



**DIRECTIVE 2002/47/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU
CONSEIL**

du 6 juin 2002

concernant les contrats de garantie financière

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 Commission ⁽¹⁾,

vu l'avis de la Banque centrale européenne ⁽²⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽³⁾,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité ⁽⁴⁾,

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 titres ⁽⁵⁾ a constitué une étape importante du processus d'établissement d'un cadre juridique sûr pour les systèmes de paiement et de règlement. La mise en œuvre de ladite directive a montré qu'il importait de limiter le risque systémique inhérent à ces systèmes du fait de la coexistence de régimes juridiques différents et qu'il serait avantageux d'instaurer une réglementation commune concernant les garanties constituées dans le cadre desdits systèmes.
- (2) Dans sa communication au Parlement européen et au Conseil du 11 mai 1999, intitulée «Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers: plan d'action», la Commission s'est engagée à élaborer, après consultation des experts du marché et des autorités nationales, de nouvelles propositions de mesures législatives sur les garanties favorisant de nouveaux progrès dans ce domaine, au-delà des avancées permises par la directive 98/26/CE.
- (3) Il y a lieu d'instituer un régime communautaire applicable aux garanties remises, sous la forme d'espèces ou d'instruments financiers (ci-après dénommés «garanties financières»), par constitution de sûreté ou par transfert de propriété, y compris les opérations de mise en pension («repos»). Ce régime favorisera l'intégration et le fonctionnement au meilleur coût du marché financier ainsi que la stabilité du système financier de la Communauté, et, partant, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux dans un marché unique des services financiers. La présente directive porte plus spécifiquement sur la constitution de garanties financières entre deux parties.

⁽¹⁾ JO C 180 E du 26.6.2001, p. 312.

⁽²⁾ JO C 196 du 12.7.2001, p. 10.

⁽³⁾ JO C 48 du 21.2.2002, p. 1.

⁽⁴⁾ Avis du Parlement européen du 13 décembre 2001 (non encore paru au Journal officiel), position commune du Conseil du 5 mars 2002 (non encore parue au Journal officiel) et décision du Parlement européen du 15 mai 2002.

⁽⁵⁾ JO L 166 du 11.6.1998, p. 45.

▼B

- (4) La présente directive est adoptée dans un contexte juridique européen constitué notamment de la directive 98/26/CE ainsi que de la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit⁽¹⁾ et de la directive 2001/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance⁽²⁾ et du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁽³⁾. La présente directive est conforme au modèle général de ces actes juridiques adoptés précédemment et ne prévoit pas de dispositions contraires. De fait, elle complète les actes juridiques en vigueur en traitant d'autres questions et en allant plus loin qu'eux en ce qui concerne certains sujets déjà abordés par ces actes juridiques.
- (5) Pour renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière, les États membres devraient faire en sorte de les soustraire à certaines dispositions de leur législation en matière d'insolvabilité, notamment celles qui pourraient faire obstacle à la réalisation de la garantie financière ou rendre incertaine la validité de techniques actuelles, telles que la compensation bilatérale avec déchéance du terme (*netting by close-out*) ou la constitution de garanties à titre complémentaire ou de remplacement.
- (6) La présente directive ne traite pas des droits — tels que la restitution découlant d'une erreur ou d'une incapacité — que toute personne peut avoir sur une garantie financière et qui ne trouvent leur fondement ni dans le contrat de garantie financière ni dans une disposition juridique et ni dans une règle de droit apparaissant en raison de l'ouverture ou de la poursuite d'une procédure de liquidation ou de l'adoption de mesures d'assainissement.
- (7) Le principe énoncé dans la directive 98/26/CE, selon lequel la loi applicable aux instruments financiers transmissibles par inscription en compte remis à titre de garantie est celle du pays où le registre, le compte ou le système de dépôt centralisé pertinent est situé, devrait être étendu pour couvrir le champ d'application de la présente directive de façon à assurer la sécurité juridique lorsque de tels instruments sont remis à titre de garantie financière dans un contexte transfrontière.
- (8) La règle de la *lex rei sitae*, selon laquelle la validité et donc l'opposabilité aux tiers de la garantie financière s'apprécie selon la loi du pays où la garantie financière est située, est actuellement acceptée par tous les États membres. Sans préjudice de l'application de la présente directive aux titres directement détenus, le lieu où est située une garantie constituée d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte et détenue via un ou plusieurs intermédiaires devrait être déterminé. Si le preneur de garantie dispose d'un contrat de garantie valide et applicable selon le droit du pays dans lequel le compte pertinent est tenu, l'opposabilité à tout titre ou droit concurrent et l'applicabilité de la garantie devraient être régies uniquement par le

(1) JO L 125 du 5.5.2001, p. 15.

