



BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE  
EUROSYSTEME

## AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

du 29 avril 2011

sur les modifications de la réglementation concernant le caractère définitif du règlement et les  
contrats de garantie financière

(CON/2011/41)

### **Introduction et fondement juridique**

Le 4 avril 2011, la Banque centrale européenne (BCE) a reçu de la part de la Banque Nationale de Belgique (BNB), agissant pour le compte du ministère belge des Finances, une demande de consultation portant sur un projet de loi modifiant la loi concernant le caractère définitif du règlement et la loi concernant les contrats de garantie financière (ci-après le « projet de loi »)<sup>1</sup>.

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, et de l'article 2, paragraphe 1, deuxième, 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<sup>2</sup>, 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 marchés financiers. 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 Le projet de loi vise principalement à transposer en droit belge la directive 2009/44/CE<sup>3</sup>. À cet effet, le projet de loi modifie la loi concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes

---

<sup>1</sup> Projet de loi transposant 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.

<sup>2</sup> JO L 189 du 3.7.1998, p. 42

<sup>3</sup> 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 (JO L 146 du 10.6.2009, p. 37). La BCE a formulé des observations sur la proposition qui a mené à l'adoption de la directive 2009/44/CE dans son avis CON/2008/37 du 7 août 2008 (JO C 216 du 23.8.2008, p. 1).

de paiement et de règlement des opérations sur titres<sup>4</sup> ainsi que la loi concernant les contrats de garantie financière<sup>5</sup>.

- 1.2 Outre la transposition de la directive 2009/44/CE, le projet de loi<sup>6</sup> écartera les règles prévoyant la réalisation simplifiée de certaines garanties financières (c'est-à-dire les gages sur espèces et les gages sur créances bancaires)<sup>7</sup> en cas de procédure de réorganisation judiciaire du débiteur. Cette dérogation au régime actuellement en vigueur en Belgique<sup>8</sup> ne s'appliquera pas lorsque le défaut<sup>9</sup> reproché est l'inexécution d'une obligation, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un « défaut de paiement ». En vertu du régime modifié, tous les créanciers seront privés de la possibilité d'invoquer les règles relatives à la réalisation simplifiée des gages sur espèces et des gages sur créances bancaires, ainsi que les règles garantissant la validité et l'opposabilité des « conventions de *netting* », en cas de procédure de réorganisation judiciaire concernant un débiteur qui n'est pas une « personne morale publique ou financière »<sup>10</sup>. En cas de procédure de réorganisation judiciaire concernant une personne morale publique ou financière, les créanciers qui ne sont pas des personnes morales publiques ou financières seront privés de la possibilité d'invoquer les règles susmentionnées relatives à la réalisation et aux conventions de *netting*. De même, lorsque le Roi arrête un acte de disposition à l'égard d'une entreprise d'assurance, d'un établissement de crédit ou d'un organisme de liquidation<sup>11</sup>, les créanciers d'une telle institution qui ne sont pas des personnes morales publiques ou financières seront privés de la possibilité d'invoquer les règles

<sup>4</sup> La loi du 28 avril 1999 visant à transposer 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 titres.

<sup>5</sup> 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. La BCE a formulé des observations sur le projet qui a mené à l'adoption de cette loi dans son avis CON/2004/27. Tous les avis de la BCE sont disponibles sur le site internet de la BCE à l'adresse suivante : <http://www.ecb.europa.eu>.

<sup>6</sup> Article 14, 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup>, du projet de loi, insérant un article 4, §3 et §4, dans la loi du 15 décembre 2004.

<sup>7</sup> La procédure de réalisation simplifiée des gages sur créances bancaires prévoit qu'en cas de défaut, le créancier gagiste est autorisé à réaliser la créance bancaire mise en gage, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable et nonobstant l'existence d'une procédure d'insolvabilité, d'une saisie ou de toute situation de concours entre créanciers du débiteur ou du tiers constituant du gage (article 9/1 de la loi du 15 décembre 2004, inséré par l'article 17 du projet de loi).

<sup>8</sup> Voir l'avis CON/2004/27 de la BCE, en particulier les points 4, 7 et 11.

<sup>9</sup> Selon le droit général belge, le concept de « paiement » fait référence à l'exécution des obligations d'une contrepartie. Par conséquent, un « défaut de paiement » recouvre tous les cas d'inexécution d'une obligation, y compris, en particulier, une obligation de livraison de titres.

