

I

(Résolutions, recommandations et avis)

AVIS

BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

du 7 août 2008

sur une proposition de directive modifiant la directive 98/26/CE et la directive 2002/47/CE

(CON/2008/37)

(2008/C 216/01)

Introduction et fondement juridique

Le 22 mai 2008, la Banque centrale européenne (BCE) a reçu une demande de consultation de la part du Conseil de l'Union européenne portant sur une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 ⁽¹⁾ (ci-après la «directive proposée»).

La BCE a compétence pour émettre un avis en vertu de l'article 105, paragraphe 4, premier tiret, du traité instituant la Communauté européenne. 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.

Modifications de la directive 98/26/CE

1. Règlement de nuit

La BCE soutient l'extension de la protection accordée par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 98/26/CE ⁽²⁾ aux services de règlement de nuit, ce qui est essentiel étant donné que les systèmes utilisent de plus en plus fréquemment la procédure de règlement de nuit afin de faciliter le règlement des virements de masse et de détail.

2. Protection des garanties contre les effets de l'insolvabilité

2.1. La BCE suggère d'apporter des modifications complémentaires à l'article 9, paragraphe 1, de la directive 98/26/CE pour les raisons suivantes. En vertu de l'article 9, paragraphe 1, les droits de la BCE et des banques centrales des États membres sur les garanties constituées en leur faveur ne sont pas affectés par une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre du participant ou de la contrepartie qui a constitué les garanties. Celles-ci peuvent être réalisées pour satisfaire ces droits. Une certaine ambiguïté pourrait naître si l'article 9, paragraphe 1, devait être interprété en ce sens que les garanties constituées

⁽¹⁾ COM(2008) 213 final.

⁽²⁾ 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 (JO L 166 du 11.6.1998, p. 45).

dans le cadre d'opérations des banques centrales, y compris les opérations d'urgence, sont uniquement soustraites aux effets d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre du participant ou de la contrepartie d'une banque centrale qui a constitué la garantie en faveur de la banque centrale. Dans le cadre de l'évaluation de la protection accordée par la directive 98/26/CE aux garanties constituées en faveur des banques centrales dans le cadre d'opérations de crédit des banques centrales, une incertitude existe quant à la question de savoir si la protection dont bénéficient les banques centrales couvre la constitution de garanties par un tiers qui n'est ni un participant à un système géré par une banque centrale ni la contrepartie d'une banque centrale.

- 2.2. Actuellement, il semble que certains États membres aient transposé l'article 9, paragraphe 1, de la directive 98/26/CE d'une manière qui ne protège pas les garanties constituées en faveur des banques centrales par un tiers qui n'est ni un participant ni la contrepartie de la banque centrale, alors que la plupart des États membres ont transposé l'article 9, paragraphe 1, de manière à protéger explicitement les garanties constituées en faveur des banques centrales par de tels tiers. De plus, certains États membres ont transposé la disposition concernée de manière littérale et, dans ces systèmes juridiques, la question de savoir si les garanties constituées en faveur des banques centrales par de tels tiers sont protégées est sujette à interprétation.
- 2.3. Compte tenu des considérations qui précèdent, une clarification du libellé de l'article 9, paragraphe 1, de la directive 98/26/CE permettrait d'harmoniser la protection accordée aux garanties constituées en faveur des banques centrales par tout tiers, y compris mais pas uniquement, des filiales des participants à un système géré par une banque centrale ou des contreparties des banques centrales. Cela permettrait d'assurer la sécurité juridique en ce qui concerne les crédits garantis accordés par les banques centrales et, en particulier, de protéger les services modernes de mise en commun de la liquidité, par exemple dans le cadre de TARGET2, en cas d'insolvabilité d'un tiers, quel qu'il soit, ayant constitué des garanties pour le compte d'un participant à un système de banque centrale. Cette réforme pourrait être particulièrement pertinente pour les opérations de liquidités des banques centrales dans des périodes de difficultés financières, où il est envisageable que les liquidités fournies à une contrepartie soient garanties par un tiers pour le compte de la contrepartie.