(2) JO L 110 du 20.4.2001, p. 28.

(3) JO L 160 du 30.6.2000, p. 1.

▼B

droit dudit pays, ce qui permet d'éviter l'insécurité juridique qui pourrait résulter de l'intervention d'une autre législation non envisagée.

▼M1

- (9) Pour limiter les formalités administratives auxquelles doivent faire face les parties utilisant une garantie financière entrant dans le champ d'application de la présente directive, la seule condition de validité que le droit national peut imposer aux parties en ce qui concerne la garantie financière devrait être que le preneur de garantie ou une personne agissant pour le compte de celui-ci ait le contrôle de ladite garantie, sans exclure le recours à des techniques de garantie permettant au constituant de substituer la garantie ou d'en retirer l'excédent. La présente directive ne devrait pas empêcher les États membres d'exiger qu'une créance privée soit fournie par la voie de son inscription sur une liste de créances.

▼B

- (10) Pour les mêmes raisons, la constitution, la validité, la conclusion, l'opposabilité ou l'admissibilité à titre de preuve d'un contrat de garantie financière ou la constitution d'une garantie financière dans le cadre d'un contrat de garantie financière ne devraient pas être subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel tel que l'établissement d'un document sous une forme spécifique ou d'une manière particulière, l'enregistrement auprès d'un organisme officiel ou public ou l'inscription dans un registre public, la publicité dans un journal ou une revue, dans un registre ou une publication officiels ou sous toute autre forme, la notification à un officier public ou la fourniture, sous une forme particulière, de preuves concernant la date d'établissement d'un document ou d'un instrument, le montant des obligations financières couvertes ou tout autre sujet. La présente directive devrait cependant concilier l'efficacité du marché et la sécurité des parties au contrat et des tiers, évitant ainsi notamment le risque de fraude. Cet équilibre devrait être assuré par le fait que le champ d'application de la présente directive ne couvre que les contrats de garantie financière qui prévoient une certaine forme de dépossession, autrement dit la constitution de la garantie financière, et pour lesquels la constitution de la garantie financière peut être attestée par écrit ou sur un support durable, garantissant ainsi la traçabilité de cette garantie. Aux fins de la présente directive, les actes requis conformément au droit d'un État membre en tant que condition nécessaire au transfert ou à la constitution de sûreté sur des instruments financiers, autres que les instruments financiers transmissibles par inscription en compte, tels que l'endossement dans le cas de titres à ordre, ou à l'enregistrement sur le registre de l'émetteur lorsqu'il s'agit de titres nominatifs, ne doivent pas être considérés comme des actes formels.
- (11) En outre, la présente directive ne devrait protéger que les contrats de garantie financière qui peuvent être attestés. Ces contrats peuvent être attestés par écrit ou de toute autre manière juridiquement contraignante prévue par la loi qui leur est applicable.
- (12) Cette simplification de l'utilisation des garanties financières du fait de la limitation des formalités administratives renforce l'efficacité des opérations transfrontières de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales des États membres de l'Union économique et monétaire qui sont nécessaires à la mise en œuvre de la politique monétaire commune. Par ailleurs, l'immunisation partielle des contrats de garantie financière contre certaines dispositions du droit de l'insolvabilité soutient aussi

▼B

l'aspect plus général de la politique monétaire commune, dans le cadre duquel les opérateurs du marché monétaire rééquilibrent entre eux la liquidité globale du marché au moyen de transactions transfrontières couvertes par des garanties.

