

FSMA_2019_17 du 5/08/2019

Application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID II : mise en œuvre par la FSMA

Champ d'application:

Les orientations visées dans le présent document s'adressent aux entreprises suivantes (ci-après, les entreprises réglementées) :

- les établissements de crédit de droit belge lorsqu'ils fournissent des services et activités d'investissement [*];
- les entreprises d'investissement de droit belge ;
- les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières de droit belge lorsqu'elles fournissent des services au titre de l'article 6, §3, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (refonte) (ci-après, directive OPCVM) et,
- les gestionnaires externes de fonds d'investissement alternatifs de droit belge lorsqu'ils fournissent des services au titre de l'article 6, §4, de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 (ci-après, directive AIFM).

Ces orientations s'adressent également aux entreprises réglementées suivantes :

- les succursales établies en Belgique des entreprises d'investissement et des établissements de crédit lorsqu'ils fournissent des services d'investissement, qui relèvent du droit d'un Etat non membre de l'EEE ;
- les succursales établies en Belgique d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement qui relèvent du droit d'un autre Etat membre de l'EEE, pour ce qui est de leurs services et activités d'investissement fournis sur le territoire belge ;
- les succursales établies en Belgique de sociétés de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières étrangères lorsqu'elles fournissent des services au titre de l'article 6, §3, de la directive OPCVM sur le territoire belge ;
- les succursales établies en Belgique de gestionnaires externes de fonds d'investissement alternatifs étrangers lorsqu'elles fournissent des services au titre de l'article 6, §4, de la directive AIFM sur le territoire belge ;
- les entreprises d'investissement et les établissements de crédit qui relèvent du droit d'un autre

[*] Les services et activités d'investissement visés sont ceux énumérés dans la section A de l'annexe I de la Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte) et les services auxiliaires énumérés dans sa section B.

- Etat membre de l'EEE et qui prestent des services d'investissement ou exercent des activités d'investissement en Belgique sous le régime de la libre prestation de services ;
- les entreprises d'investissement qui relèvent du droit d'Etats non membres de l'EEE et qui sont légalement autorisées à fournir des services d'investissement en Belgique, pour ce qui est de leurs transactions effectuées sur le territoire belge.

Résumé/Objectifs:

Le présent document concerne les orientations émises par l'Autorité européenne des marchés financiers (ci-après, l'ESMA) relatives à l'application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID - orientations concernant la définition des contrats dérivés liés à des matières premières.

Madame,

Monsieur,

En vertu de l'article 16 du règlement de l'ESMA¹, l'ESMA peut émettre des orientations à l'attention des autorités compétentes ou des acteurs des marchés financiers afin d'établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives au sein du système européen de surveillance financière et d'assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union européenne.

D'après le paragraphe 3 de l'article 16 du règlement précité, « *les autorités compétentes et les acteurs des marchés financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations (...)» et « dans un délai de deux mois suivant l'émission d'une orientation (...), chaque autorité compétente indique si elle respecte ou entend respecter cette orientation (...). Si une autorité compétente ne la respecte pas ou n'entend pas la respecter, elle en informe l'Autorité en motivant sa décision ».*

C'est dans ce contexte que l'ESMA a émis, le 5 juin 2019, des « Orientations concernant l'application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID II »². Ces orientations viennent modifier et compléter les orientations ESMA/2015/1341 du 20 octobre 2015, également intitulées « Orientations concernant l'application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID II »³. Deux points principaux sont modifiés :

- Elles excluent de l'application du point 6 les produits énergétiques de gros négociés sur un système organisé de négociation (« OTF ») qui doivent être réglés par livraison physique.

¹ Règlement (UE) No 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance.

² Orientations de l'ESMA concernant l'application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID II, ESMA-70-156-869, 5 juin 2019. Le délai de deux mois dont question à l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 16 du règlement de l'ESMA a commencé à courir le 5 juin 2019, date de la publication de ces orientations dans les différentes langues de l'Union européenne, et prend fin le 5 août 2019.