<sup>10</sup> Les personnes morales publiques ou financières sont : a) les établissements de crédit, b) les entreprises d'investissement, c) les entreprises d'assurances, d) les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, e) les organismes de placement collectif, f) les contreparties centrales, les organes de règlement et les chambres de compensation, g) les établissements financiers, h) les personnes morales belges ou étrangères agissant en leur nom propre mais pour le compte des bénéficiaires des sûretés, i) les autorités publiques à l'exception des entreprises bénéficiant d'une garantie de l'État, k) la BNB, la BCE, la Banque des règlements internationaux, les banques multilatérales de développement, le Fonds monétaire international, la Banque européenne d'investissement, l) toute autre personne morale étrangère qui appartient dans son pays d'origine à l'une des catégories visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, a) à d) inclus de la directive 2002/47/CE (article 13, 4<sup>o</sup> du projet de loi, insérant article 3, 11<sup>o</sup> dans la loi du 15 décembre 2004).

Les « établissements financiers » sont des entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit et dont l'activité principale consiste en l'acquisition de participations ou l'exercice d'une ou plusieurs des activités pour lesquelles les établissements de crédit bénéficient du régime de la reconnaissance mutuelle, par exemple : a) les entreprises de crédit hypothécaire, b) les entreprises de crédit à la consommation, c) les entreprises de location-financement ou « *leasing* », d) les établissements de paiement ou les établissements de monnaie électronique.

<sup>11</sup> c'est-à-dire un acte de cession, de vente ou d'apport portant sur des actifs, des passifs ou des branches d'activités de ces institutions, ou sur des titres ou des parts qu'elles émettent. Le Roi peut prendre de telles mesures lorsque le fait que l'institution ne fonctionne pas de façon conforme à la loi applicable est susceptible d'affecter la stabilité financière. Voir l'avis CON/2010/7 de la BCE.

susmentionnées relatives à la réalisation et aux conventions de *netting*. Toutefois, le projet de loi n'aura aucune incidence sur les règles régissant la réalisation des gages sur instruments financiers définies dans la loi du 15 décembre 2004.

- 1.3 De plus, les dispositions garantissant la validité et l'opposabilité des conventions de *netting* (y compris les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation<sup>12</sup>) en cas d'insolvabilité seront écartées lorsque l'une des parties est une personne physique non commerçante<sup>13</sup>. Cette modification apportée par le projet de loi est devenue nécessaire à la suite d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle belge, selon lequel ces dispositions violent les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, inscrits dans la Constitution belge, en ce sens qu'elles sont applicables à des personnes physiques non commerçantes<sup>14</sup>.

## 2. Observations générales

- 2.1 La BCE remarque que le législateur belge, lors de la transposition de la directive 2002/47/CE, avait d'abord opté pour un champ d'application plus vaste que ce qui était requis par la directive<sup>15</sup>. L'exposé des motifs du projet de loi souligne que la modification proposée dudit régime vise à trouver un équilibre, entre, d'une part, la protection des garanties obtenues par les établissements financiers et, d'autre part, la sauvegarde de l'activité économique des entreprises non financières lorsque celles-ci rencontrent des difficultés passagères<sup>16</sup>. Ces modifications s'expliquent par la volonté de conserver une certaine substance à la procédure belge de réorganisation judiciaire destinée aux personnes physiques et aux personnes morales qui ne sont ni publiques ni financières, lorsqu'il s'agit d'opérations ne portant pas sur des instruments financiers<sup>17</sup>.
- 2.2 La BCE comprend que la dérogation instaurée par le projet de loi ne porte pas atteinte à la protection du caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, prévue par la loi du 28 avril 1999. Par conséquent, lorsqu'une entité est un participant à un tel système<sup>18</sup>, ses opérations continueront à être couvertes par le principe de la protection du caractère définitif du règlement, conformément à la loi du 28 avril 1999<sup>19</sup>, que cette entité soit ou non une personne morale publique ou financière au sens de la loi modifiée du 15 décembre 2004.

