FR

BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

EUROSYSTÈME

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

du 11 décembre 2006

sollicité par le ministère luxembourgeois des Finances

sur un projet de loi relative aux marchés d'instruments financiers

(CON/2006/56)

Introduction et fondement juridique

Le 26 octobre 2006, 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 relative aux marchés d'instruments financiers (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, troisième, quatrième et cinquième 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], étant donné que le projet de loi est relatif à une banque centrale nationale (BCN), à la collecte, l'établissement et la diffusion de données statistiques en matière monétaire, financière, bancaire, de systèmes de paiement et de balance des paiements, ainsi qu'aux systèmes de paiement et de règlement. 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

1.1 Bien que l'objet principal du projet de loi soit de transposer la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil[2], celui-ci modifie également la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg (ci-après la « loi relative à la BCL ») en ce qui concerne : a) l'utilisation de créances comme sûreté garantissant les crédits accordés par la Banque centrale du Luxembourg (BCL), b) la protection des comptes ouverts auprès de la BCL dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes, et c) l'échange d'informations imposées dans le cadre du Système européen de banques centrales (SEBC) avec la

1 JO L 189 du 3.7.1998, p. 42.

2 JO L 145 du 30.4.2004, p. 1.

Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances et le Service central de la statistique et des études économiques (STATEC).

1.2 Conformément à la demande de consultation émanant du ministère luxembourgeois des Finances, le présent avis est limité à l'article 172 du projet de loi, qui contient uniquement les modifications à apporter à la loi relative à la BCL, sans avoir trait à la transposition de la directive 2004/39/CE.

2. L'utilisation de créances comme sûreté garantissant les crédits accordés par la BCL

2.1 L'article 172 du projet de loi introduit dans la loi relative à la BCL un article 22-1 qui crée une méthode sui generis pour conclure et rendre opposable les gages sur créances garantissant les crédits accordés par la BCL[3]. Le projet de loi crée un registre dans lequel sont enregistrés les gages sur créances constitués au profit de la BCL et qui est tenu, organisé et accessible aux tiers selon des règles fixées par la BCL. La simple inscription dans le registre de la mise en gage d'une créance au profit de la BCL a pour effet de rendre le gage opposable à tous les tiers et d'assurer que les droit de la BCL sur cette créance priment tout autre droit constitué en faveur de tiers après cette inscription. Si un tiers reçoit un paiement de la part du débiteur d'une créance antérieurement mise en gage au profit de la BCL par une inscription dans le registre, ce tiers est tenu de le verser à la BCL. En outre, aucune compensation ne peut avoir pour effet de porter atteinte à la garantie en faveur de la BCL portant sur ces créances.

2.2 La BCE est favorable à cette nouvelle disposition, étant donné qu'elle facilitera l'utilisation de crédits comme sûreté garantissant les crédits accordés par la BCL, conformément à l'introduction d'une liste unique de garanties éligibles aux opérations de crédit de l'Eurosystème, laquelle comprendra les crédits à compter du 1er janvier 2007[4]. La BCE comprend que sans ce régime particulier, la constitution d'un gage sur un crédit serait régie par l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, en vertu duquel la constitution d'un gage sur un crédit n'est valable et opposable aux tiers qu'une fois la constitution notifiée au débiteur des crédits nantis ou acceptée par ce dernier. En vertu du nouveau régime, une telle notification au débiteur ne serait plus nécessaire puisque la simple inscription dans le registre assurerait la validité du gage et son opposabilité aux « tiers », y compris au débiteur.

2.3 La BCE comprend, à la lecture de l'article 22-1, paragraphes 3 et 4, que la mise en gage de crédits par une inscription dans le registre ne peut être réalisée qu'au profit de la BCL et que l'article 5,

---

3 Sur une disposition légale similaire, voir également l'avis CON/2006/40 de la BCE 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.

4 Voir les décisions du conseil des gouverneurs de la BCE (autres que les décisions relatives à la fixation des taux d'intérêt) 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.

paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005 reste applicable à la mise en gage de crédits au profit de toute autre entité entrant dans le champ d'application de cette loi. Si le projet de loi prévoit certes que la garantie en faveur de la BCL prime toute garantie ultérieure portant sur les créances mises en gage, il ne règle cependant pas expressément le conflit qui pourrait surgir entre la garantie dont bénéficie la BCL suite à une inscription dans le registre et la garantie dont bénéficierait un tiers suite à l'application antérieure de l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005. À moins que le législateur luxembourgeois n'entende conférer à la BCL une primauté absolue liée à l'inscription d'un gage sur crédits dans le registre, quelle que soit la date de cette inscription, ce qui pour des raisons de sécurité juridique devrait être indiqué clairement dans le projet de loi, un tel conflit devrait être résolu par application de l'adage *prior tempore potior iure*. Par conséquent, le gage antérieur qui serait créé par application de l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 5 août 2005 primerait sur le gage de la BCL. Par conséquent, la BCE souhaite encourager la BCL à obtenir du débiteur ou de l'établissement de crédit/du constituant du gage, l'assurance que la créance qui fait l'objet d'une inscription dans le registre de la BCL n'a pas auparavant été mise en gage au profit d'un tiers.

