

**UNIVERSITE GALATASARAY
INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES
DEPARTEMENT DE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE**

**LE SYSTEME DU CONTRÔLE DES SERVICES FINANCIERS
DANS L'UNION EUROPEENNE**

THESE DE MASTER RECHERCHE

Hüseyin ARSLAN

Directeur de Recherche: Prof. Dr. Ercüment TEZCAN

SEPTEMBRE 2009

AVANT-PROPOS

J'exprime mes remerciements les plus sincères à Monsieur le Professeur Ercüment TEZCAN, pour m'avoir donné l'occasion de suivre cette étude de droit de l'Union européenne. Je tiens aussi exprimer mes reconnaissance envers mes professeurs à l'Université Galatasaray.

Enfin, une pensée revient à tous ceux qui m'ont aidé tout au long de ce travail, notamment pour ses contributions et son support très estimé, à mon épouse, Çiğdem SOYSAL ARSLAN, grâce à qui tous les obstacles ont pu être affranchis.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS.....	II
TABLE DES MATIERES	III
ABBREVIATIONS	V
RESUME.....	VI
ABSTRACT	XII
ÖZET.....	XVIII
INTRODUCTION	1

Première Partie

CADRE GENERAL POUR LE CONTROLE GLOBAL

A. Le système prévu par le droit primaire et dérivé.....	6
1. Les libertés prévus par le Traité	6
a. La liberté d'établissement et de prestation des services.....	7
b. Libre circulation des capitaux	9
2. Les principes du système du contrôle	11
a. L'octroi d'un agrément unique.....	11
b. Le principe du contrôle prudentiel par l'état membre d'origine.....	12
3. Contrôle appropriée au niveau d'un groupe.....	14
4. La législation « Anti-Blanchiment ».....	18
B. La structure institutionnelle européenne du contrôle prudentielle et la réglementation financière.....	22
1. Le processus Lamfalussy	24
2. Les comités des contrôleurs de Lamfalussy de niveau 3	27
a. Le Comité européen des contrôleurs bancaires	29
b. Le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles	30
c. Le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières	32
3. Nouveau cadre européen pour la surveillance financière.	33

Deuxième Partie
SYSTEME DU CONTROLE SECTEURIEL

A. Les banques	37
1. Le cadre général des normes Bâle II.....	38
a. Pilier I.....	39
b. Pilier II.....	42
c. Pilier III.....	44
2. Les Directives adoptées par l'Union européenne	45
a. Les dispositions générales des directives sur le système du contrôle.....	45
a. Les dispositions techniques des directives sur le système du contrôle.....	47
B. Les assurances	52
1. Les Directives.....	53
a. La directive sur les sociétés d'assurance vie	55
b. Les directives sur les sociétés d'assurance non-vie	59
2. Solvabilité II.....	62
C. Les valeurs mobilières	66
1. La directive concernant les marchés d'instruments financiers	67
2. Les abus de marché.....	69
3. Directive sur les prospectus	71
CONCLUSION	73
BIBLIOGRAPHIE.....	75
BIOGRAPHIE	79

ABBREVIATIONS

ABE	: Autorité bancaire européenne
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles
AEVM	Autorité européenne des valeurs mobilières
BCE	: Banque centrale européenne
c.	: contre
CE	: Communauté européenne
CECAPP	: Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles
CECB	: Comité européen des contrôleurs bancaires
CERS	: Conseil européen des risques systémiques
CERVVM	: Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
EEE	: Espace européen économique
GAFI	: Groupe d'Action financière
JOCE	: Journal officiel des communautés européennes
MiFID	: Markets in Financial Instruments Directive
OPCVM	: Organisme de placement collectif en valeurs mobilières
p.	: page
par.	: paragraphe
PASF	: Plan d'action pour services financiers
SEBC	: Système européen de banques centrales
SESF	: Système européen de surveillance financière
UE	: Union européenne

RESUME

Le système du contrôle des services financiers dans l'Union européenne

La construction européenne est constituée d'une zone de libre échange, d'une union douanière, mais aussi de nombreuses règles communes contraignantes qui ont une très forte fonction intégratrice comme : « la libre circulation et la libre concurrence ». Les marchés financiers sont d'une importance cruciale dans le bon fonctionnement des économies modernes. L'existence d'un marché financier européen unique, s'accompagne d'une réglementation et d'une surveillance prudentielle efficace. La législation prudentielle fait l'objet de révisions continues, une surveillance rigoureuse et une transparence efficace sont importantes pour protéger l'instabilité et le bien-être du marché financier.