- (13) La présente directive vise à protéger la validité des contrats de garantie financière fondée sur le transfert en pleine propriété des espèces ou des instruments financiers remis à titre de garantie, notamment en supprimant la «requalification» de ces contrats de garantie financière (y compris les opérations de mise en pension) en nantissements.
- (14) La mise en œuvre de la compensation bilatérale avec déchéance du terme (*netting by close-out*) devrait être préservée, non seulement en tant que mécanisme d'exécution des contrats de garantie financière avec transfert de propriété incluant une mise en pension de titres, mais aussi et plus généralement lorsque la compensation avec déchéance du terme fait partie intégrante d'un contrat de garantie financière. Les pratiques appropriées de gestion des risques communément appliquées sur les marchés financiers devraient être préservées en permettant aux opérateurs de gérer et de limiter sur une base nette les risques de crédit liés à tous les types de transactions financières où le risque de crédit net est calculé par l'addition de tous les risques actuels inhérents aux transactions en cours avec une contrepartie donnée, suivie d'une compensation des positions symétriques permettant d'obtenir un montant total unique, qui est alors comparé à la valeur actuelle de la garantie financière.
- (15) La présente directive devrait être sans préjudice de toute restriction ou exigence prévue par le droit national concernant la prise en compte des créances et obligations lors de la compensation ou de la novation, par exemple eu égard à leur réciprocité ou au fait qu'elles ont été conclues avant le moment où le preneur de la garantie a appris ou aurait dû apprendre l'ouverture (ou tout autre acte juridique contraignant entraînant l'ouverture) d'une procédure de liquidation ou l'adoption d'une mesure d'assainissement à l'égard du constituant de la garantie.
- (16) La bonne pratique des marchés financiers, favorisée par les autorités de régulation, selon laquelle les opérateurs gèrent et limitent leur risque de crédit réciproque par des mécanismes de garantie financière complémentaire (*top-up collateral*), où le risque de crédit et la garantie financière sont mesurés sur la base de leur valeur de marché (*mark-to-market*), le créancier pouvant ensuite réclamer un complément ou restituer un éventuel excédent de garantie financière, devrait être préservée de certaines règles de nullité automatique. Il en va de même pour la possibilité de remplacer des actifs remis en garantie par d'autres actifs pour la même valeur. L'intention est simplement de veiller à ce que la constitution d'une garantie financière complémentaire ou de remplacement ne puisse être remise en question uniquement parce que les obligations financières couvertes existaient avant cette constitution ou parce que cette constitution est survenue au cours d'une période déterminée. Cela ne porte cependant pas atteinte à la possibilité de remettre en cause conformément au droit national le contrat de garantie financière, la constitution de la garantie initiale ou la constitution d'une garantie financière

▼B

à titre complémentaire ou de remplacement, par exemple lorsque cela a été fait sciemment en vue de nuire aux autres créanciers (y compris les actions fondées sur la fraude ou des règles similaires en matière de nullité qui peuvent s'appliquer pendant une période déterminée).

- (17) La présente directive prévoit des procédures d'exécution rapide et non formelles afin de préserver la stabilité financière et de limiter les effets de contagion en cas de défaillance d'une partie à un contrat de garantie financière. Elle concilie cependant ces objectifs avec la protection du constituant de la garantie et des tiers en confirmant expressément la possibilité pour les États membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori que les tribunaux peuvent exercer en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes. Ce contrôle devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales.
- (18) Il devrait être possible de fournir des garanties en espèces selon des systèmes de transfert de propriété et de constitution de sûreté, respectivement protégés par la reconnaissance des mécanismes de compensation (*netting*) ou du régime du gage-espèces. On entend par «espèces» des dépôts en compte ou équivalents, tels que les dépôts à terme ou les dépôts sur le marché monétaire, ce qui exclut donc expressément les billets de banque.
- (19) La présente directive prévoit un «droit d'utilisation» dans le cas des contrats de garantie financière avec constitution de sûreté qui améliorera la liquidité des marchés financiers du fait de la réutilisation des instruments financiers remis en garantie. Ce droit de réutilisation ne devrait cependant pas porter atteinte à la législation nationale sur la ségrégation des actifs et l'égalité de traitement des créanciers.

▼M1

- (20) La présente directive ne porte pas atteinte au fonctionnement ni aux effets des conditions contractuelles des instruments financiers ou des créances privées donnés en garantie, tels que les droits, obligations et autres conditions figurant dans les conditions d'émission de ces instruments, ni de tous les autres droits, obligations et autres conditions s'appliquant aux rapports entre les émetteurs et les détenteurs de ces instruments ou entre le débiteur et le créancier de ces créances privées.

▼B

- (21) La présente directive est conforme aux droits fondamentaux et notamment aux principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
- (22) Étant donné que l'objectif de l'action envisagée, à savoir la mise en place d'un régime minimal concernant l'utilisation des garanties financières, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

▼M1

- (23) La présente directive n'affecte pas le droit des États membres à imposer des règles visant à garantir l'opposabilité des contrats de garantie financière à l'égard de tiers en ce qui concerne les créances privées,

▼B

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

*Article premier***Objet et champ d'application**

1. La présente directive arrête le régime communautaire applicable aux contrats de garantie sous forme d'espèces ou d'instruments financiers, ci-après dénommés «contrats de garantie financière», qui satisfont aux exigences énoncées aux paragraphes 2 et 5, et aux garanties financières conformément aux conditions fixées aux paragraphes 4 et 5.