3. Participation à un système

- 3.1. L'article 2, point f), de la directive 98/26/CE permet aux États membres de considérer un «participant indirect» comme un «participant» si cela est justifié par des risques systémiques et à condition que le participant indirect soit connu du système. L'exigence que le participant indirect soit «connu du système» est utile, puisqu'à défaut, le système serait dans l'incapacité d'identifier les participants indirects qui bénéficient de la protection accordée au système. C'est la raison pour laquelle il convient d'introduire dans la définition de «participant indirect», la condition selon laquelle les participants indirects doivent être connus de l'opérateur de système. Cela facilitera également l'exécution par l'opérateur de système de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 10, deuxième alinéa, d'indiquer à l'État membre dont la législation est applicable les participants au système concerné, y compris tout participant indirect éventuel, ainsi que tout changement de ces participants.
- 3.2. Afin d'éviter toute incertitude, il convient de modifier tant la définition de participant que celle de participant indirect afin d'indiquer clairement que ces définitions sont exhaustives et comprennent uniquement les catégories spécifiques d'entités qui y sont énumérées. Toute divergence dans l'application pourrait porter atteinte à la protection accordée par la directive 98/26/CE aux systèmes transfrontaliers en fonctionnement.
- 3.3. De même, dans les définitions de participant et de participant indirect, il y a lieu de remplacer, là où cela est approprié, le terme «système» par l'expression «opérateur de système» nouvellement définie, dès lors que les systèmes ne sont en principe pas dotés de la personnalité juridique et que c'est l'opérateur de système qui agit en tant que participant à un autre système, assurant ainsi une participation croisée entre les systèmes.

4. La définition d'un système

- 4.1. Il convient de modifier la définition d'un système prévue à l'article 2, point a), de la directive 98/26/CE. Le terme «système» devrait refléter de manière adéquate la diversité des dispositifs existants afin que la protection accordée par la directive 98/26/CE s'applique à un éventail le plus large possible de systèmes, réduisant ainsi le risque systémique. En particulier, la définition actuelle prévue à l'article 2, point a), premier et deuxième tirets, ne reflète pas fidèlement la manière dont une majorité de systèmes est établie. Dans la plupart des cas, le dispositif en vertu duquel le système est établi n'est pas simplement

un contrat entre des participants mais une réglementation régissant le fonctionnement du système, telle qu'adoptée par l'opérateur de système ou par le biais d'actes juridiques. Les participants sont tenus de respecter ces règles. Les systèmes établis sur base d'un dispositif contractuel multilatéral constituent l'exception et non la règle, contrairement à ce que laisse supposer le libellé actuel de l'article 2, point a). Un opérateur de système, tel qu'un dépositaire central de titres, une bourse de valeur ou une banque centrale, établit généralement un système de façon unilatérale. Dans ce contexte, il conviendrait de rédiger l'article 2, point a), de telle sorte qu'il soit possible d'établir un dispositif formel par un contrat, par des conditions générales ou par voie de réglementation, c'est-à-dire par une loi ou par un règlement d'application. La définition d'un système devrait par conséquent faire référence à un «dispositif formel comprenant», au lieu d'«un accord formel convenu entre» trois participants ou davantage et, ce changement implique par conséquent une modification de l'article 2, point a), deuxième tiret.

- 4.2. La définition actuelle d'un système ne permet pas de déterminer clairement si les systèmes de compensation, tels que les contreparties centrales ou les chambres de compensation, bénéficient de la protection contre le risque systémique prévue par la directive 98/26/CE. Bien que certains États membres soucieux d'éviter toute incertitude aient notifié des systèmes de compensation à la Commission conformément à l'article 2, point a), troisième tiret, les mots «la compensation ou» devraient être ajoutés devant les mots «l'exécution des ordres de transfert» à l'article 2, point a), premier tiret, pour qu'il soit clair que ces types d'entités peuvent également être considérées comme des systèmes à part entière.
- 4.3. De plus, il convient de retenir une définition souple du terme «système» afin de couvrir toute évolution future concernant l'organisation des systèmes. En particulier, la définition devrait être suffisamment large pour couvrir tout futur système susceptible d'être développé par l'Eurosystème ou désigné par la BCE lorsqu'un tel système est établi par un instrument juridique de la BCE qui lie les participants en vertu d'un dispositif conclu avec la BCE et régi par la législation d'un État membre. En tout état de cause, la définition du terme système à l'article 2, point a), de la directive 98/26/CE devrait également couvrir un système établi par un instrument juridique de la BCE.

