

Réponse de BNP Paribas à la consultation du CESR sur le régime des succursales dans la directive MIF (application de l'article 37 de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 dite MIF)

Le CESR a diffusé le 15 décembre 2006 un document de consultation (réf 06-669). BNP Paribas fait part ci-dessous de ses observations sur le point B) de ce document relatif au régime des succursales dans la directive MIF.

1) BNP Paribas est une des principales entreprises d'investissement et un des principaux établissements bancaires de la Communauté Européenne, actif dans la plupart de ses Etats. Il est aussi à la tête d'un Groupe diversifié, qui exerce ses activités dans d'autres domaines que les activités d'investissement et les activités bancaires, notamment l'assurance, les services de location mobilière et l'immobilier. Il exerce d'importantes activités hors de son pays d'origine, la France, soit directement dans le cadre de la Libre Prestation de Services, soit à travers des succursales, dans le cadre de la Liberté d'Etablissement, qui sont établies sur les principales places financières de la Communauté. BNP Paribas est donc particulièrement concerné par l'objet du point B) de la consultation.

BNP Paribas ne peut qu'adhérer sans réserve au principe de base énoncé par l'article 32 § 1 alinéa 1 de la directive MIF, en vertu duquel il peut fournir des services et exercer des activités d'investissement dans les autres pays de la Communauté librement par l'intermédiaire d'une succursale, à condition qu'il soit agréé à le faire dans son Etat d'origine (la France) et qu'il respecte les formalités prévues par l'article 32 §2 et les obligations réglementaires de son Etat d'origine. L'application de ce principe de base, combinée avec l'harmonisation des réglementations, est dans l'intérêt de BNP Paribas, de ses clients et de ses régulateurs : par la simplification qu'elle apporte (en principe une seule réglementation applicable, un seul régulateur par prestataire de services d'investissement, ceux du pays d'origine), elle diminue les risques opérationnels, favorise la sécurité juridique, assure la convergence avec la règle applicable aux prestations de services bancaires.

2) Toutefois, l'article 32 § 1 alinéa 2 et l'article 32 § 7 prévoient une dérogation au principe de base énoncé ci dessus.

Pour mémoire, l'article 32 § 7 énonce qu'« il incombe à l'autorité compétente de l'Etat membre où se trouve la succursale de veiller à ce que les services fournis par la succursale sur son territoire satisfassent aux obligations prévues aux articles 19,21, 22, 25,27 et 28 et par les mesures arrêtées conformément à ces dispositions ». C'est l'application de ce texte qui se trouve au cœur de la discussion, les obligations énoncées aux articles 19, etc.¹ étant regroupées sous le terme générique de « règles de conduite », par opposition aux « règles d'organisation »².

Sur un plan général, BNP Paribas estime que cette disposition doit être appliquée de manière équilibrée entre les contraintes juridiques et les contraintes opérationnelles :

a) Les contraintes juridiques

Elles sont de deux ordres.

i) L'article 32 § 7

Le texte de l'article 32 § 7 est clair et on ne peut donc s'en démarquer de manière exagérée ni dans un sens ni dans un autre. Ainsi, considérer d'emblée que tous les services rendus par une succursale le sont sur son territoire, non seulement enlèverait toute portée à ce texte mais encore irait à l'encontre de l'objectif de la directive MIF d'améliorer l'harmonisation³ et de favoriser l'alignement entre les règles applicables aux activités d'investissement et celles applicables aux activités bancaires.

ii) La sécurité juridique des opérations :

La conformité réglementaire est un élément important de l'exercice des activités d'investissement : une application contestable de l'article 32 § 7 de la directive conduirait à une fragilisation des opérations réglementées. Elle créerait donc une zone de risque opérationnel. Sur un autre plan, la convergence entre le régime réglementaire et le dispositif contractuel des opérations doit être favorisé.

b) les contraintes opérationnelles

L'application littérale de l'article 32 § 7 se traduirait par l'obligation pour la succursale d'appliquer deux jeux de règles de conduite et de « rapporter » à deux régulateurs, selon que les services fournis par la succursale le sont sur son territoire ou hors de son territoire. Cette obligation constitue incontestablement une contrainte et une zone de risque opérationnel, sur lesquelles se sont focalisés nombre d'intervenants dans la discussion. BNP Paribas estime que sur ce point le débat doit être approfondi.