2. Le preneur de la garantie et le constituant de la garantie doivent chacun appartenir à l'une des catégories suivantes:

- a) une autorité publique [à l'exception des entreprises bénéficiant d'une garantie de l'État, sauf si elles relèvent des points b) à e)], y compris:
- i) les organismes du secteur public des États membres chargés de la gestion de la dette publique ou intervenant dans ce domaine, et
 - ii) les organismes du secteur public des États membres autorisés à détenir des comptes pour leurs clients;

▼M1

- b) une banque centrale, la Banque centrale européenne, la Banque des règlements internationaux, une banque multilatérale de développement telle que définie à l'annexe VI, partie 1, section 4, de la 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)⁽¹⁾, le Fonds monétaire international et la Banque européenne d'investissement;

▼B

- c) un établissement financier soumis à une surveillance prudentielle, y compris:

▼M1

- i) un établissement de crédit tel que défini à l'article 4, point 1, de la directive 2006/48/CE, y compris les entités énumérées à l'article 2 de ladite directive;
- ii) une entreprise d'investissement telle que définie à l'article 4, paragraphe 1, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers⁽²⁾;
- iii) un établissement financier tel que défini à l'article 4, point 5, de la directive 2006/48/CE;
- iv) une entreprise d'assurance telle que définie à l'article 1^{er}, point a), de la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (troisième directive «assurance non vie»)⁽³⁾ et une entreprise d'assurance telle que définie à

⁽¹⁾ JO L 177 du 30.6.2006, p. 1.

⁽²⁾ JO L 145 du 30.4.2004, p. 1.

⁽³⁾ JO L 228 du 11.8.1992, p. 1.

▼ M1

l'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie ⁽¹⁾;

▼ B

- v) un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) défini à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ⁽²⁾;
- vi) une société de gestion définie à l'article 1 *bis*, paragraphe 2, de la directive 85/611/CEE;
- d) une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation, tels que définis respectivement à l'article 2, points c), d) et e), de la directive 98/26/CE, y compris les établissements assimilables régis par la législation nationale, opérant sur les marchés de contrats à terme et d'options et sur les marchés de produits financiers dérivés ne relevant pas de ladite directive, et une personne autre qu'une personne physique qui agit en qualité de fidéicommissaire ou de représentant pour le compte d'une ou plusieurs personnes, y compris tout porteur d'obligations ou tout porteur d'autres formes de titres de créance ou tout établissement défini aux points a) à d);
- e) 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).

3. Les États membres peuvent exclure du champ d'application de la présente directive les contrats de garantie financière dans lesquels l'une des parties est une personne visée au paragraphe 2, point e).

S'ils recourent à cette possibilité, les États membres en informent la Commission, qui informe à son tour les autres États membres.

- 4. ► **M1** a) La garantie financière est constituée par des espèces, des instruments financiers ou des créances privées; ◀
- b) Les États membres peuvent exclure du champ d'application de la présente directive les garanties constituées sous la forme d'actions propres du constituant de la garantie, d'actions dans des entreprises liées au sens de la septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés ⁽³⁾ et d'actions dans des entreprises qui ont pour objet exclusif la détention de moyens de production essentiels pour la poursuite de l'activité du constituant de la garantie ou la détention de biens immobiliers.

▼ M1

- c) Les États membres peuvent exclure du champ d'application de la présente directive les créances privées lorsque le débiteur est un consommateur au sens de l'article 3, point a), de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du

⁽¹⁾ JO L 345 du 19.12.2002, p. 1.

⁽²⁾ JO L 375 du 31.12.1985, p. 3. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/108/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 41 du 13.2.2002, p. 35).

⁽³⁾ JO L 193 du 18.7.1983, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/65/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 283 du 27.10.2001, p. 28).

▼ M1

23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs ⁽¹⁾ ou une microentreprise ou une petite entreprise au sens de l'article 1^{er} et de l'article 2, paragraphes 2 et 3, de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ⁽²⁾, sauf si le preneur de la garantie ou le constituant de la garantie pour ces créances privées est une des institutions visées à l'article 1^{er}, paragraphe 2, point b), de la présente directive.

▼ B

5. La présente directive s'applique une fois que la garantie financière a été constituée et que cette constitution peut être attestée par écrit.

L'écrit attestant la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie doit permettre l'identification des actifs faisant l'objet de cette constitution. À cette fin, il suffit de prouver que la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte a été portée au crédit du compte pertinent ou constitue un crédit sur ce compte et que la garantie en espèces a été portée au crédit d'un compte désigné ou constitue un crédit sur ce compte. ► **M1** 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, suffit pour identifier la créance privée et pour prouver la constitution de la créance constituée en garantie financière entre les parties. ◀

▼ M1

Sans préjudice du deuxième alinéa, les États membres peuvent prévoir que l'inscription sur une liste de créances transmise au preneur de garantie par écrit, ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, suffit également pour identifier la créance privée et pour prouver la constitution de la créance constituée en garantie financière à l'égard du débiteur ou de tiers.