5. Moment de l'introduction, irrévocabilité et systèmes interopérables

- 5.1. La BCE considère qu'il est nécessaire de clarifier la notion de «moment de l'introduction» dans un système qui est utilisée à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 98/26/CE. Plus particulièrement, l'article 3, paragraphe 3, dispose que le moment où un ordre de transfert est introduit dans un système est défini par les règles de fonctionnement de ce système. Le moment de l'introduction n'est pas défini en tant que tel, de sorte qu'il varie selon les systèmes tant en ce qui concerne sa définition que le moment effectif de l'introduction. Lorsque la législation nationale régissant le système définit le moment de l'introduction, les règles de fonctionnement du système doivent être conformes à ces définitions. Cependant, les législations nationales devraient laisser une souplesse suffisante aux règles du système relatives au moment de l'introduction, pour leur permettre de s'adapter et de tenir compte de la nature spécifique des opérations d'un système particulier et de protéger des procédures de règlement et/ou d'optimisation sophistiquées. En outre, il est important qu'entre des systèmes interopérables, les règles de l'ensemble des systèmes concernés puissent définir le moment de l'introduction avec suffisamment de souplesse pour leur permettre de protéger le règlement intersystème et, par conséquent, de garantir l'interopérabilité. La BCE recommande de clarifier l'article 3, paragraphe 4, en conséquence afin d'éliminer toute ambiguïté sur le fait que les systèmes disposent effectivement d'une certaine marge d'appréciation leur permettant de préciser le moment approprié de l'introduction, sans être entravés à cet égard par la législation nationale qui peut être rigide et difficile à modifier. Des considérations similaires s'appliquent à la notion d'irrévocabilité qui est utilisée à l'article 5 de la directive 98/26/CE.
- 5.2. La BCE soutient les modifications relatives aux systèmes interopérables étant donnée l'augmentation sensible du nombre et de l'importance de ces systèmes depuis l'adoption de la directive 98/26/CE. En particulier, les systèmes ont mis en place entre eux des liens, voire des liens relayés, et ils ont accès à d'autres systèmes en tant que participants ou par le biais d'autres interfaces. Toutefois, la BCE suggère de remplacer, dans la définition des «systèmes interopérables», le terme «système» par «dispositif» mis en place entre deux ou plusieurs systèmes, afin de couvrir toutes les catégories de connexions possibles tout en évitant ce faisant de donner l'impression qu'une nouvelle catégorie de systèmes est créée. Pour citer un exemple pratique, l'infrastructure de paiement TARGET2 ⁽¹⁾ de l'Eurosystème se compose de multiples systèmes de paiement juridiquement distincts qui sont interconnectés par une plate-forme technique unique s'appuyant sur une orientation de la BCE. En outre, plus de soixante autres systèmes, y compris ceux de pays n'appartenant pas à la zone euro, sont connectés à TARGET2 soit en tant que participants, soit par le biais d'accords bilatéraux par l'intermédiaire de l'interface de système exogène.

⁽¹⁾ Orientation BCE/2007/2 du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (JO L 237 du 8.9.2007, p. 1).

6. Notification des opérateurs de système et surveillance

La BCE est favorable à la définition d'opérateur de système donnée au nouvel article 2, point o), bien qu'elle considère souhaitable d'y apporter une légère modification afin de s'assurer qu'elle couvre également les systèmes constitués de plusieurs participants sans un opérateur de système unique. Pour la même raison, il serait souhaitable d'apporter une légère modification à l'article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive afin de s'assurer que la charge de la preuve de la connaissance de l'insolvabilité repose sur l'opérateur du système concerné. En outre, la BCE accepte la proposition de modification de l'article 10 de la directive 98/26/CE afin que les États membres notifient à la Commission non seulement les systèmes mais également les opérateurs de système. Cependant, conformément à la suggestion présentée par la BCE au paragraphe 4.3 ci-dessus, consistant à inclure dans la définition du terme «système» les systèmes établis par un instrument juridique de la BCE, il convient de modifier l'article 10, paragraphe 1, afin de permettre aux États membres ou à la BCE selon le cas, de notifier les systèmes et les opérateurs de système à la Commission. La BCE est d'avis que les troisième et quatrième alinéas de l'article 10 qui ont été omis dans la proposition de la Commission devraient y figurer de nouveau. En outre, le troisième alinéa de l'article 10 qui reconnaît aux autorités nationales compétentes le droit d'autoriser et de contrôler les systèmes devrait faire référence à la nécessité de respecter la compétence des banques centrales en matière de surveillance qui est fondée sur leurs missions dans le domaine de la stabilité financière.

7. Les établissements de monnaie électronique comme participants aux systèmes

La définition d'«établissement de crédit» à l'article 2, point b), modifié, de la directive 98/26/CE, qui se réfère à la définition contenue dans 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⁾, a pour effet de permettre aux établissements de monnaie électronique de devenir des participants aux systèmes qui sont désignés conformément à la directive 98/26/CE, pour autant que les établissements de monnaie électronique soient réglementés en tant qu'établissements de crédit. La BCE considère qu'il s'agit d'une modification législative positive qui renforcera la stabilité des systèmes. Une modification du statut des établissements de monnaie électronique en tant qu'établissements de crédit exigerait un réexamen approfondi de la directive 98/26/CE.