En effet, pour une entreprise d'investissement de premier rang comme BNP Paribas, les services d'investissement fournis par ses succursales de la Communauté sur leur territoire ne représentent qu'une part très minoritaire des services d'investissement fournis dans le territoire d'origine (la France

¹ Art. 19 : « règles de conduite pour la fourniture de services d'investissement à des clients », art. 21 « obligation d'exécuter les ordres aux conditions les plus favorables pour le client », art.22 : règles de traitement des ordres des clients », art. 25 « obligation de préserver l'intégrité des marchés, de déclarer les transactions conclues et d'en conserver un enregistrement », art 27 : « obligation pour les entreprises d'investissement de rendre publics leurs prix fermes », art. 28 « transparence assurée par les entreprises d'investissement après la négociation ».

² Il s'agit donc des autres obligations prévues par la directive MIF, telles que celles en matière d'agrément, de conflits d'intérêts, etc.

³ En effet, les services d'investissement rendus à un client dans un pays X seraient alors soumis à des règles de conduites différentes selon qu'ils seraient fournis par la maison mère établie dans un pays Y, en LPS, ou par une succursale établie dans un pays Z, une succursale établie dans un pays Z', etc. Ceci serait une régression vers le régime de la DSI, que la directive MIF a entendu simplifier radicalement.

dans le cas de BNP Paribas), dans d'autres pays de la Communauté en libre prestation de services, ou par les succursales hors de leur territoire d'implantation, services tous soumis au règles du pays d'origine. Chercher à augmenter le domaine d'application des règles du pays d'établissement des succursales serait donc probablement contre productif en termes d'harmonisation, de sécurité juridique et de maîtrise des risques opérationnel.

Par ailleurs, on ne doit pas perdre de vue que pour une part très importante, les services d'investissement, d'une part s'étalent sur une durée longue qui peut atteindre plusieurs années, d'autre part peuvent mettre en jeu plusieurs entités du même prestataire de services d'investissement. Tel est le cas notamment des opérations en contrepartie comme les opérations OTC qui pourraient entrer dans le champ d'application de l'article 32 § 7. Pour ces dernières, si la commercialisation est faite par les succursales, la contrepartie des clients est l'entreprise d'investissement elle-même (et non la succursale) qui engage son bilan et son rating. Cet engagement est l'élément essentiel du service rendu. En conséquence, le lieu où ce service est rendu est le lieu où cet engagement est acté, c'est-à-dire le lieu de son inscription en compte dans les livres de l'entreprise d'investissement (lieu de « booking »). Cette description est d'ailleurs parfaitement en ligne avec les dispositions des contrats standard et, comme on l'a déjà dit, il est important que les régimes juridiques des opérations du point de vue contractuel et du point de réglementaire, soient alignés au mieux pour assurer la meilleure sécurité d'ensemble.

Ainsi des opérations qui à première vue seraient faites sur le territoire de la succursale, s'avèrent après une analyse plus approfondie, faites en dehors de son territoire et soumises très normalement aux règles du pays d'origine.

3) L'application de l'article 32 § 7 implique une règle de détermination du lieu où les services sont fournis par la succursale.

Le lieu d'implantation de la succursale et le lieu d'implantation du vendeur⁴ ne sont pas des critères satisfaisants. En effet l'utilisation de l'un ou l'autre aurait pour conséquence que tous les services rendus par la succursale seraient réputés fournis sur son territoire, ce qui viderait le principe de base énoncé par l'article 32 § 1 de toute portée.

La nationalité ne serait pas un critère pertinent, dans un environnement de libre circulation des personnes et des capitaux, et alors que l'article 32 § 7 s'appuie clairement sur un critère d'ordre géographique.