---

12 Articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004, respectivement.

13 Articles 19 et 20 du projet de loi.

14 Exposé des motifs, pages 1, 20 et 21.

15 Voir l'avis CON/2004/27 de la BCE, en particulier le point 4.

16 Exposé des motifs, p. 14.

17 Exposé des motifs, p. 16, ainsi que la référence à la possibilité de dérogation par les autorités françaises.

18 Également lorsqu'un participant est assimilé à une institution pour des raisons de risque systémique (article 3, 2° du projet de loi). Voir le point 3.

19 Voir aussi l'article 6, 1° et 2°, et l'article 11 du projet de loi.

### 3. Dispositions relatives au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres

#### *Définition des institutions et des participants*

Le législateur belge avait déjà fait usage, dans des dispositions antérieures<sup>20</sup>, de la possibilité offerte par le second alinéa de l'article 2, point b), de la directive 98/26/CE, de considérer comme des « institutions » certaines entreprises participant à un système de règlement des opérations sur titres et n'entrant pas dans les catégories d'institutions énumérées dans la directive<sup>21</sup>, à condition que cette assimilation soit justifiée pour des raisons de risque systémique et qu'au moins trois autres participants de ce système entrent dans l'une de ces catégories. Aux termes du projet de loi<sup>22</sup>, la BNB constatera l'existence de cette justification pour des raisons de risque systémique, dans le cadre de sa compétence en matière de surveillance<sup>23</sup>, et elle établira et publiera les critères qu'elle utilise. La BNB sera également compétente pour constater l'existence d'un risque systémique justifiant d'assimiler un participant indirect à un participant<sup>24</sup>. La BCE note que la nécessité de l'existence d'une justification pour des raisons de risque systémique est désormais mentionnée de façon explicite dans le projet de loi<sup>25</sup>. Pour les autres points, l'ensemble des commentaires et des recommandations exprimés par la BCE dans son avis CON/2006/34 restent applicables au projet de loi<sup>26</sup>.

### 4. Dispositions relatives aux contrats de garantie financière

#### *Introduction des créances privées comme garanties éligibles dans les contrats de garantie financière*

- 4.1 Le champ d'application de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières est étendu aux conventions constitutives de sûreté réelle portant sur des créances bancaires mises en gage ou transférées par contrat<sup>27</sup>. Le projet de loi définit les « créances bancaires » comme les créances pécuniaires découlant d'un accord au titre duquel un prêt ou un crédit est consenti par i) un établissement de crédit, ii) une entreprise de crédit hypothécaire, iii) une entreprise de crédit à la consommation, ou iv) toute autre personne morale étrangère qui appartient, dans son pays d'origine, à l'une des catégories précédentes<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> Voir l'arrêté royal du 3 juin 2007, insérant un dernier alinéa dans l'article 2, § 2 de la loi du 28 avril 1999. La BCE a formulé des observations sur le projet qui a mené à l'adoption de cette disposition dans son avis CON/2006/34.

<sup>21</sup> Les catégories d'institutions énumérées dans la directive 98/26/CE sont : les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les organismes publics et les entreprises de pays tiers assumant des tâches similaires.

<sup>22</sup> Article 3, 2°, avant-dernier alinéa du projet de loi, insérant une définition d' « institution » dans la loi du 28 avril 1999. Voir aussi l'article 4, 2° du projet de loi, remplaçant l'article 2, § 2 de la loi du 28 avril 1999.

<sup>23</sup> Exposé des motifs, p. 3. Si en vertu du projet de loi, ce sont les parties qui sont à l'origine de l'assimilation, la BNB pourrait néanmoins émettre une recommandation en ce sens dans le cadre de sa mission de surveillance.

<sup>24</sup> Article 3, 6°, second alinéa du projet de loi, insérant une définition de « participant » dans la loi du 28 avril 1999.

<sup>25</sup> Article 3, 2°, avant-dernier alinéa du projet de loi, insérant une définition d' « institution » dans la loi du 28 avril 1999.

<sup>26</sup> Voir l'avis CON/2006/34, en particulier le point 2.1.

<sup>27</sup> Article 14, 2° du projet de loi, ajoutant un article 4, § 1er, 3° dans la loi du 15 décembre 2004.

<sup>28</sup> Article 13, 3° du projet de loi, insérant un article 3, 10° dans la loi du 15 décembre 2004.

