

POSITION COMMUNE (CE) N° 43/97

arrêtée par le Conseil le 13 octobre 1997

en vue de l'adoption de la directive 97/ /CE du Parlement européen et du Conseil, du . . . ,
concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des
opérations sur titres

(97/C 375/03)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION
EUROPÉENNE,vu le traité instituant la Communauté européenne, et
notamment son article 100 A,vu la proposition de la Commission⁽¹⁾,

vu l'avis de l'Institut monétaire européen,

vu l'avis du Comité économique et social⁽²⁾,statuant conformément à la procédure visée à l'arti-
cle 189 B du traité⁽³⁾,

- (1) considérant que le rapport Lamfalussy de 1990 aux gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des dix a démontré l'importance du risque systémique inhérent aux systèmes de paiement fonctionnant sur la base de plusieurs modes juridiques de compensation des paiements, notamment la compensation multilatérale; que la réduction des incertitudes juridiques associées à la participation à des systèmes de règlement brut en temps réel est d'une importance primordiale, vu le développement croissant de ces systèmes;
- (2) considérant qu'il est aussi d'une importance capitale de réduire l'incertitude associée à la participation à des systèmes de règlement des opérations sur titres, en particulier lorsqu'il existe un lien étroit entre ces systèmes et les systèmes de paiement;
- (3) considérant que la présente directive vise à contribuer au fonctionnement efficace et rentable des mécanismes transfrontaliers de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la Communauté, ce qui renforce la liberté de circulation des capitaux au sein du marché intérieur; que la présente directive s'inscrit donc dans le prolongement des

progrès réalisés pour l'achèvement du marché intérieur dans la perspective de la réalisation de l'union économique et monétaire, en particulier en matière de libre prestation des services et de libération des mouvements de capitaux;

- (4) considérant qu'il est souhaitable que la législation des États membres tende à limiter à un minimum les perturbations occasionnées à un système par une procédure d'insolvabilité contre un participant à ce système;
- (5) considérant qu'une proposition de directive sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, présentée en 1985 et modifiée le 8 février 1988, est toujours à l'examen du Conseil; que la convention relative aux procédures d'insolvabilité élaborée le 23 novembre 1995 par les États membres réunis au sein du Conseil exclut explicitement les entreprises d'assurance, les établissements de crédit et les sociétés d'investissement;
- (6) considérant que la présente directive vise à couvrir tant les systèmes intérieurs de paiement et de règlement des opérations sur titres que ceux à vocation transfrontalière; qu'elle est applicable aux systèmes communautaires et aux garanties constituées par leurs participants, communautaires ou originaires de pays tiers, dans le cadre de leur participation à ces systèmes;
- (7) considérant que les États membres peuvent appliquer les dispositions de la présente directive à leurs propres institutions qui participent directement à des systèmes de pays tiers et aux garanties constituées dans le cadre de la participation à de tels systèmes;
- (8) considérant que les États membres devraient être autorisés à désigner en tant que système relevant de la présente directive un système dont l'activité principale est le règlement des opérations sur titres, même si le système traite aussi, dans une mesure limitée, des instruments dérivés sur matières premières;
- (9) considérant que la réduction du risque systémique requiert particulièrement le caractère définitif du

⁽¹⁾ JO C 207 du 18. 7. 1996, p. 13.⁽²⁾ JO C 56 du 24. 2. 1997, p. 1.⁽³⁾ Avis du Parlement européen du 9 avril 1997 (JO C 132 du 28. 4. 1997, p. 79), position commune du Conseil du 13 octobre 1997 et décision du Parlement européen du . . . (non encore parues au Journal officiel).