Les critères les plus pertinents paraissent être le lieu d'établissement du client ou le lieu de la transaction, que l'on peut combiner pour optimiser la réalisation des objectifs de la directive, ce qui garantirait encore mieux la sécurité juridique. Ainsi, on pourrait considérer que les opérations réalisées par une succursale avec des clients établis sur son territoire, seraient soumises aux « règles de conduite » locales, ce qui répondrait bien aux objectifs de l'article 32 § 7. Quant aux opérations réalisées avec d'autres clients, on pourrait appliquer le critère du lieu de la transaction. Son application ne pose pas de grandes difficultés quand il s'agit d'opérations intervenant sur un marché réglementé. En ce qui concerne les opérations hors marché réglementé, ce lieu est normalement fixé par la documentation juridique, souvent au lieu d'établissement du prestataire de services d'investissement. Tel est le cas notamment de celles des opérations OTC qui pourraient entrer dans le champ d'application de l'article 32 § 7, évoquées ci dessus.

4) Sur un autre plan, il va de soi que BNP Paribas est très réservé face à toute idée de double application⁵ d'une ou plusieurs des « règles de conduite » à une même opération. Tel est le cas notamment des obligations déclaratives (« reporting ») qui y sont attachées. La déclaration d'une

⁴ Rappelons qu'une succursale ne peut être considérée comme agissant en LPS en dehors de son territoire et à fortiori agir en liberté d'établissement (succursale de succursale).

⁵ C'est-à-dire d'application cumulée des règles du pays d'origine et du pays d'accueil.

opération ou d'une information à la fois au régulateur du pays d'origine et à celui du pays d'implantation de la succursale serait non seulement contraire aux principes d'harmonisation de la directive MIF, mais encore serait la source de risques opérationnels dans l'administration de la réglementation et de coûts injustifiés pour les entreprises d'investissement. BNP Paribas estime que dans ce domaine il faut s'en tenir à l'application des dispositions de l'article 32 § 7 et à l'analyse développée ci-dessus (« reporting » au seul lieu du « booking » dans le cas des opérations OTC)

5) Aux observations d'ensemble sur la partie B) du document de consultation formulées ci dessus, BNP Paribas ajoute les commentaires suivants se rapportant directement aux questions posées.

Questions 5 à 7 : BNP Paribas adhère à l'objectif d'établir des règles claires, simples d'application et faisant l'objet d'une adhésion totale des différents acteurs, entreprises et régulateurs notamment. Comme il l'a déjà évoqué ci-dessus, doit aussi être prise en compte la nécessité de maintenir à un haut niveau la sécurité juridique des opérations, ce qui peut limiter les effets du pragmatisme dans la recherche de solutions.

Questions 8 et 9: BNP Paribas est réservé sur les propositions formulées au §48-d) et e), au §49 b) et c) et au §55.

En ce qui concerne le §48-d) selon lequel l'entreprise pourrait avoir à produire une information en matière d'organisation à la fois au régulateur du pays d'origine et à celui du pays d'accueil de la succursale, BNP Paribas réitère son opposition de principe au double reporting , qui ne saurait donc qu'être exceptionnel et incontournable. En ce qui concerne le §48-e), selon lequel le régulateur du pays d'origine pourrait déléguer ou externaliser auprès du régulateur du pays d'accueil la supervision dans certaines matières organisationnelles, BNP Paribas considère qu'une telle pratique pourrait être la source d'un risque substantiel de mauvaise application de la réglementation, de nature opérationnelle. Prendre ce risque serait d'ailleurs paradoxal, alors que l'une des nouveautés de la directive MIF est d'encadrer strictement l'externalisation.

En ce qui concerne le §49-b) (et le §55 ou la même idée est reprise) , selon lequel le régulateur du pays d'origine pourrait déléguer ou externaliser auprès du régulateur du pays d'accueil la supervision en matière de « règle de conduites » applicables à l'ensemble des opérations de la succursale, y compris donc celle effectuées hors du pays d'accueil, BNP Paribas ne peut que réitérer la réserve exprimée au sujet du §48-e), c'est-à-dire qu'une telle délégation pourrait créer un risque opérationnel substantiel de mauvaise application des « règles de conduite », au préjudice direct des clients. Au surplus, une telle délégation ou externalisation dénaturerait largement l'application des articles 32 § 1 et 32 § 7.

En ce qui concerne le §49-c), qui évoque l'éventualité d'une supervision conjointe du régulateur du pays d'origine et de celui du pays d'accueil, il paraît en opposition avec l'objectif de base de la directive MIF qui est un régulateur unique. En revanche, il va de soi qu'une bonne coordination entre les régulateurs est une nécessité essentielle.