L'intégration des services financiers au niveau communautaire concerne trois chapitres successifs du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) : la liberté d'établissement (les articles 43 – 48), la liberté de prestation des services (les articles 49 – 55) et la libre circulation des capitaux (les articles 56 – 60) qui sont dans la troisième partie intitulée « les politiques de la Communauté ».

Les règles communautaires sur le système du contrôle des services financiers se fondent sur deux principes qui se complètent l'un à l'autre. Le premier principe est l'octroi d'un agrément unique, selon laquelle une société financière devrait obtenir un agrément unique dans l'Etat membre où son siège social est situé et cet agrément serait valable pour elle d'accéder aux activités concernées dans toute la Communauté. Le deuxième principe, c'est le contrôle par les autorités de l'Etat d'origine qui impose que les autorités compétentes de l'Etat d'origine, où se trouve le siège central de l'entreprise concernée, sont responsables de la surveillance financière et prudentielle de l'établissement de crédit, de la compagnie d'assurance, de l'établissement d'investissement et de leurs diverses succursales.

Avant de l'explication du système du contrôle pour les secteurs financiers, il faut analyser deux réglementations qui concernent le contrôle de ces entreprises. La première de celles-ci concerne des établissements qui font partie d'un groupe, car une prudence particulière s'impose, lorsqu'un établissement s'expose à un risque sur sa propre entreprise mère, ou sur d'autres filiales de cette entreprise mère. Ces règles disposent les exigences minimales de fonds propres sur la base de la situation financière consolidée du groupe et la collaboration entre les autorités responsables de la surveillance des différents secteurs financiers.

La deuxième réglementation est celle sur le blanchiment d'argent qui veut dire l'activité qui consiste à transformer (ou de laver) l'argent, les biens ou toute valeur économique provenant des activités illicites et sur le financement du terrorisme. Ce sujet s'inscrit souvent dans un contexte international et les mesures adoptées par la Communauté, donc, devraient être compatibles avec toute autre action engagées dans

les organisations internationales. De même, la Commission européenne est membre du GAFI (Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux) qui est le principal organisme international et participe pleinement à des organisations internationales.

Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme est mise en vigueur en tenant compte de recommandations du GAFI.

De plus, il y existe deux règlements en ce qui concerne le blanchiment de l'argent. Le premier règlement, qui est entré en vigueur le 15 décembre 2005 détermine les mesures, au niveau communautaire, visant à contrôler les mouvements d'argent liquide à l'entrée ou la sortie de l'Union. Le deuxième règlement no 1781/2006 relative aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds, fixe des règles relatives à la transmission par les prestataires de services de paiement des renseignements sur le donneur d'ordre tout au long de la chaîne des paiements, aux fins de prévention d'enquête et de détection des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

Concernant les travaux pour la préparation d'une législation sur les services financiers un processus particulier est prévu. Ce processus nommé après Alexandre Lamfalussy, le président du Comité des sages, a pour but d'assurer un dialogue permanent et transparent entre le législateur et les acteurs du marché, notamment par le biais de consultations publiques à chaque niveau de la procédure. Le comité des sages avait publié un rapport final sur valeurs mobilières dans lequel ce processus a été défini. L'objectif de ce processus est de permettre d'élaborer des textes plus adaptés au terrain et plus harmonisés. Dans la procédure les textes sont préparés après la consultation des acteurs concernés et elle prévoit davantage de coopération entre les régulateurs des différents Etats membres. Cette approche réglementaire à quatre niveaux fonctionne comme suit.

Le niveau I est constitué d'actes législatifs, à savoir des directives ou des règlements, proposés par la Commission après consultation de toutes les parties intéressées et adoptés en codécision par le Parlement européen et le Conseil conformément au traité CE. Lors de l'adoption de chacun de ces actes, directives ou règlements, le Conseil et le Parlement décident, sur la base d'une proposition de la Commission, de la nature et de la portée des mesures techniques d'exécution à arrêter au niveau 2.