8. Conflit de lois

Il est important qu'une règle de conflit de lois claire et simple s'applique à tous les aspects des instruments financiers transmissibles par inscription en compte afin d'assurer l'efficacité et la sécurité de la détention et du transfert transfrontaliers d'instruments financiers. À l'instar de la Commission, la BCE estime que les règles de conflit de lois, telles qu'elles sont actuellement contenues dans la directive 98/26/CE, dans 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 ⁽²⁾ et dans la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière ⁽³⁾, ont permis d'accroître la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination de la loi applicable. La BCE prend également note des observations faites par la Commission dans son document de travail intitulé «Conflict of laws: modernisation of the PRIMA-rule for intermediated securities» selon lesquelles l'application pratique d'un régime de conflit de lois unique en matière de compensation et de règlement-livraison transfrontaliers de titres au sein de la Communauté révèle encore l'existence de différences d'interprétation d'un État membre à l'autre quant à la notion de «lieu de situation d'un compte». Il s'ensuit que le régime communautaire ne garantit pas encore le meilleur niveau possible de sécurité et de prévisibilité quant à la détermination de la loi applicable.

Par conséquent, la BCE suit avec grand intérêt l'initiative de la Commission consistant à améliorer la clarté du système communautaire actuel. Eu égard à la complexité de la question, la BCE estime qu'un réexamen de cette ampleur ne saurait intervenir dans le cadre de la directive proposée.

Modifications de la directive 2002/47/CE

9. Créances privées

- 9.1. La BCE est très favorable aux modifications proposées de la directive 2002/47/CE dès lors qu'elles visent à faciliter l'utilisation des créances privées en garantie par les banques centrales. Ces modifications renforcent la position juridique des banques centrales dans l'Union européenne lorsque celles-ci prennent des créances privées en garantie, étant donné que les règles applicables aux créances privées

⁽¹⁾ JOL 177 du 30.6.2006, p. 1.

⁽²⁾ JOL 125 du 5.5.2001, p. 15.

⁽³⁾ JOL 168 du 27.6.2002, p. 43.

dans les différents systèmes juridiques de l'UE ne sont sinon pas harmonisées. La possibilité d'utiliser des créances privées en garantie pour les opérations des banques centrales revêt une importance essentielle pour les établissements de crédit de la zone euro qui ont des montants importants de créances privées inscrites à leur bilan. Il est très important que l'Eurosystème puisse utiliser les créances privées en garantie au titre du régime institué par la directive 2002/47/CE, facilitant ainsi la gestion informelle et efficace de ce type d'actif, en particulier par des moyens électroniques et y compris l'ensemble des opérations transfrontalières. La BCE préconise par conséquent à cet égard l'adoption du texte proposé par la Commission ne donnant pas aux États de choix d'options pour la mise en œuvre, ce qui aurait pour effet de compromettre la validité et à la sécurité juridiques de ces prises en garantie.