- règlement et le recouvrement des garanties; que, par garantie, on entend tout moyen fourni par un participant aux autres participants aux systèmes de paiement et/ou de règlement des opérations sur titres, pour garantir les droits et obligations découlant de ce système, notamment les accords de prise en pension, les privilèges légaux et les transferts fiduciaires; que la réglementation, par le droit national, des types de garantie qui peuvent être utilisés ne doit pas être affectée par la définition de la garantie figurant dans la présente directive;
- (10) considérant que la présente directive, en étendant son champ d'application aux garanties constituées dans le cadre d'opérations des banques centrales des États membres, opérant en leur qualité de banques centrales, y compris des opérations de politique monétaire, soutient les efforts entrepris par l'Institut monétaire européen pour améliorer l'efficacité des mécanismes de paiements transfrontaliers dans la perspective de la préparation de la troisième phase de l'union économique et monétaire et contribue ainsi à la mise en place du cadre juridique nécessaire dans lequel la future Banque centrale européenne peut mettre en œuvre sa politique;
- (11) considérant que les ordres de transfert et leur compensation nette devraient produire leurs effets en droit dans tous les États membres et être opposables aux tiers;
- (12) considérant que les dispositions relatives au caractère définitif de la compensation n'empêchent pas les systèmes de procéder à des essais avant que la compensation ne soit effectuée afin de déterminer si les ordres qui ont été introduits dans le système sont conformes aux règles de fonctionnement de ce système et permettent le règlement de celui-ci;
- (13) considérant que rien dans la présente directive ne doit empêcher un participant ou une tierce partie d'exercer, à l'égard d'un ordre de transfert introduit dans le système, un droit ou une prétention, qu'ils peuvent avoir juridiquement, à un recouvrement ou à une restitution découlant de la transaction sous-jacente qui y a donné lieu, par exemple en cas de fraude ou d'erreur technique, pour autant que cela n'entraîne pas la remise en cause de la compensation ni la révocation de l'ordre de transfert dans le système;
- (14) considérant qu'il est nécessaire d'assurer que les ordres de transfert ne peuvent plus être révoqués au-delà d'un moment fixé par les règles de fonctionnement du système;
- (15) considérant qu'il est nécessaire qu'un État membre notifie immédiatement aux autres États membres l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système;
- (16) considérant que les procédures d'insolvabilité ne devraient pas avoir un effet rétroactif sur les droits et obligations des participants à un système;
- (17) considérant que la présente directive vise en outre à déterminer, en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant à un système, quelle est la législation sur l'insolvabilité qui est applicable aux droits et obligations de ce participant, qui découlent de sa participation à un système;
- (18) considérant que les garanties devraient être soustraites aux effets de la législation sur l'insolvabilité applicable au participant insolvable;
- (19) considérant que les dispositions de l'article 9 paragraphe 2 ne s'appliquent qu'à un registre, à un compte ou à un système de dépôt centralisé établissant l'existence de droits de propriété sur les titres concernés ou de droits relatifs à la remise ou au transfert de ces titres;
- (20) considérant que les dispositions de l'article 9 paragraphe 2 visent à garantir que si le participant, la banque centrale d'un État membre ou la future Banque centrale européenne ont constitué une garantie valable et effective, conformément à la législation de l'État membre dans lequel est situé le registre, le compte ou le système de dépôt centralisé en question, la validité et l'opposabilité de cette garantie à l'égard de ce système (et de son opérateur), ainsi qu'à l'égard de toute autre personne faisant valoir, directement ou indirectement, des droits par son intermédiaire, sont déterminées par la seule législation de cet État membre;
- (21) considérant que les dispositions de l'article 9 paragraphe 2 ne visent pas à porter atteinte au fonctionnement ou aux effets de la législation de l'État membre dans lequel les titres sont constitués ou de la législation de l'État membre dans lequel les titres peuvent être autrement situés (y compris, sans restriction, la législation relative à la création, à la propriété ou au transfert de tels titres ou de droits liés à ces titres) et qu'elles ne doivent pas être interprétées comme signifiant que toute garantie de ce type sera directement applicable ou susceptible d'être reconnue dans tout État membre si ce n'est conformément à la législation de cet État membre;
- (22) considérant qu'il est souhaitable que les États membres s'efforcent d'établir des liens suffisants entre tous les systèmes de règlement des opérations sur titres visés par la présente directive, en vue de promouvoir une transparence et une sécurité juridique maximales des transactions portant sur des titres;
- (23) considérant que l'adoption de la présente directive constitue le moyen le plus approprié pour réaliser les objectifs précités et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

SECTION I

CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier

Les dispositions de la présente directive sont applicables:

- a) à tout système, tel que défini à l'article 2 point a), régi par la législation d'un État membre et opérant en toute devise, en écus ou en diverses monnaies que le système convertit les unes par rapport aux autres;
- b) à tout participant à un tel système;
- c) aux garanties constituées dans le cadre:
 - de la participation à un système
 - ou
 - d'opérations des banques centrales des États membres en leur qualité de banques centrales.

Article 2

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- a) «système»: un accord formel:
 - convenu 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.

Sous réserve des conditions prévues au premier alinéa, les États membres peuvent désigner comme système un accord formel dont les activités consistent à exécuter des ordres de transfert tels que définis au point i) deuxième tiret et qui, dans une mesure limitée, exécutent des ordres relatifs à d'autres instruments financiers, dès lors que ces États membres considèrent que la désignation d'un tel système est justifiée pour des raisons de risque systématique.