Au niveau 2, le Comité européen des valeurs mobilières et un comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières sont créés. Les comités de réglementation, assistent la Commission dans l'adoption de ces mesures d'exécution. Ces mesures garantiront que les dispositions législatives de caractère technique restent en phase avec l'évolution des marchés.

Les mesures de niveau 3 ont pour objectif d'améliorer la mise en œuvre des actes de niveaux 1 et 2 dans les États membres, qui doivent devenir commune et uniforme afin de garantir une transposition efficace et équivalente des textes législatifs. Le Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières

VIII

exercera une responsabilité particulière dans ce domaine avec des normes communes d'application.

Au niveau 4, la Commission fait appliquer la législation communautaire de manière plus rigoureuse, notamment grâce à un contrôle accru et à une action plus vigoureuse de la Commission, action sous-tendue par une coopération renforcée entre les États membres, leurs autorités de régulation et le secteur privé.

Actuellement, trois comités existent au niveau de l'UE dans le secteur des services financiers, dotés de pouvoirs consultatifs. Le Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB) est composé de hauts représentants des autorités publiques des États membres compétentes dans le domaine du contrôle prudentiel des établissements de crédit, de hauts représentants des banques centrales nationales investies d'une responsabilité opérationnelle spécifique dans le contrôle individuel des établissements de crédit parallèlement à une autorité de contrôle compétente et des hauts représentants des banques centrales qui ne participent pas directement au contrôle individuel des établissements de crédit, y compris la Banque centrale européenne. Le CECB améliore la coopération entre les autorités de surveillance nationales dans le domaine bancaire et favorise la convergence des pratiques et des approches prudentielles des États membres dans l'ensemble de la Communauté.

Le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP) est composé de hauts représentants des autorités publiques nationales compétentes en matière de contrôle des assurances, de la réassurance et des pensions professionnelles. Le CECAPP améliore la coopération entre les autorités de surveillance nationales dans le domaine de l'assurance, de la réassurance et des pensions professionnelles et favorisera la convergence des pratiques et des approches prudentielles des États membres dans l'ensemble de la Communauté.

Enfin le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM) est composé de hauts représentants des autorités publiques des États membres compétentes dans le domaine des valeurs mobilières, y compris les OPCVM et la Commission est représentée aux réunions du comité; elle désigne un haut représentant, qui participe à ses débats. Le comité améliore la coopération entre les autorités de surveillance nationales dans le domaine des valeurs mobilières et favorise la convergence des pratiques et des approches prudentielles des États membres.

Ceux-ci sont souvent appelés « comités Lamfalussy de niveau 3 » en raison du rôle qu'ils jouent dans le cadre institutionnel européen dans le domaine des services financiers. Ils ont été créés à la suite du rapport des sages.

La Commission, dans sa communication récente, propose d'améliorer le cadre européen pour la surveillance financière et qu'il soit composé de deux nouveaux piliers. Premièrement un Conseil européen du risque systémique (CERS) sera institué et il sera chargé de surveiller et d'analyser les risques que les évolutions macroéconomiques et du système financier dans son ensemble font peser sur la stabilité du système financier. Il sera composé de gouverneurs des 27 banques centrales nationales, les présidents des trois autorités européennes de surveillance, le

vice-président de la BCE, un membre de la Commission européenne et le président de la BCE qui sera le président du Comité.

Deuxièmement, un système européen de surveillance financière (SESF), constituera d'un réseau étroit d'autorités nationales de surveillance financière travaillant en interaction avec les nouvelles autorités européennes de surveillance afin de veiller à la solidité financière des établissements financiers eux-mêmes et de protéger les utilisateurs de services financiers. Les trois comités de surveillance actuels seront remplacés par trois nouvelles autorités européennes de surveillance, à savoir une Autorité bancaire européenne (ABE), une Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) et une Autorité européenne des valeurs mobilières (AEVM), possédant chacune la personnalité juridique.