- 9.2. Les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 1^{er}, paragraphe 4, point a), de la directive 2002/47/CE en limitent la portée aux créances privées éligibles aux fins de la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales. Ceci est suffisant eu égard aux objectifs de la BCE et de l'Eurosystème. Cependant, la modification proposée ne restreint pas l'utilisation des créances privées aux seules opérations des banques centrales mais propose d'étendre l'application des règles de la directive 2002/47/CE à toute créance privée susceptible d'être éligible aux fins de la constitution de garanties pour les opérations de crédit des banques centrales dans l'UE. Dans un souci de transparence, il convient de se demander si la modification proposée permettrait également à des preneurs de garanties qui ne sont pas des banques centrales d'utiliser, aux fins de la constitution de garanties, de telles créances privées éligibles pour les banques centrales. En particulier, il se peut que certaines banques centrales de l'UE ne disposent pas de critères d'éligibilité facilement accessibles concernant l'acceptation des créances privées en garantie, de sorte qu'il serait difficile pour un preneur de garantie autre qu'une banque centrale de déterminer de manière efficace si la créance privée qu'il entend prendre en garantie est éligible ou non. En outre, les critères d'éligibilité utilisés par l'Eurosystème et ceux utilisés par les banques centrales de pays n'appartenant pas à la zone euro pourraient être différents et ils sont également susceptibles d'être modifiés au fil du temps. Par conséquent, afin de garantir la sécurité juridique et des conditions de concurrence égales au sein de l'UE, la BCE recommande de retenir une définition simple et uniforme des créances privées entrant dans le champ d'application de la directive 2002/47/CE, qui ne lie pas ces créances privées à des critères d'éligibilité utilisés par les banques centrales. Cette définition des créances privées aux fins de la détermination du champ d'application de la directive 2002/47/CE devrait être suffisamment large pour comprendre les créances privées déclarées éligibles par l'Eurosystème. Dans le cas où une telle définition uniforme ne pourrait pas être adoptée, il conviendrait tout au moins de garantir que les créances privées effectivement mobilisées en garantie au profit de l'Eurosystème sont couvertes par la nouvelle définition de la directive 2002/47/CE.
- 9.3. Les modifications proposées n'apportent pas de clarification en ce qui concerne les règles de conflit de lois applicables à l'utilisation transfrontalière des créances privées aux fins de garantie. Dans sa version actuelle, l'article 9 de la directive 2002/47/CE relatif aux règles de conflit de lois se réfère uniquement aux instruments financiers transmissibles par inscription en compte et il est clair qu'il ne s'applique pas aux créances privées. Pour la mobilisation transfrontalière des créances privées en garantie, il est extrêmement important d'harmoniser les règles de conflit de lois applicables. Les créances privées utilisées en garantie sont susceptibles d'avoir des liens avec plusieurs systèmes juridiques, par exemple celui du débiteur, du créancier, de l'accord, etc. et pour des raisons de sécurité juridique, les parties ont besoin de savoir avec précision quelle loi s'applique pour déterminer la validité et l'antériorité lorsque des créances privées sont mobilisées en garantie. Actuellement, les règles de conflit de lois qui s'appliquent à l'opposabilité aux tiers des cessions de créances ne sont pas harmonisées au sein de l'UE; il existe une incertitude quant à la loi applicable et les parties peuvent être contraintes de se conformer aux exigences de plus d'un système juridique afin d'acquiescer une certaine certitude quant à la solidité juridique des garanties dont elles bénéficient. Ceci constitue un obstacle majeur, et l'utilisation transfrontalière au sein de l'UE des créances privées aux fins de garantie serait grandement facilitée si un accord pouvait intervenir sur des règles de conflit de lois uniformes régissant l'opposabilité aux tiers. Il est d'autant plus important d'inclure de telles règles dans la directive 2002/47/CE que le règlement dit «Rome I» ⁽¹⁾ ne prévoyait pas de modification sur ce point. L'existence de telles règles communes présenterait des avantages significatifs.
- 9.4 La BCE suggère également les modifications d'ordre technique suivantes afin d'assurer la cohérence au sein de la directive proposée en ce qui concerne l'extension du champ d'application de la directive 2002/47/CE aux créances privées. Afin d'assurer qu'aussi bien la cession des créances privées que le nantissement de celles-ci entrent dans le champ d'application de la directive 2002/47/CE, il convient de modifier l'article 2, paragraphe 1, point c), pour faire référence au droit intégral à la garantie financière afin de indiquer clairement que le terme «contrat de garantie financière avec constitution de sûreté» couvre également le nantissement et la charge de créances privées. De plus, il convient d'ajouter une

(1) COM(2005) 650 final.

référence aux créances privées dans la définition des instruments financiers à l'article 2, paragraphe 1, point e). Enfin, en ce qui concerne les conditions de validité d'un contrat de garantie financière, il convient de modifier l'article 3 pour mentionner le «transfert de la possession» en plus de l'enregistrement et de la notification.

10. Compensation («netting»)

La directive proposée ne contient aucune modification des dispositions relatives à la compensation («netting») en cas d'insolvabilité dans la directive 2002/47/CE et la directive 98/26/CE. Cependant, il reste acquis que la possibilité de recourir à la déchéance du terme en cas d'insolvabilité d'une contrepartie revêt une importance considérable pour les marchés financiers. Par conséquent, la question de l'opposabilité de la compensation avec déchéance du terme ne concerne pas uniquement les contrats de garantie financière individuels mais concerne tous les types de dispositifs visant à réduire les risques de crédit. Il est nécessaire de promouvoir le traitement de la compensation («netting»), pas uniquement dans la directive 2002/47/CE mais aussi de façon générale dans tout l'acquis communautaire dans le domaine financier. Il serait bénéfique, par exemple, de parvenir à une plus grande cohérence entre les diverses définitions de la compensation («netting et set-off») dans les différents actes juridiques de l'UE. Dans le même temps, au vu de l'importance systémique que revêt l'application de clauses de déchéance automatique du terme à l'encontre des établissements de crédit et des institutions financières d'importance systémique qui opèrent sur les marchés financiers internationaux, une discussion plus large doit s'instaurer au niveau de l'UE sur la question de l'application des clauses de compensation avec déchéance du terme aux institutions financières sur les marchés de gré à gré sur produits dérivés et pas uniquement dans le cadre des contrats de garantie financière.

11. Suggestions de rédaction

L'annexe ci-jointe contient des suggestions de rédaction au cas où les considérations qui précèdent conduiraient à modifier la directive proposée.

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 7 août 2008.