▼ B

La présente directive s'applique aux contrats de garantie financière si le contrat en question peut être attesté par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent.

▼ M2

6. Les articles 4 à 7 de la présente directive ne s'appliquent à aucune restriction quant à l'exécution de contrats de garantie financière, à aucune restriction quant à l'effet d'un dispositif de garantie financière avec constitution de sûreté, à aucune clause de compensation avec ou sans déchéance du terme (netting ou set-off) qui est imposée en vertu du titre IV, chapitre IV ou V, de la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽³⁾, ni à aucune restriction qui est imposée en vertu de pouvoirs similaires selon le droit d'un État membre afin de faciliter la résolution ordonnée d'une entité visée au paragraphe 2, point c) iv) et point d), qui fait l'objet de garanties au moins équivalentes à celles qui sont énoncées au titre IV, chapitre VI, de la directive 2014/59/UE.

⁽¹⁾ JO L 133 du 22.5.2008, p. 66.

⁽²⁾ JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

⁽³⁾ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012 (JO L 173 du 12.6.2014, p. 190).

▼B*Article 2***Définitions**

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:
 - a) «contrat de garantie financière», un contrat de garantie financière avec transfert de propriété ou un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, qu'ils soient couverts ou non par un accord-cadre (*master agreement*) ou par des conditions et modalités générales;

▼M1

- b) «contrat de garantie financière avec transfert de propriété», un contrat, y compris les conventions de pension, 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,
- c) «contrat de garantie financière avec constitution de sûreté», un contrat par lequel le constituant fournit au preneur, ou en faveur de celui-ci, la garantie financière sous la forme d'une sûreté, et où le constituant conserve la pleine propriété ou la propriété restreinte de cette garantie financière, ou le droit intégral à cette dernière, lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi;

▼B

- d) «espèces», de l'argent porté au crédit d'un compte dans n'importe quelle monnaie ou des créances similaires ouvrant droit à la restitution d'argent, tels que des dépôts sur le marché monétaire;
- e) «instruments financiers», les actions et les autres titres assimilables à des actions, les obligations et les autres titres de créance, négociables sur le marché des capitaux, et tous les autres titres habituellement négociés et conférant le droit d'acquérir de telles actions, obligations ou autres titres par voie de souscription, d'achat ou d'échange ou donnant lieu à un règlement en espèces (à l'exclusion des instruments de paiement), y compris les parts d'organismes de placement collectif, les instruments du marché monétaire ainsi que les créances relatives à ces différents éléments ou les droits sur ou relatifs à ces différents éléments;
- f) «obligations financières couvertes», les obligations qui sont garanties par un contrat de garantie financière et qui donnent droit à un règlement en espèces et/ou à la livraison d'instruments financiers.

Elles peuvent consister totalement ou partiellement:

- i) en obligations présentes qu'elles soient assorties d'un terme ou d'une condition, ainsi que les obligations futures (y compris les obligations découlant d'un accord-cadre ou de dispositions similaires);
- ii) en obligations envers le preneur de la garantie incombant à une personne autre que le constituant de la garantie ou
- iii) en obligations occasionnelles d'une catégorie ou d'un type déterminé;
- g) «garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte», des instruments financiers livrés en vertu d'un contrat de garantie financière dont le droit sur ou relatif est attesté par une inscription dans un registre ou sur un compte tenu par un intermédiaire ou pour son compte;

