BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

EUROSYSTÈME

AVIS DE LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

du 5 décembre 2013

sur les moyens et systèmes de paiement

(CON/2013/84)

Introduction et fondement juridique

Le 24 octobre 2013, la Banque centrale européenne (BCE) a reçu une demande de consultation de la part du ministère français de l'Économie et des Finances portant sur un projet de dispositions modifiant le code monétaire et financier (COMOFI) relatives aux moyens et systèmes de paiement (ci-après « le projet de dispositions »).

La BCE a compétence pour émettre un avis en vertu de l'article 127, paragraphe 4, et de l'article 282, paragraphe 5, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 2, paragraphe 1, deuxième, troisième et cinquième tirets, de la décision 98/415/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation[1], étant donné que le projet de dispositions a trait aux moyens de paiement, à la Banque de France et aux systèmes de paiement. 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.

1. Objet du projet de dispositions

1.1 Le projet de dispositions a pour objectif principal de permettre à la Banque de France de recourir, aux fins des contrôles nécessaires à l'exécution de certaines de ses missions, à des tiers, à savoir, des corps de contrôle extérieurs, des commissaires aux comptes, des experts inscrits sur une liste d'experts judiciaires ou des personnes ou autorités compétentes, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État. Ces tiers peuvent recevoir une rémunération de la Banque de France.

1.2 En premier lieu, une disposition sera insérée à l'article L.141-4 du COMOFI afférente à la mission de la Banque de France en matière de surveillance des systèmes de paiement, et à sa mission de veiller à la sécurité des chambres de compensation, des moyens de paiement, des systèmes de compensation, de règlement et de livraison des instruments financiers. Ces missions sont visées dans le COMOFI comme étant des missions effectuées dans le cadre du Système européen de banques centrales (SEBC).

1.3 En second lieu, une disposition similaire sera insérée à l'article L.525-4 du COMOFI, qui a trait aux titres spéciaux de paiement dématérialisés dont l'usage est exclusivement destiné à

1 JO L 189 du 3.7.1998, p. 42.

l'acquisition d'un nombre limité de catégories de biens ou de services déterminées ou à une utilisation dans un réseau limité, et qui ne sont pas considérés comme de la monnaie électronique. La Banque de France assure la sécurité de ces titres spéciaux de paiement dématérialisés.

2. Observations d'ordre général

2.1 *Fondement juridique de la fonction de surveillance de l'Eurosystème concernant les systèmes de compensation et de paiement*

2.1.1 En vertu de l'article 127, paragraphe 2, quatrième tiret, du traité, de l'article 3.1, quatrième tiret, et de l'article 22 des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne (ci-après les « statuts du SEBC »), l'Eurosystème a pour mission fondamentale de promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement et est responsable de la surveillance des systèmes de compensation et de paiement. Cette surveillance a pour objectif la stabilité systémique, la promotion de l'efficacité et la protection du mécanisme de transmission de la politique monétaire.

2.1.2 En général, au sein de l'Eurosystème, les activités de surveillance sont exercées par les banques centrales nationales (BCN), conformément à la politique commune de surveillance définie par le conseil des gouverneurs. Celle-ci interdit aux entités de l'Union ou nationales autres que les banques centrales agissant dans le cadre de l'Eurosystème d'interférer avec le rôle de l'Eurosystème en matière de surveillance.

2.2 *Limites et conditions du recours à des tiers pour certaines activités liées aux missions de l'Eurosystème*

2.2.1 Ainsi qu'il a été relevé dans des avis précédents de la BCE[2], celle-ci insiste sur le principe général selon lequel les missions attribuées à l'Eurosystème par le traité et les statuts du SEBC doivent être exclusivement remplies par la BCE et les BCN. Ce sont les BCN qui sont responsables de l'exécution des obligations résultant du traité et des statuts du SEBC ou des orientations et instructions émises par la BCE. Par conséquent, les États membres ne peuvent pas conférer à leurs BCN le droit de déléguer à des tiers les compétences relevant des missions de l'Eurosystème. Une entité autre qu'une BCN, quand bien même elle serait entièrement contrôlée par la BCN, ne saurait se voir attribuer que l'exercice d'activités accessoires et préparatoires liées aux missions des BCN dans le cadre de l'Eurosystème, la BCN devant conserver la responsabilité juridique de la mise en œuvre des instruments juridiques de la BCE[3].