4.2 Dans l'ensemble, la BCE accueille favorablement la modification proposée, qui facilitera l'utilisation des créances privées comme garanties des opérations de crédit de l'Eurosystème. La BCE constate que la définition belge des « créances bancaires » est plus large que la définition des créances privées donnée à l'article 2, paragraphe 5, point a), ii) de la directive 2009/44/CE, qui ne recouvre que les créances privées des établissements de crédit définis à l'article 4, point 1, de la directive 2006/48/CE<sup>29</sup>, y compris des établissements énumérés à l'article 2 de la directive 2006/48/CE. En revanche, les « créances bancaires » telles que définies dans le projet de loi recouvrent, en plus, les créances pécuniaires découlant d'un accord au titre duquel un prêt ou un crédit est consenti par une entreprise de crédit hypothécaire ou une entreprise de crédit à la consommation. La BCE comprend que cette différence vise à éviter un traitement discriminatoire entre ces différentes catégories d'établissements de prêt<sup>30</sup>.

*Restriction relative à la réalisation des gages sur créances privées et aux règles garantissant l'opposabilité et la validité des conventions de netting*

4.3 Comme cela a déjà été mentionné, le projet de loi écartera : i) les règles prévoyant une réalisation simplifiée des gages sur espèces et sur créances bancaires, ainsi que ii) les règles garantissant l'opposabilité et la validité des conventions de *netting*, en cas de procédure de réorganisation judiciaire à l'égard d'un débiteur qui n'est pas une « personne morale publique ou financière », sauf s'il existe un défaut de paiement. La BCE remarque qu'en introduisant cette disposition, le législateur belge, à l'instar de ceux d'autres États membres<sup>31</sup>, utilisera la dérogation prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 2002/47/CE, selon laquelle les États membres peuvent exclure les contrats dans lesquels l'une des parties est une personne autre qu'une personne physique, y compris une entreprise non constituée en société et un groupement (*partnership*), pour autant que l'autre partie soit un établissement défini aux points a) à d), ce qui inclut une banque centrale et la BCE.

Cette dérogation pourrait, dans certains cas, constituer un obstacle à la réalisation rapide des garanties fournies pour des opérations de crédit de l'Eurosystème. Cela pourrait notamment être le cas lorsque la BNB accepte d'une contrepartie de l'Eurosystème, comme garantie, une créance privée<sup>32</sup> consistant une dette d'une société non financière<sup>33</sup> qui n'est pas une « personne morale

<sup>29</sup> Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte) (JO L 177 du 30.6.2006, p. 1).

<sup>30</sup> Exposé des motifs, p. 8.

<sup>31</sup> Voir l'exposé des motifs, p. 16.

<sup>32</sup> Pour être admise en garantie d'opérations de crédit de l'Eurosystème, une créance privée doit être une dette d'un débiteur vis-à-vis d'une contrepartie de l'Eurosystème ; les débiteurs éligibles sont des sociétés non financières, des organismes du secteur public et des institutions internationales ou supranationales (section 6.2.2 de l'annexe I de l'orientation BCE/2000/7 du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème, JO L 310 du 11.12.2000, p. 1).

<sup>33</sup> Selon la définition du SEC 95 (voir la section 6.2.2 de l'annexe I de l'orientation BCE/2000/7). Selon le règlement (CE) n° 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté (JO L 310 du 30.11.1996, p. 1), le secteur des sociétés non financières (S. 11) regroupe les unités institutionnelles dont les opérations de répartition et les opérations financières sont distinctes de celles de leurs propriétaires et qui sont des producteurs marchands [...] dont la fonction principale consiste à produire des biens et des services non financiers.

## ECB-PUBLIC

publique ou financière » et qu'à la fois la contrepartie de l'Eurosystème et la société non financière manquent à leurs engagements respectifs. La BCE souligne que, d'une façon générale, il ne devrait exister aucune restriction pesant sur la réalisation de la créance privée utilisée comme garantie, afin de garantir la constitution d'une sûreté opposable sur les créances privées et la réalisation rapide de ces créances en cas de défaillance d'une contrepartie. Cependant, la BCE observe que la dérogation prévue par le projet de loi ne semble pas présenter de risque majeur pour l'Eurosystème étant donné : i) que la dérogation ne s'applique pas en cas de défaut de paiement ; et ii) qu'il est peu probable que survienne un cas de double défaillance où seraient également réunies toutes les conditions particulières nécessaires à l'application de la dérogation.

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

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 29 avril 2011.

[signé]

*Le président de la BCE*

Jean-Claude TRICHET