Les États membres peuvent également désigner, cas par cas, comme système un tel accord formel entre deux participants, auxquels peuvent s'ajouter un éventuel organe de règlement, une éventuelle contrepartie centrale, une éventuelle chambre de compensation ou un éventuel participant indirect, dès lors que les États membres considèrent que la désignation d'un tel système est justifiée pour des raisons de risque systématique;

b) «institution»:

— un établissement de crédit tel que défini à l'article 1^{er} premier tiret de la directive 77/780/CEE⁽¹⁾, y compris les établissements énumérés à l'article 2 paragraphe 2 de ladite directive

ou

— une entreprise d'investissement telle que définie à l'article 1^{er} point 2 de la directive 93/22/CEE⁽²⁾, à l'exclusion des établissements énumérés à l'article 2 paragraphe 2 points a) à k) de ladite directive

ou

— un organisme public, ou une entreprise contrôlée opérant sous garantie de l'État

ou

— toute entreprise ayant son siège social hors du territoire de la Communauté et dont les fonctions correspondent à celles des établissements de crédit ou entreprises d'investissement communautaires, définis aux premier et deuxième tirets,

qui participe à un système et qui est chargé d'exécuter les obligations financières résultant d'ordres de transfert émis au sein de ce système.

Si un système est surveillé conformément à la législation nationale et n'exécute que des ordres tels que définis au point i) deuxième tiret ainsi que les paiements résultant de ces ordres, un État membre peut décider que les entreprises qui participent à un tel système et qui sont chargées d'exécuter les obligations financières résultant d'ordres de transfert émis au sein de ce système peuvent être considérées comme des institutions à condition qu'au moins trois participants de ce système entrent dans les catégories visées au premier alinéa et qu'une telle décision soit justifiée pour des raisons de risque systématique;

c) «contrepartie centrale»: une entité qui est l'intermédiaire entre les institutions d'un système et qui agit comme contrepartie exclusive de ces institutions en ce qui concerne leurs ordres de transfert;

⁽¹⁾ Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 322 du 17. 12. 1977, p. 30). Directive modifiée en dernier lieu par la directive 96/13/CE (JO L 66 du 16. 3. 1996, p. 15).

⁽²⁾ Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières (JO L 141 du 11. 6. 1993, p. 27). Directive modifiée en dernier lieu par la directive 97/9/CE (JO L 84 du 26. 3. 1997, p. 22).

- d) «organe de règlement»: une entité qui procure, pour les institutions et/ou une contrepartie centrale participant aux systèmes, des comptes de règlement par lesquels les ordres de transfert dans ces systèmes sont liquidés et, le cas échéant, octroie des crédits à ces institutions et/ou contreparties centrales à des fins de règlement;
- e) «chambre de compensation»: une organisation chargée du calcul de la position nette des institutions, d'une éventuelle contrepartie centrale et/ou d'un éventuel organe de règlement;
- f) «participant»: une institution, une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation.

Conformément aux règles de fonctionnement du système, le même participant peut agir en qualité de contrepartie centrale, de chambre de compensation ou d'organe de règlement ou exécuter tout ou partie de ces tâches.

Un État membre peut décider que, aux fins de la présente directive, un participant indirect peut être considéré comme un participant si cela est justifié à des fins de risque systémique et à condition qu'il soit connu du système;

- g) «participant indirect»: un établissement de crédit tel que défini au point b) premier tiret ayant une relation contractuelle avec une institution participant au système, qui exécute des ordres de transfert tels que définis au point i) premier tiret, qui permet à l'établissement de crédit précité de passer des ordres de transfert par l'intermédiaire du système;
- h) «titres»: tous les instruments visés à la partie B de l'annexe de la directive 93/22/CEE;
- i) «ordre de transfert»:
- une instruction donnée par un participant de mettre à la disposition d'un destinataire une somme d'argent par le biais d'une inscription dans les livres d'un établissement de crédit, d'une banque centrale ou d'un organe de règlement, ou toute instruction qui entraîne la prise en charge ou l'exécution d'une obligation de paiement telle que définie par les règles de fonctionnement du système
 - ou
 - une instruction donnée par un participant de transférer la propriété d'un ou de plusieurs titres ou le droit à un ou à plusieurs titres par le biais d'une inscription dans un registre, ou sous une autre forme;
- j) «procédure d'insolvabilité»: toute mesure collective prévue par la législation d'un État membre, ou d'un pays tiers, aux fins soit de liquider le participant, soit de le réorganiser dès lors que cette mesure implique la suspension ou une limitation des transferts ou des paiements;

- k) «compensation»: la conversion des créances et des obligations résultent d'ordres de transfert qu'un ou plusieurs participants émettent en faveur d'un ou plusieurs autres participants ou reçoivent de ceux-ci en une créance ou en une obligation nette unique, de sorte que seule une créance nette peut être exigée ou une obligation nette peut être due;
- l) «compte de règlement»: un compte auprès d'une banque centrale, d'un organe de règlement ou d'une contrepartie centrale utilisé pour le dépôt de fonds et de titres ainsi que pour le règlement de transactions entre participants d'un système;
- m) «garantie»: tout élément d'actif réalisable fourni dans le cadre d'un nantissement (y compris de l'argent fourni dans le cadre d'un nantissement), d'un accord de pension ou d'un accord analogue, ou d'une autre manière, dans le but de garantir les droits et obligations susceptibles de se présenter dans le cadre d'un système, ou fourni aux banques centrales des États membres ou à la future Banque centrale européenne.