Le président de la BCE

Jean-Claude TRICHET

ANNEXE

SUGGESTIONS DE RÉDACTION ⁽¹⁾

Texte proposé par la Commission ⁽¹⁾	Modifications suggérées par la BCE ⁽²⁾
<p>Modification 1</p> <p>Article premier de la directive proposée</p> <p>Modification de la directive 98/26/CE, article 2, point a)</p>	
<p>Article 2</p> <p>Aux fins de la présente directive, on entend par:</p> <p>a) «système»: un accord formel convenu:</p> <ul style="list-style-type: none"> — entre trois participants ou davantage, auxquels peuvent s'ajouter un éventuel organe de règlement, une éventuelle contrepartie centrale, une éventuelle chambre de compensation ou un éventuel participant indirect, et comportant des règles communes ainsi que des procédures normalisées pour l'exécution des ordres de transfert entre participants, — régi par la législation d'un État membre choisi par les participants; toutefois, les participants peuvent uniquement choisir la législation d'un État membre dans lequel l'un d'entre eux au moins a son siège social, et — désigné, sans préjudice d'autres conditions d'application générale plus strictes prévues par la législation nationale, en tant que système et notifié à la Commission par l'État membre dont la législation est applicable, après que cet État membre s'est assuré du caractère adéquat des règles de fonctionnement du système. 	<p>Article 2</p> <p>Aux fins de la présente directive, on entend par:</p> <p>a) «système»: un dispositif formel (*):</p> <ul style="list-style-type: none"> — entre comprenant trois participants ou davantage, auxquels peuvent s'ajouter un éventuel organe de règlement, une éventuelle contrepartie centrale, une éventuelle chambre de compensation ou un éventuel participant indirect, et comportant des règles communes ainsi que des procédures normalisées pour la compensation ou l'exécution des ordres de transfert entre participants, — régi par la législation d'un État membre choisi par les participants; toutefois, les participants peuvent uniquement choisir la législation d'un État membre dans lequel l'un d'entre eux au moins a son siège social ou établi par un acte juridique de la BCE, qui lie les participants en vertu d'un dispositif conclu avec la BCE et régi par la législation d'un État membre, et — désigné sans préjudice d'autres conditions d'application générale plus strictes prévues par la législation nationale en tant que système et notifié à la Commission, soit i) par l'État membre dont la législation est applicable, après que cet État membre s'est assuré du caractère adéquat des règles de fonctionnement du système et sans préjudice d'autres conditions d'application générale plus strictes prévues par la législation nationale, soit ii) par la BCE, en tant que système établi par un acte juridique de la BCE.
<p><i>Justification</i> — Voir le point 4 de l'avis</p>	
<p>Modification 2</p> <p>Article premier de la directive proposée</p> <p>Modification de la directive 98/26/CE, article 2, points f) et g)</p>	
<p>Article 2</p> <p>f) «participant»: une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement, une chambre de compensation ou un système. [...]</p>	<p>Article 2</p> <p>f) «participant»: uniquement une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement, une chambre de compensation ou un opérateur de système. [...]</p>

⁽¹⁾ Les suggestions de rédaction présentées dans l'annexe reposent sur le texte de la directive proposée et sur le texte de la directive 98/26/CE et de la directive 2002/47/CE qui, selon la BCE, devrait également être modifié. Les suggestions de rédaction se limitent aux modifications reflétant les suggestions émises par BCE dans le présent avis. Les suggestions devraient s'appliquer, mutatis mutandis, le cas échéant aux autres directives communautaires qui sont modifiées par la directive proposée.

Texte proposé par la Commission ⁽¹⁾	Modifications suggérées par la BCE ⁽²⁾
g) «participant indirect»: une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement, une chambre de compensation ou un système ayant une relation contractuelle avec une institution participant à un système qui exécute des ordres de transfert permettant au participant indirect de passer des ordres de transfert par l'intermédiaire du système;	g) «participant indirect»: uniquement une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement, une chambre de compensation ou un opérateur de système ayant une relation contractuelle avec une institution participant à un système qui exécute des ordres de transfert permettant au participant indirect de passer des ordres de transfert par l'intermédiaire du système, à condition toutefois que le participant indirect soit connu de l'opérateur de système;

Justification — Voir le point 3 de l'avis

Modification 3

Article premier de la directive proposée
Modification de la directive 98/26/CE, article 2, point n)

Article 2	Article 2
n) «système interopérable»: un système qui conclut un accord avec un ou plusieurs systèmes impliquant l'établissement de solutions mutuelles et pas simplement la liaison à l'offre de services types existants;	n) «dispositifs interopérables»: un système qui conclut un accord avec un ou plusieurs systèmes tout dispositif mis en place par deux ou plusieurs opérateurs de système impliquant l'établissement de solutions mutuelles et pas simplement la liaison à l'offre de services types existants;

Justification — Voir le point 5.2 de l'avis

Modification 4

Article 1, paragraphe 2, point f), de la directive proposée
Modification de la directive 98/26/CE, article 2, point o)

o) «Opérateur de système»: l'entité chargée de l'exploitation d'un système au quotidien. Un opérateur de système peut aussi intervenir en tant qu'organe de règlement, contrepartie centrale ou chambre de compensation.	o) «Opérateur de système»: l'entité ou, le cas échéant, les entités chargées de l'exploitation d'un système au quotidien. Un opérateur de système peut aussi intervenir en tant qu'organe de règlement, contrepartie centrale ou chambre de compensation.
--	--