2.2.2 Les missions qui ont été conférées par le traité et les statuts du SEBC aux banques centrales de l'Eurosystème et qui requièrent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, notamment la prise de décisions politiques de l'Eurosystème et l'exercice de l'autorité publique, ne peuvent pas être déléguées. En outre, les activités qui sont directement liées à l'exécution des missions

2 Voir les avis CON/98/12, CON/98/35 et CON/99/20. Tous les avis de la BCE sont publiés sur le site internet de la BCE à l'adresse suivante : www.ecb.europa.eu.

3 Voir la note de bas de page 1.

fondamentales, de même que toute fonction critique liée aux missions de l'Eurosystème, ne peuvent pas être déléguées.

2.2.3 Une BCN pourrait avoir recours à des tiers pour l'exercice d'activités qui offrent une marge de discrétion limitée, à la condition que les activités revêtent un caractère accessoire et préparatoire, que l'évaluation de tout élément discrétionnaire demeure du ressort de la BCN qui a recours à ces tiers, et qu'un certain nombre de conditions supplémentaires soient remplies.

2.2.4 Les critères clés, élaborés à partir des principes du droit de l'Union, de la jurisprudence des juridictions européennes et des avis précédents de la BCE, pour déterminer si des activités revêtent un caractère accessoire et préparatoire peuvent être confiées par une BNC à des tiers, sont les suivants : a) les activités confiées à des tiers doivent avoir trait à la mise en œuvre pure et simple de missions publiques, de manière telle qu'elles revêtent un caractère accessoire et préparatoire, et qu'elles ne confèrent aucun pouvoir de décision (pouvoir discrétionnaire) au tiers ou prestataire de services externe ; b) la BCN demeure juridiquement responsable de la mission publique ; c) le recours d'une BCN à des tiers pour l'exercice d'activités ne doit pas compromettre l'application des instruments juridiques ou politiques pertinentes de la BCE et le tiers ou prestataire de service externe doit mettre en œuvre des instruments juridiques et politiques équivalents à ceux auxquels la BCN doit se conformer ; d) la possibilité de confier de telles activités à des tiers doit être prévue par la loi, ou à tout le moins, ne peut être spécifiquement interdite par la loi ; e) le recours à des tiers pour l'exercice d'activités ne doit pas empêcher l'exercice des fonctions de supervision et de surveillance par les BCN à l'égard de ces activités et ne doit pas aboutir à priver la BCN des systèmes et des contrôles nécessaires à la gestion des risques auxquels elle fait face ; f) la BCN doit avoir un accès direct aux informations pertinentes relatives à ces activités ; g) la BCN doit évaluer la qualité des services fournis et conserver l'expertise et les ressources nécessaires à cette fin ; h) la BCN doit avoir pris les mesures appropriées pour la gestion et la prévention des conflits d'intérêts afférents à la BCN et au tiers auquel l'activité a été confiée ; i) la BCN doit prendre les mesures appropriées afin d'assurer que le tiers ou le prestataire de services externe se conforme au régime de confidentialité applicable, notamment les règles de confidentialité et les normes minimales du SEBC, et le prestataire de services doit protéger toute information confidentielle relative à la BCN.

3. Remarques particulières

3.1 Le projet de dispositions fait référence à un décret en Conseil d'État qui a pour objet de préciser les conditions du recours à des tiers par la Banque de France. À cet égard, il convient d'opérer une distinction entre la disposition devant être introduite à l'article L.141-4 du COMOFI et celle qui doit être insérée à l'article L.525-4 du COMOFI.

3.2 S'agissant de la disposition devant être introduite à l'article L.141-4 du COMOFI, il ne ressort pas clairement quelles activités peuvent être confiées par la Banque de France à des tiers ni si celle-ci demeure responsable de la mission en question. Étant donné que les missions conférées à la Banque de France à l'article L.141-4 du COMOFI sont des missions de l'Eurosystème, si la Banque de

France a recours à des tiers dans ce cadre, il convient que ce recours se limite aux activités revêtant un caractère accessoire et préparatoire qui satisfont à toutes les conditions ci-dessus énumérées.

3.3 Les titres spéciaux de paiement dématérialisés, dont la Banque de France assure la surveillance aux termes de l'article L.525-4 du COMOFI, ne sont pas considérés entrer dans le cadre des missions de l'Eurosystème. En conséquence, le recours à des tiers pour des activités liées aux titres spéciaux de paiement dématérialisés est soumis aux conditions prévues par le droit français.

Le présent avis sera publié sur le site internet de la BCE.

Fait à Francfort-sur-le-Main, le 5 décembre 2013.

[signé]

Le président de la BCE

Mario DRAGHI