Il faut examiner le système du contrôle sous trois grands secteurs : les banques, sociétés d'assurance et le commerce de valeur mobilière. En effet, il est nécessaire de souligner le rôle de ces trois secteurs en raison de leur caractère parallèle qu'elles occupent mais aussi les réglementations techniques particularisées dans la législation communautaire.

Les banques sont ou peuvent être exposés plusieurs risques. Par conséquent, ils devraient disposer d'un capital interne adéquat en termes de quantité, de qualité et de répartition et ils devraient mettre en place des stratégies et des processus leur permettant d'apprécier et de préserver l'adéquation de leur capital interne. Les exigences minimales de fonds propres devraient être proportionnées aux risques qu'elles visent. En particulier, elles devraient tenir compte de la réduction des niveaux de risque découlant d'une exposition à un grand nombre de risques relativement faibles.

Pour bien définir le système de contrôle européen des banques, il faut illustrer le cadre général des normes Bâle II qui constituent un dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires, principalement le risque de crédit ou de contrepartie et les exigences en fonds propres.

Bâle II repose sur 3 piliers. Le premier pilier donne lieu à l'exigence de fonds propres et cherche à rendre les fonds propres cohérents avec les risques encourus par les établissements financiers. Le pilier II se consacre à la procédure de surveillance de la gestion des fonds propres par deux façons: validation des méthodes statistiques employées au Pilier I et test de validité des fonds propres en cas de crise économique. Quant au pilier III il se consacre à la discipline de marché, introduisant une obligation de transparence, par le jeu de la communication financière sur l'actif, les risques et leur gestion.

Devant la complexité du dispositif du système bancaire, un Code bancaire européen qui regroupe l'ensemble des directives applicables à ce secteur, a été publiée en 2000. Cette directive, ayant été modifiée plusieurs fois, a été remplacée par la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice. La directive vise de mettre au point d'une harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi

d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle prudentiel par l'État membre d'origine.

Il n'y existe pas un texte de législation unique en ce qui concerne le contrôle prudentiel d'une société d'assurance par une autorité compétente. Les principes généraux sur ce contrôle ont été précisés dans plusieurs directives qui concernent même l'assurance – vie et même l'assurance non – vie.

En ce qui concerne l'assurance vie, la directive 2002/83/CE dispose l'octroi d'un agrément, exigences de fonds propres, solvabilités de ces sociétés. La législation communautaire sur les sociétés d'assurance non-vie n'a pas encore été unifiée dans une directive unique. La troisième directive «assurance non vie» a été la dernière directive complétant la réglementation générale des assurance non-vie en portant des dispositions particulières en ce qui concerne information, surveillance et mesures spécifiques par l'autorités compétentes. Enfin la directive 2002/13/CE a modifié les dispositions de la directive 73/239/CEE qui concernent l'exigence de marge de solvabilité en conformité avec les principes déterminés dans la directive 2002/83/CE.

Solvabilité II, qui porte l'objectif de mieux adapter les fonds propres exigés des compagnies d'assurances et de réassurance, est la codification de 14 directives préexistantes relatives aux assurances. Elle intègre les risques encourus par les activités d'assurance et de réassurance (souscription, opérationnel, marché, crédit, liquidités) dans des règles plus complexes. La directive s'intéresse, en outre, à l'examen de la situation financière globale d'une société d'assurance et au fonctionnement des autorités de contrôle. Il est souhaité de doter les superviseurs des instruments nécessaires à l'évaluation de la solvabilité globale des toutes les entreprises. Elle est une directive-cadre qui ne fixe que les principes régissant le nouveau système.

Solvabilité II, parallèlement au Bâle II, se base en 3 piliers. Le premier pilier se consacre une évaluation transparente de l'exigence de fonds propres. Il y a deux exigences de capital : le capital minimum exigé par l'autorité de régulation (*MCR : Minimum Capital Requirement*) et le capital exigé pour assurer la solvabilité (*SCR : Solvency Capital Requirement*). Le pilier II encourage les compagnies à adopter la démarche ORSA (*Own Risk and Solvency Assessment*) afin qu'elles soient en mesure par elles-mêmes d'apprécier et de mesurer leurs risques. Au-delà de la simple validation d'une check-list, l'autorité de contrôle aura les pouvoirs de contrôler la qualité des données et des procédures d'estimation, des systèmes mis en place pour mesurer et maîtriser les risques au cas où ils se matérialiseraient. L'autorité de contrôle aura aussi le pouvoir d'imposer une marge de solvabilité complémentaire (*capital add-on*), sous certaines conditions, dans le cas où il aura été jugé que les risques ont été mal appréciés par la compagnie. Enfin, le pilier III traite de la publication des informations sur lesquels les deux précédents piliers sont basés et qui permettront au public (actionnaires et analystes) et aux autorités de contrôle de juger si l'analyse effectuée est fidèle à la réalité.