Justification — Voir le paragraphe 6 de l'avis

Modification 5

Article 1, paragraphe 3, de la directive proposée
Modification de la directive 98/26/CE, alinéa 2, de l'article 3, paragraphe 1

Lorsque, exceptionnellement, les ordres de transfert sont introduits dans un système après le moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'ils sont exécutés le jour ouvrable, tel que défini par les règles de fonctionnement du système, au cours duquel cette procédure est ouverte, ils ne produisent leurs effets en droit et ne sont opposables aux tiers qu'à condition que l'opérateur du système puisse prouver, après le moment du règlement, qu'il n'avait pas connaissance et n'était pas tenu d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.	Lorsque, exceptionnellement, les ordres de transfert sont introduits dans un système après le moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'ils sont exécutés le jour ouvrable, tel que défini par les règles de fonctionnement du système, au cours duquel cette procédure est ouverte, ils ne produisent leurs effets en droit et ne sont opposables aux tiers qu'à condition que l'opérateur du système concerné puisse prouver, après le moment du règlement, qu'il n'avait pas connaissance et n'était pas tenu d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.
--	--

Justification — Voir le paragraphe 6 de l'avis

Texte proposé par la Commission ⁽¹⁾	Modifications suggérées par la BCE ⁽²⁾
Modification 6	
Article 1 de la directive proposée Modification de la directive 98/26/CE, nouvel article 3, paragraphe 4	
<p>Article 3</p> <p>4. En cas de systèmes interopérables, chaque système détermine ses propres règles en ce qui concerne le moment de l'introduction dans son système. Les règles relatives au moment de l'introduction propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.</p>	<p>Article 3</p> <p>4. Dans le cas de dispositifs interopérables, chaque système détermine dans ses propres règles le moment de l'introduction dans son système. Les règles relatives au moment de l'introduction propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable, afin de garantir à cet égard dans la mesure du possible, une coordination entre les règles de tous les systèmes parties au dispositif interopérable.</p> <p>Sauf disposition contraire expresse des règles de l'ensemble des systèmes interopérables concernés, les règles relatives au moment de l'introduction propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.</p>
<i>Justification</i> — Voir le point 5.1 de l'avis	
Modification 7	
Article premier de la directive proposée Modification de la directive 98/26/CE, article 5	
<p>Article 5</p> <p>Un ordre de transfert ne peut être révoqué par un participant à un système ou par un tiers à partir du moment fixé par les règles de fonctionnement de ce système.</p> <p>En cas de systèmes interopérables, chaque système détermine ses propres règles en ce qui concerne le moment de la révocation dans son système. Les règles relatives au moment de la révocation propres à <u>un</u> système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.</p>	<p>Article 5</p> <p>Un ordre de transfert ne peut être révoqué par un participant à un système ou par un tiers à partir du moment fixé par les règles de fonctionnement de ce système.</p> <p>Dans le cas de dispositifs interopérables, chaque système détermine dans ses propres règles le moment de de la révocation dans son système. Les règles relatives au moment de la révocation propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable l'irrévocabilité afin de garantir à cet égard, dans la mesure du possible, une coordination entre les règles de tous les systèmes parties au dispositif interopérable.</p> <p>Sauf disposition contraire expresse des règles de l'ensemble des systèmes interopérables concernés, les règles relatives au moment de l'irrévocabilité propres à un système ne sont affectées par aucune règle des autres systèmes avec lesquels il est interopérable.</p>
<i>Justification</i> — Voir le point 5.1 de l'avis	
Modification 8	
Article premier de la directive proposée Modification de la directive 98/26/CE, article 9, paragraphe 1	
<p>Article 9</p> <p>1. Les droits d'un système ou d'un participant sur les garanties constituées en sa faveur dans le cadre d'un système, et les droits des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne sur les garanties constituées en sa faveur ne sont pas affectés par une procédure d'insolvabilité à l'encontre du participant ou de la contrepartie des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne qui a constitué les garanties. Celles-ci peuvent être réalisées pour satisfaire ces droits.</p>	<p>Article 9</p> <p>1. Les droits d'un opérateur de système ou d'un participant sur les garanties constituées en sa faveur dans le cadre d'un système, et les droits des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne sur les garanties constituées en sa faveur ne sont pas affectés par une procédure d'insolvabilité à l'encontre du participant ou de la contrepartie des banques centrales des États membres ou de la Banque centrale européenne, ou à l'encontre d'un tiers, notamment, mais pas exclusivement, une filiale de ce participant ou de cette contrepartie, qui a constitué les garanties. Celles-ci peuvent être réalisées pour satisfaire ces droits.</p>
<i>Justification</i> — Voir le point 2 de l'avis	