▼B

- h) «compte pertinent», lorsqu'il s'agit d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte dans le cadre d'un contrat de garantie financière, le registre ou le compte — qui peut être tenu par le preneur de la garantie — où sont portées les inscriptions par lesquelles les instruments financiers sont remis à titre de garantie au preneur;
- i) «garantie équivalente»:
 - i) lorsqu'il s'agit d'espèces, un paiement du même montant et dans la même monnaie;
 - ii) lorsqu'il s'agit d'instruments financiers, des instruments financiers ayant le même émetteur ou débiteur, faisant partie de la même émission ou de la même classe, ayant la même valeur nominale, libellés dans la même monnaie et ayant la même désignation ou, lorsque le contrat de garantie financière prévoit le transfert d'autres actifs en cas de survenance d'un fait concernant ou affectant les instruments financiers remis en garantie, ces autres actifs;
- j) «procédure de liquidation», une procédure collective comprenant la réalisation des actifs et la répartition du produit de cette réalisation entre les créanciers, les actionnaires, les associés ou les membres selon les cas, et comportant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure analogue, qu'elle soit ou non fondée sur une insolvabilité et indépendamment de son caractère volontaire ou obligatoire;
- k) «mesures d'assainissement», des mesures impliquant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière et qui affectent les droits préexistants de tiers, y compris notamment les mesures qui comportent une suspension des paiements, une suspension des mesures d'exécution ou une réduction des créances;
- l) «fait entraînant l'exécution», une défaillance ou tout autre événement similaire convenu entre les parties, dont la survenance, en vertu du contrat de garantie financière ou en application de la loi, habilite le preneur de la garantie à réaliser ou à s'approprier la garantie financière ou déclenche une compensation avec déchéance du terme;
- m) «droit d'utilisation», le droit du preneur de la garantie d'utiliser et d'aliéner la garantie financière fournie en vertu du contrat comme s'il était propriétaire, conformément aux conditions du contrat de garantie financière avec constitution de sûretés;
- n) «clause de compensation avec déchéance du terme», une clause d'un contrat de garantie financière ou d'un contrat qui contient un contrat de garantie financière, ou, en l'absence de toute clause de ce type, toute disposition législative et réglementaire, en vertu de laquelle la survenance d'un fait motivant l'exécution, que ce soit par novation ou compensation ou d'une autre manière, entraîne les effets suivants:
 - i) le délai restant à courir avant l'échéance des obligations des parties est supprimé, de sorte que lesdites obligations sont soit immédiatement exigibles et exprimées comme une obligation de payer un montant représentant leur valeur courante estimée, soit éteintes et remplacées par une obligation de payer le montant susmentionné, et/ou
 - ii) un relevé est établi des sommes que se doivent mutuellement les parties en vertu de ces obligations et un montant égal au solde net doit être versé par la partie dont la dette est la plus élevée;

▼ M1

- o) «créances privées», les créances pécuniaires découlant d'un accord au titre duquel un établissement de crédit, tel que défini à l'article 4, point 1), de la directive 2006/48/CE, y compris les entités énumérées à l'article 2 de ladite directive, consent un crédit sous la forme d'un prêt.

▼ B

2. Toute référence à une garantie financière «constituée» ou à la «constitution» d'une garantie financière dans la présente directive désigne sa livraison, son transfert, sa détention, son enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le preneur de la garantie ou la personne agissant pour son compte acquiert la possession ou le contrôle de cette garantie financière. ► **M1** Le droit de substituer la garantie financière 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. Toute référence à la notion d'«écrit» dans la présente directive inclut les documents sous forme électronique et tout autre support durable.

*Article 3***Conditions de forme**

1. Les États membres n'exigent pas que la constitution, la validité, la conclusion, l'opposabilité ou l'admissibilité à titre de preuve d'un contrat de garantie financière ou la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie en vertu d'un contrat de garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel.

▼ M1

Sans préjudice de l'article 1^{er}, paragraphe 5, lorsque des créances privées sont constituées en garantie financière, les États membres n'exigent pas que la création, la validité, la conclusion, la priorité, l'opposabilité ou l'admissibilité à titre de preuve de cette garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel, tel que l'enregistrement ou la notification au débiteur de la créance privée constituée en garantie. Toutefois, les États membres peuvent exiger l'accomplissement d'un acte formel, tel que l'enregistrement ou la notification, à des fins de conclusion, de priorité, d'opposabilité ou d'admissibilité à titre de preuve à l'égard du débiteur et/ou de tiers.

Au plus tard le 30 juin 2014, la Commission fait rapport au Parlement européen et au Conseil quant au point de savoir si le présent paragraphe reste adéquat.

▼ B

2. Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte à l'application de la présente directive à partir du moment où la garantie financière a été constituée, et si cette constitution peut être attestée par écrit et lorsque le contrat de garantie financière peut être attesté par écrit ou d'une manière juridiquement équivalente.

▼ M1

3. Sans préjudice de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ⁽¹⁾ et des dispositions nationales régissant les clauses contractuelles abusives, les États membres veillent à ce que les débiteurs des créances privées puissent valablement renoncer, par écrit ou par tout autre moyen juridiquement équivalent, à:

⁽¹⁾ JO L 95 du 21.4.1993, p. 29.

▼ M1

- 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, à défaut, 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.

▼ B*Article 4***Exécution des contrats de garantie financière**

1. Les États membres veillent à ce que, dans les cas entraînant l'exécution de la garantie, le preneur de la garantie puisse réaliser d'une des manières décrites ci-après toute garantie financière fournie en vertu d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté et conformément aux stipulations de celui-ci:

- a) tout instrument financier par voie de vente ou d'appropriation et soit en compensation, soit pour acquit des obligations financières couvertes;
- b) toutes espèces, soit en compensation du montant, soit pour acquit, des obligations financières couvertes;

▼ M1

- c) toute créance privée, par voie de vente ou d'appropriation et soit en compensation, soit pour acquit, à concurrence de sa valeur, des obligations financières couvertes.