Pour le bon fonctionnement d'un Marché unique, il faut mettre en œuvre un contrôle prudentiel de marché des valeurs mobilières, à la fois pour les nouvelles émissions mais aussi le commerce des titres. Il s'agit de réglementer les conditions

initiales et de fonctionnement pour les fournisseurs de services (entreprises d'investissement) qui sont semblables à celles des banques, de fixer les exigences pour l'émission de titres (à la fois en ce qui concerne les offres publiques et les titres cotés en bourse) et d'établir les conditions applicables aux fonds d'investissement.

La directive 2004/39/EC concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID) instaure un cadre réglementaire global régissant l'exécution des transactions sur instruments financiers. Elle a pour but d'établir un cadre réglementaire complet et harmonisé qui couvre les transactions où qu'elles soient dans l'UE et elle allonge la liste des instruments financiers qui sont soumis à sa réglementation, l'objectif étant que le plus de types d'instruments possible soient soumis aux mêmes règles.

La directive 2003/6/CE sur les abus de marché relève le niveau d'intégrité du marché en contribuant à l'harmonisation dans toute l'Europe des règles concernant les abus de marché. Elle suscite un engagement résolu en faveur de la transparence et de l'égalité de traitement entre les acteurs du marché, impose une collaboration plus étroite et un échange d'informations accru entre les administrations nationales, ce qui permet d'harmoniser l'application des règles dans toute l'Union et de réduire les risques de discordance et de confusion, ainsi que les échappatoires potentielles. Directive 2003/125/CE qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts fixe des normes pour la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts. Enfin, la Commission a également adopté la directive 2004/72/CE qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes. Toutes ces mesures d'exécution créeront le corpus de règles techniques détaillées apparaissant nécessaires pour garantir que la directive sur les abus de marché atteigne son but.

En suite, la directive relative aux prospectus permet aux sociétés de lever plus aisément et à moindre coût des capitaux dans toute l'Union européenne, sur la base de l'aval donné par l'autorité réglementaire d'un unique État membre («autorité compétente de l'État membre d'origine»). Elle renforce la protection offerte aux investisseurs en garantissant que tous les prospectus, où qu'ils soient émis dans l'UE, leur fournit l'information claire et complète dont ils ont besoin pour prendre leurs décisions.

Par conséquence, il faut remarquer que le système européen du contrôle est un moyen pour achever l'intégration financières cependant sa faiblesse se trouve dans la réalité de l'application de ce système par des autorités compétentes des Etats membres. Il est vrai que les autorités nationales peuvent prendre des décisions plus appropriées grâce à leurs profondes connaissances des marchés où ils opèrent. Or, le système européen est ouvert aux applications variées. L'absence d'une autorité de contrôle central est incapable de répondre à la nécessité d'une intervention immédiate cependant les autorités concernées peuvent prendre des mesures.

ABSTRACT

The control system of financial services in the European Union

The European construction is formed of a free zone of exchange and a customs union, but it also concerns many common rules regarding free movement and free competition which has a very unique power for integration. Financial markets have very crucial importance for modern economies. The existence of a single financial market for Europe needs an efficient prudential regulation and supervision. The prudential legislation is subject to continuous revisions, rigorous supervision and an efficient transparency are important for protection of stability well-being of the financial market.

The integration of financial services at community level concerns three successive chapters of the Treaty establishing the European Community (EC Treaty): right of establishment (the articles 43 – 48), free movement of services (the articles 48 – 55) and free movement of capital (the articles 56 – 60) which are in the third part entitled “Community Policies”.