2.4 En ce qui concerne le champ d'application du projet de loi, la BCE comprend que celui-ci n'est applicable que lorsque la BCL utilise de tels crédits comme sûreté garantissant des crédits accordés par la BCL elle-même. La BCE recommande de couvrir également les situations dans lesquelles la BCL agit comme mandataire d'autres banques centrales de l'Eurosystème pour la constitution transfrontalière de garanties portant sur des crédits dans le cadre des opérations de crédit de l'Eurosystème.

3. L'insaisissabilité des comptes ouverts auprès de la BCL dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes

3.1 L'article 172 du projet de loi prévoit l'insertion dans la loi relative à la BCL d'un article 27-1 composé de deux paragraphes.

3.2 Le premier paragraphe reprend la substance de l'ancien article 4, paragraphe 4, de la loi relative à la BCL et accorde à la BCL, à la BCE et aux autres BCN faisant partie intégrante du SEBC, un privilège portant sur les avoirs détenus par le débiteur « soit auprès de la Banque centrale, soit auprès d'un système de règlement des opérations sur titres ou d'une autre contrepartie au Luxembourg », ce privilège garantissant « [l]es créances […] découlant d'opérations dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes » et ayant « le même rang que le privilège du créancier gagiste ».

3.3 Le deuxième paragraphe, qui est nouveau, prévoit qu'« [a]ucun compte auprès de la Banque centrale, destiné à être utilisé dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes, ne peut être ni saisi, ni mis sous séquestre, ni bloqué ». L'euro étant de plus en plus utilisé comme monnaie internationale de réserve et dans le droit fil des récentes modifications apportées aux législations

d'autres États membres[5], la BCE recommande que cette disposition clarifie d'une manière dépourvue de toute ambiguïté la protection généralement accordée aux réserves de change détenues par la BCL en insérant les mots « ainsi que de la gestion des avoirs de réserves de change détenus pour des banques centrales étrangères ou des États étrangers » après « [a]ucun compte auprès de la Banque centrale, destiné à être utilisé dans le cadre des politiques monétaire ou de change communes ».

4. Échange d'informations entre la BCL, la Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances et le STATEC

4.1 L'article 33 de la loi relative à la BCL prévoit actuellement que la méconnaissance, par les agents de la BCL ou par son réviseur aux comptes, du secret professionnel auquel ils sont tenus, peut être sanctionnée pénalement. L'article 33, paragraphe 2, autorise néanmoins l'échange d'informations entre la BCL et la Commission de surveillance du secteur financier, cet échange étant cependant « [s]ans préjudice des dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC ». L'article 172, point d), du projet de loi, modifie cette disposition à deux égards. Premièrement, il n'est plus fait référence aux dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC. Deuxièmement, la BCL peut à présent « dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions », échanger des informations non plus uniquement avec la Commission de surveillance du secteur financier, mais aussi avec le Commissariat aux assurances et le STATEC, « sous réserve de réciprocité ».

4.2 La BCE est de façon générale favorable à ce que des informations puissent être échangées entre la BCL et les autorités chargées de la surveillance des établissements financiers et des entreprises d'assurance, ainsi que d'autres autorités qui élaborent des statistiques nationales et contribuent à l'élaboration de statistiques européennes. Les missions de ces autorités sont de plus en plus complémentaires et un échange d'informations adéquat entre elles est avantageux pour chacune, non pas uniquement en ce qu'il limite la charge administrative, mais aussi parce qu'il favorise l'exécution efficace de leurs missions respectives, et est dans l'intérêt de la stabilité financière en général. Par souci de clarté, la BCE recommande que le projet de loi continue à faire référence aux dispositions relatives au secret professionnel applicables au SEBC. Dans le domaine des statistiques, le régime de confidentialité est assuré par le règlement (CE) n° 2533/98 du Conseil[6].

---

5 Par exemple, l'article L.153-1 inséré dans le Code monétaire et financier français par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 ; l'article 22a du statut de la Banka Slovenije ; la septième disposition additionnelle ajoutée à la loi 13/1994 sur l'autonomie du Banco de España (statut du Banco de España) par la loi 22/2005 du 18 novembre 2005.

6 Règlement (CE) n° 2533/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne (JO L 318 du 27.11.1998, p. 8).

4.3 Enfin, la BCE comprend que la condition de réciprocité ne s'applique pas aux échanges d'informations individuels entre autorités qui ont lieu en vue de leurs différentes missions, mais implique au contraire l'existence, d'un point de vue global, d'un échange d'information bilatéral.

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

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 11 décembre 2006.

[signé]

Le président de la BCE

Jean-Claude TRICHET