Texte proposé par la Commission ⁽¹⁾	Modifications suggérées par la BCE ⁽²⁾
Modification 9	
Article premier de la directive proposée Modification de la directive 98/26/CE, article 10	
<p>Article 10</p> <p>Les États membres déterminent les systèmes, et les opérateurs de système respectifs, entrant dans le champ d'application de la présente directive; ils les notifient à la Commission et informent celle-ci des autorités qu'ils ont choisies conformément à l'article 6, paragraphe 2.</p> <p>L'opérateur de système indique à l'État membre dont la législation est applicable les participants au système, y compris tout participant indirect éventuel, ainsi que tout changement de ces participants.</p>	<p>Article 10</p> <p>Les États membres, ou le cas échéant la BCE, lorsqu'un système est établi par un instrument juridique de la BCE, déterminent les systèmes, et les opérateurs de système respectifs, entrant dans le champ d'application de la présente directive; ils les notifient à la Commission et informent celle-ci des autorités qu'ils ont choisies conformément à l'article 6, paragraphe 2.</p> <p>L'opérateur de système indique à l'État membre dont la législation est applicable les participants au système, y compris tout participant indirect éventuel, ainsi que tout changement de ces participants.</p> <p>En plus de l'obligation d'indication visée au deuxième alinéa, les États membres peuvent soumettre les opérateurs de système relevant de leur compétence à des exigences de contrôle ou d'autorisation. Il convient également de garantir le respect des compétences de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales en matière de surveillance.</p> <p>Toute personne y ayant un intérêt légitime peut exiger d'une institution qu'elle lui indique les systèmes auxquels elle participe et lui fournisse des informations sur les principales règles auxquelles est assujéti le fonctionnement de ces systèmes.</p>
<i>Justification</i> — Voir point 6 de l'avis	
Modification 10	
Modification de la directive 2002/47/CE, article 2, paragraphe 1, point c)	
<p>Article 2, paragraphe 1, point c)</p> <p>c) «contrat de garantie financière avec constitution de sûreté», un contrat par lequel le constituant remet au preneur ou en sa faveur, des espèces ou des instruments financiers en garantie et où le constituant conserve la pleine propriété de ces actifs lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi.</p>	<p>Article 2, paragraphe 1, point c)</p> <p>c) «contrat de garantie financière avec constitution de sûreté», un contrat par lequel le constituant remet au preneur ou en sa faveur, des espèces ou des instruments financiers en garantie et où le constituant conserve la pleine propriété de ces actifs ou le droit intégral à ces derniers, lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi.</p>
<i>Justification</i> — Voir point 9 de l'avis	
Modification 11	
Modification de la directive 2002/47/CE, article 2, paragraphe 1, point e)	
<p>Article 2, paragraphe 1, point e)</p> <p>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;</p>	<p>Article 2, paragraphe 1, point e)</p> <p>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, ainsi que les créances privées dans la mesure prévue par la présente directive;</p>
<i>Justification</i> — Voir point 9 de l'avis	

Texte proposé par la Commission ⁽¹⁾	Modifications suggérées par la BCE ⁽²⁾
<p>Modification 12</p> <p>Article 2, paragraphe 3, de la directive proposée</p> <p>Modification de la directive 2002/47/CE, article 3</p>	
<p><i>Article 3</i></p> <p>Nouvel alinéa</p> <p>Lorsque des créances privées sont constituées en garantie financière, les États membres n'exigent pas que la création, la validité ou l'admissibilité à titre de preuve de leur constitution en garantie financière en vertu d'un contrat de garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel, tel que l'enregistrement ou la notification du débiteur de la créance privée constituée en garantie.</p>	<p><i>Article 3</i></p> <p>Nouvel alinéa</p> <p>Lorsque des créances privées sont constituées en garantie financière, les États membres n'exigent pas que la création, la validité ou l'admissibilité à titre de preuve de leur constitution en garantie financière en vertu d'un contrat de garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel, tel que l'enregistrement, le transfert de la possession ou la notification du débiteur de la créance privée constituée en garantie.</p>
<p><i>Justification — Voir point 9 de l'avis</i></p>	
<p>(¹) Les caractères barrés dans le corps du texte indiquent les passages que la BCE suggère de supprimer.</p> <p>(²) Les caractères gras dans le corps du texte indiquent les nouveaux passages suggérés par la BCE.</p> <p>(*) Toutes les autres occurrences de l'expression «accord formel» dans la directive 98/26/CE doivent être remplacées par le terme «dispositif formel».</p>	