³ Orientation de l'ESMA concernant l'application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID, ESMA/2015/1341, 20 octobre 2015.

- Elles modifient le référencement pour inclure les nouveaux textes européens, et renvoient directement vers la directive MiFID II plutôt qu'aux dispositions de la directive MiFID.

Ces orientations sont basées sur la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (ci-après, la directive MiFID II) et sur le règlement délégué (UE) 2017/565 de la Commission du 25 avril 2016 complétant la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de la directive (ci-après, le règlement délégué MiFID).

Elles s'appliqueront, à compter du 5 août 2019, à toutes les entreprises réglementées concernées, en Belgique, par l'application de la Directive MiFID II, à savoir les entreprises d'investissement (au sens de l'article 4, §1, 1), de la directive MiFID II), aux établissements de crédit (au sens de l'article 4, §1, 27), de la directive MiFID II) lorsqu'ils fournissent des services et activités d'investissement, ainsi qu'aux sociétés de gestion d'OPCVM et aux gestionnaires externes de fonds d'investissement alternatifs lorsqu'ils fournissent des services d'investissement de gestion individuelle de portefeuille ou des services auxiliaires (au sens, respectivement, de l'article 6, § 3, points a) et b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières et de l'article 6, §4, a) et b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010. Elles s'appliquent également aux autorités compétentes pour la surveillance de ces entreprises.

Ces orientations explicitent la portée des points 6 et 7 de la Section C de l'Annexe I de la directive MiFID II, comme prévu par l'article 4, § 1^{er}, 2), qui précisent que constituent des instruments financiers, notamment les :

«6. Contrats d'option, contrats à terme, contrats d'échange et tout autre contrat dérivé relatif à des matières premières qui peuvent être réglés par livraison physique, à condition qu'ils soient négociés sur un marché réglementé, un MTF ou un OTF, à l'exception des produits énergétiques de gros qui sont négociés sur un OTF et qui doivent être réglés par livraison physique.

7. Contrats d'option, contrats à terme ferme («futures»), contrats d'échange, contrats à terme ferme («forwards») et tous autres contrats dérivés relatifs à des matières premières qui peuvent être réglés par livraison physique, non mentionnés par ailleurs au point 6 de la présente section, et non destinés à des fins commerciales, qui présentent les caractéristiques d'autres instruments financiers dérivés.».

Dans le cadre de MiFID II, par « services et activités d'investissement », il convient d'entendre « toute service et toute activité répertoriées à la section A de l'annexe I et portant sur tout instrument visé à la section C de l'annexe I »⁴. Les orientations viennent donc préciser deux catégories d'instruments

⁴ Article 4, §1, 2), MiFID II.

financiers prévus dans la section C de l'annexe I, à savoir les contrats dérivés relatifs à des matières premières.

Concrètement, ces orientations couvrent les points suivants :

- La méthode d'application des définitions des points 6 et 7 de manière générale, précisant par exemple que la définition du point 6 est de large application ;
- L'identification des contrats qui sont visés par le point 7, avec des observations particulières sur le caractère commercial de l'activité ;
- Les méthodes de livraison visées par l'expression « réglés par livraison physique » ;
- Les conditions découlant du règlement délégué MiFID II sont précisées, notamment l'importance de leur application cumulative.

En clarifiant les définitions de la section C de l'annexe I, ces orientations visent à établir une approche cohérente et appropriée pour la supervision des entreprises concernées et à contribuer dès lors également au renforcement de la protection des investisseurs dans tous les Etats membres.

La FSMA est d'avis que ces orientations permettront d'apporter des précisions utiles et d'identifier les contrats qui sont concernés par les points 6 et 7 de la section C de l'annexe I, et intégrera ces orientations dans son dispositif de contrôle.

* * *

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

Le Président,

JEAN-PAUL SERVAIS

[Annexe : FSMA_2019_17-01 / Orientations de l'ESMA concernant l'application des points 6 et 7 de la section C de l'annexe I de la directive MiFID II \(ESMA-70-156-869\)](#)