▼ B

2. L'appropriation n'est possible que si:

- a) cela a été convenu par les parties dans le contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, et si

▼ M1

- b) les parties sont convenues, dans le contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, de l'évaluation des instruments financiers et des créances privées.

▼ B

4. Les moyens de réaliser la garantie financière visés au paragraphe 1 ne sont pas, sous réserve des conditions convenues dans le contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, soumis à l'obligation:

- a) que l'intention de réaliser la garantie ait été notifiée préalablement;
- b) que les conditions de la réalisation de la garantie soient approuvées par un tribunal, un officier public ou ministériel ou une autre personne;
- c) que la réalisation de la garantie s'effectue par enchères publiques ou selon toute autre forme prescrite, ou
- d) qu'un délai supplémentaire se soit écoulé.

5. Les États membres font en sorte qu'un contrat de garantie financière puisse prendre effet selon les modalités qu'il prévoit indépendamment de l'engagement ou de la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant ou du preneur de la garantie.

▼B

6. Le présent article et les articles 5, 6 et 7 ne préjugent pas d'une obligation imposée par le droit national de procéder à la réalisation ou à l'évaluation des instruments financiers donnés en garantie et au calcul des obligations financières couvertes dans des conditions commerciales normales.

*Article 5***Droit d'utilisation de la garantie financière en vertu d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté**

1. Pour autant que les stipulations d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté le prévoient, les États membres font en sorte que le preneur de la garantie puisse exercer le droit d'utilisation en ce qui concerne des instruments financiers fournis en vertu du contrat de garantie financière avec constitution de sûreté.

2. Lorsque le preneur de la garantie exerce son droit d'utilisation, il contracte l'obligation de transférer une garantie équivalente pour remplacer les instruments financiers originellement constitués en garantie au plus tard à la date fixée pour l'exécution des obligations financières couvertes par le contrat de garantie financière avec constitution de sûreté.

Alternativement, à la date fixée pour l'exécution des obligations financières couvertes, le preneur de la garantie doit soit transférer la garantie équivalente, soit, si et dans la mesure où les stipulations du contrat de garantie financière avec constitution de sûreté le prévoient, la réaliser par compensation ou pour acquit des obligations financières couvertes.

3. Les instruments financiers transférés en application du paragraphe 2, premier alinéa, sont soumis au même contrat de garantie financière avec constitution de sûreté que celui auquel étaient soumis les instruments financiers remis initialement et sont considérés comme ayant été remis au moment de la constitution de la garantie initiale en vertu du contrat de garantie financière avec constitution de sûreté.

4. Les États membres font en sorte que l'utilisation des instruments financiers par le preneur de la garantie en application du présent article ne rende pas caducs ou inapplicables les droits du preneur de la garantie en vertu du contrat de garantie financière avec constitution de sûreté en ce qui concerne la garantie financière transférée par le preneur de la garantie en application du paragraphe 2, premier alinéa.

5. Si un fait entraînant l'exécution de la garantie se produit alors qu'une obligation visée au paragraphe 2, premier alinéa, est encore inexécutée, ladite obligation peut faire l'objet d'une compensation avec déchéance du terme.

▼M1

6. Le présent article ne s'applique pas aux créances privées.

▼B*Article 6***Reconnaissance des contrats de garantie financière avec transfert de propriété**

1. Les États membres veillent à ce qu'un contrat de garantie financière avec transfert de propriété puisse produire ses effets selon les modalités qu'il prévoit.

▼B

2. Si un fait entraînant l'exécution de la garantie se produit alors qu'une obligation du preneur de la garantie de transférer une garantie équivalente en vertu d'un contrat de garantie financière avec transfert de propriété est encore inexécutée, ladite obligation peut faire l'objet d'une compensation avec déchéance du terme.

*Article 7***Reconnaissance des clauses de compensation avec déchéance du terme**

1. Les États membres veillent à ce qu'une clause de compensation avec déchéance du terme puisse produire ses effets selon les modalités qu'elle prévoit:

- a) nonobstant l'engagement ou la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant et du preneur de la garantie ou de l'un d'entre eux;
- b) nonobstant toute cession, toute saisie, judiciaire ou autre, ou toute autre aliénation alléguées des droits concernés ou concernant lesdits droits.

2. Les États membres veillent à ce que l'application d'une clause de compensation avec déchéance du terme ne puisse pas être soumise à l'une des obligations prévues à l'article 4, paragraphe 4, sauf disposition contraire convenue entre les parties.

