en ce qui concerne ces instruments. À moins qu'il n'en soit convenu autrement, si le dépositaire enregistre les instruments financiers sous-jacents sur un compte séparé ou s'il accepte ou notifie le contrat conclu entre le constituant du gage et le créancier gagiste concernant la gestion du compte conformément aux instructions du créancier gagiste, cela implique renonciation de la part du dépositaire à son rang sur le gage concernant ces instruments financiers. Dans ce cas, le législateur luxembourgeois simplifierait les règles permettant de constituer des gages d'un rang supérieur sur de tels instruments financiers[10], dans la mesure où l'acceptation du dépositaire ne serait plus nécessaire en la matière.

3.2 En vertu de l'article 18 des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne, les opérations de crédit des banques centrales nationales (BCN) doivent être effectuées sur la base d'une sûreté appropriée. En outre, en application de la norme 1 des *Standards for the Use of EU Securities Settlement Systems in ESCB Credit Operations* (Normes pour l'utilisation des systèmes de règlement-livraison des opérations sur titres de l'Union européenne dans le cadre des opérations de crédit du SEBC), les droits des BCN relatifs aux titres détenus sur leurs comptes dans les systèmes de règlement des titres doivent être protégés de façon appropriée[11]. Dans ce contexte, les instruments financiers servant de garantie à des fins de politique monétaire sont transférés par les contreparties de la BCL soit sur un compte ouvert au nom de la BCL auprès du dépositaire central de titres domestique, soit, en ce qui concerne les nouveaux produits de gestion des garanties offerts par la BCL aux contreparties, sur un compte ouvert au nom des contreparties auprès de ce dépositaire central de titres. La BCE comprend que, sans préjudice des opérations d'affectation réalisées sur les livres de la BCL dans le cadre du premier cas de figure, ce transfert constitue une technique de dépossession décrite à l'article 2, paragraphe 2, point a), alinéa iii) du projet de loi et implique la renonciation de la part du dépositaire central de titres, en tant que dépositaire, au rang de son gage sur ces instruments financiers. La BCE considère par conséquent que les droits de la BCL en tant que preneur de garantie de premier rang sont renforcés par l'introduction d'une telle disposition dans le droit luxembourgeois.

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

10 Voir l'article 2, paragraphe 3, b).

11 Voir à cet égard le point 8 de l'avis CON/2005/12 de la BCE et le point 1 de l'avis CON/2006/40 de la BCE.

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 5 novembre 2010.

[signé]

Le président de la BCE

Jean-Claude TRICHET