SECTION II

COMPENSATION ET ORDRES DE TRANSFERT

Article 3

1. Les ordres de transfert et la compensation produisent leurs effets en droit et, même en cas de procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant, sont opposables aux tiers à condition que les ordres de transfert aient été introduits dans un système avant le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité telle que définie à l'article 6 paragraphe 1 ou s'ils ont été exécutés le jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à moins que le système n'ait eu connaissance ou n'eût dû avoir connaissance de l'ouverture de cette procédure.
2. Aucune loi, réglementation, disposition ou pratique prévoyant l'annulation des contrats et des transactions conclus avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité telle que définie à l'article 6 paragraphe 1 ne peut conduire à la remise en cause d'une compensation.
3. Le moment où un ordre de transfert est introduit dans un système est défini par les règles de fonctionnement de ce système. Si la législation nationale régissant le système prévoit des conditions relatives au moment de l'introduction, les règles de fonctionnement de ce système doivent être conformes à ces conditions.

Article 4

Les États membres peuvent prévoir que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant n'empêche pas l'utilisation des fonds ou titres disponibles sur le compte de règlement dudit participant pour permettre à celui-ci de s'acquitter de ses obligations dans le système au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En outre, les États membres peuvent aussi prévoir qu'une facilité de crédit dudit participant liée au système est utilisée moyennant une garantie existante et disponible pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations dans le cadre du système.

Article 5

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.

SECTION III

DISPOSITIONS CONCERNANT LA PROCÉDURE
D'INSOLVABILITÉ*Article 6*

1. Aux fins de la présente directive, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est le moment où l'autorité judiciaire ou administrative compétente rend sa décision.
2. Lorsqu'une décision a été prise conformément au paragraphe 1, l'autorité judiciaire ou administrative compétente la notifie immédiatement à l'autorité appropriée désignée par son État membre.
3. L'État membre visé au paragraphe 2 la notifie immédiatement aux autres États membres concernés.

Article 7

Une procédure d'insolvabilité ne peut avoir, sur les droits et obligations d'un participant découlant de la participation de celui-ci à un système ou liés à cette participation, d'effet rétroactif par rapport au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité telle que définie à l'article 6 paragraphe 1.

Article 8

Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un participant à un système, les droits et obliga-

tions découlant de sa participation ou liés à cette participation sont déterminés par la législation applicable audit système.

SECTION IV

PRÉSERVATION DES DROITS DU TITULAIRE DE
GARANTIES CONTRE LES EFFETS DE L'INSOLVABILITÉ
DE LA PARTIE AYANT CONSTITUÉ LES GARANTIES*Article 9*

1. Les droits:
 - d'un participant sur les garanties constituées en sa faveur dans le cadre d'un système

et

 - des banques centrales des États membres ou de la future Banque centrale européenne sur les garanties constituées en leur 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 future Banque centrale européenne qui a constitué les garanties. Celles-ci peuvent être réalisées pour satisfaire ces droits.

2. Lorsque des titres (y compris les droits sur des titres) sont constitués en garantie au bénéfice de participants et/ou de banques centrales des États membres ou de la future Banque centrale européenne, comme il est indiqué au paragraphe 1, et que leur droit (ou celui de tout mandataire, agent ou tiers agissant pour leur compte) relatif aux titres est inscrit légalement dans un registre, un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé situé dans un État membre, la détermination des droits de ces entités en tant que titulaires de la garantie relative à ces titres est régie par la législation de cet État membre.

SECTION V

DISPOSITIONS FINALES

Article 10

Les États membres déterminent les systèmes 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.

Le 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.

Article 11

Afin de protéger les systèmes, chaque État membre peut leur imposer des conditions plus strictes que celles qui sont prévues par la présente directive.

Article 12

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le ...(*). Ils en informent immédiatement la Commission.

2. 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.

3. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. Dans cette communication, les États membres insèrent

une table de correspondance indiquant les dispositions nationales déjà en vigueur ou en cours d'introduction qui correspondent à chacun des articles de la présente directive.

Article 13

Trois ans au plus tard après la date mentionnée à l'article 12 paragraphe 1, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de la présente directive, accompagné, le cas échéant, de propositions de révision.

Article 14

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

Article 15

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à ...

Par le Parlement européen
Le président

Par le Conseil
Le président

(*) Dix-huit mois après la publication de la présente directive au *Journal officiel des Communautés européennes*.