*Article 8***Inapplication de certaines dispositions en matière d'insolvabilité**

1. Les États membres veillent à ce qu'un contrat de garantie financière, ainsi que la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie en vertu de ce contrat, ne puisse être déclaré nul et non avenu ou être annulé du seul fait que le contrat de garantie financière a été conclu ou que ces actifs ont été constitués en garantie:

- a) le jour de l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de la prise de mesures d'assainissement, mais avant le prononcé d'une ordonnance ou d'un jugement à cet effet, ou
- b) au cours d'une période déterminée précédant l'ouverture d'une telle procédure de liquidation ou l'adoption de telles mesures et définie par référence à cette ouverture ou adoption ou par référence au prononcé d'une ordonnance ou d'un jugement, ou encore à toute autre action entreprise ou à tout fait survenu au cours de la procédure ou des mesures susvisées.

2. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un contrat de garantie financière a été conclu ou qu'une obligation financière couverte a pris effet ou lorsque des espèces ou instruments financiers ont été constitués en garantie à la date d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement mais après l'ouverture de cette procédure de liquidation ou la prise de ces mesures, le contrat produise des effets juridiques et soit opposable aux tiers si le preneur de la garantie peut apporter la preuve qu'il ignorait que cette procédure avait été ouverte ou que ces mesures avaient été prises ou qu'il ne pouvait raisonnablement le savoir.

3. Lorsqu'un contrat de garantie financière prévoit:

- a) l'obligation de constituer des espèces ou des instruments financiers en garantie, à titre complémentaire ou non, pour tenir compte de variations de la valeur des instruments financiers ou espèces fournis ou du montant des obligations financières couvertes, ou
- b) le droit de retirer des instruments financiers ou espèces remis en garantie moyennant l'apport, à titre de remplacement ou d'échange, d'une garantie financière de valeur équivalente,

▼B

les États membres veillent à ce que, la constitution, en vertu de cette obligation ou de ce droit, d'espèces ou d'instruments financiers en garantie, à titre complémentaire ou non, ou à titre de remplacement ou d'échange ne soit pas considérée comme nulle ou annulée du seul fait que:

- i) cette constitution a eu lieu à la date d'ouverture de la procédure de liquidation ou de la prise de mesures d'assainissement, mais avant le prononcé d'une ordonnance ou d'un jugement à cet effet, ou au cours d'une période déterminée précédant et définie en fonction de l'ouverture de la procédure de liquidation ou de la prise des mesures d'assainissement ou en fonction du prononcé d'une ordonnance ou d'un jugement ou encore de toute autre action entreprise ou de tout fait survenu au cours de cette procédure ou des mesures susvisées, et/ou
 - ii) les obligations financières couvertes sont nées avant la date de la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie, à titre complémentaire ou non, ou à titre de remplacement ou d'échange.
4. Sans préjudice des paragraphes 1, 2 et 3, la présente directive n'affecte pas les règles générales de la législation nationale en matière d'insolvabilité en ce qui concerne la nullité des opérations conclues au cours de la période déterminée visée au paragraphe 1, point b), et au paragraphe 3, point i).

*Article 9***Conflits de lois**

1. Toute question concernant l'un des éléments énumérés au paragraphe 2 qui se pose au sujet d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est réglée selon la loi du pays où le compte pertinent est situé. La référence à la loi du pays désigne le droit interne de ce pays, nonobstant toute règle stipulant que la question considérée doit être tranchée selon la loi d'un autre pays.
2. Les éléments visés au paragraphe 1 sont les suivants:
 - a) la nature juridique et les effets patrimoniaux de la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte;
 - b) les exigences relatives à la mise au point d'un contrat de garantie financière concernant la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte et la constitution d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte en vertu d'un tel contrat et, plus généralement, l'achèvement des formalités nécessaires pour rendre un tel contrat et une telle constitution opposables aux tiers;
 - c) le fait de savoir si le droit de propriété ou un autre droit d'une personne à une telle garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est primé par un droit de propriété ou un autre droit concurrent ou lui est subordonné ou si une acquisition de bonne foi a eu lieu;
 - d) les formalités requises pour la réalisation de la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte à la suite de la survenance d'un événement entraînant l'exécution.

▼M2*Article 9 bis***Directives 2008/48/CE et 2014/59/UE**

La présente directive s'entend sans préjudice des directives 2008/48/CE et 2014/59/UE.

*Article 10***Rapport de la Commission**

Au plus tard le 27 décembre 2006, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de la présente directive, en particulier sur l'application de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'article 4, paragraphe 3, et de l'article 5, accompagné, le cas échéant, de propositions de révision.

*Article 11***Mise en œuvre**

Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 27 décembre 2003. Ils en informent immédiatement la Commission.

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.

*Article 12***Entrée en vigueur**

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

*Article 13***Destinataires**

Les États membres sont destinataires de la présente directive.