The Community rules regarding the control system of financial services has two basic principles which complete each other. The first principle is about granting a single license, according to this principle; any finance company should obtain a single license from the competent authority of the Member State where its head office is situated. The license is legally valid for accessing all activities covered in the license, all over the Community. Second principle concerns the power of the competent authority of the home Member State. The competent authorities of Member States on which the head office of the concerning company is located are responsible for the financial and prudential supervision of this company which can either be a credit institution, an insurance company, an investment firm or their branches.

Before explaining the control system of each financial sector, we shall analyze two types of legislation which concerns the control of all financial institutions. First of these fields is about the institutions which are part of a group, because such financial institutions carry risk whether for its parent undertaking whether for other affiliates of its parent undertaking. These rules especially concerns the own funds of the financial conglomerate calculated on the basis of the consolidated position of the group and collaboration between the competent authorities responsible for the supervision of different financial sectors.

Second type of legislation is about money laundering which means the transformation of funds, properties or any other economic values coming from illegal activities into legal incomes and also about financing terrorism. This subject is generally elaborated in an international context and all the measures adopted by the Community are meant to be compatible with international acts adopted by concerning international organizations. Within this context, the Commission is member of the Financial Action Task Force (FATF) which is the principal

international organism and fully participates to other related international organizations.

Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing is adopted in conformity with the FATF recommendations.

Additionally, there are two regulations regarding money laundering. First one entered into force on 15th December 2005 and it determines the measures at Community level in order to control the movements of cash in and out of the Union. Second regulation no 1781/2006 on information on the payer accompanying transfers of funds sets out rules regarding the transmission of information on the payer throughout the payment chain, in order to prevent, investigate and detect money laundering or terrorist financing.

There is a particular process foreseen for the preparation of legislative acts about financial services. This process, which is named after Alexandre Lamfalussy, president of the committee of the wise men, aims to assure a permanent and transparent dialogue between legislator and the market actors, specifically depending on public consultations at each level of the procedure. The committee of the wise men had published a final report on securities in which it had determined this process. The aim of the process is to create most accurate and harmonized texts in the concerning field. In this procedure the texts are prepared after consulting the related actors and it foresees a deeper cooperation between legislators of various Member States. This approach is based on four levels as follows.

Level 1 consists of legislative acts, namely Directives or Regulations, proposed by the Commission following consultation with all interested parties and adopted under the "co-decision" procedure by the Council and the European Parliament, in accordance with the EC Treaty. In adopting each Directive or Regulation, the Council and the Parliament will agree, on the basis of a Commission proposal, on the nature and extent of detailed technical implementing measures to be decided at Level 2. At Level 2, the European Securities Committee, the future regulatory committee, assist the Commission in adopting the relevant implementing measures. Such measures will be used to ensure that technical provisions can be kept up to date with market developments. Level 3 measures have the objective of improving the common and uniform implementation of Level 1 and 2 acts in the Member States. The Committee of European Securities Regulators have particular responsibility for this. At Level 4, the Commission will strengthen the enforcement of Community law.

There are three committees at EU level concerning the financial services which have consultative powers. The Committee of European Banking Supervisors is composed of senior representatives from the national competent supervisory authority in the banking field, non-voting members who are senior representatives of the national central bank when the national central bank is not the competent authority and in the case that the national central bank is the competent authority, including the European Central Bank. The Committee ensures the cooperation between the national supervision authorities in banking field and reinforces the

convergence of prudential practices and approaches of Member States in whole Community.

The Committee shall be composed of high level representatives from the national public authorities competent in the field of supervision of insurance, reinsurance and occupational pensions. Each Member State shall designate high level representatives from its competent authorities to participate in the meetings of the Committee. The Committee contributes to the consistent and timely implementation of Community legislation in the Member States by securing more effective cooperation between national supervisory authorities, carrying out peer reviews and promoting best practices.

The Committee shall be composed of high-level representatives from the national public authorities competent in the field of securities, including undertakings for collective investments in transferable securities and a representative of the Commission participates the meetings. The Committee shall enhance cooperation between national supervisory authorities in the securities field and foster the convergence of Member States' supervisory practices and approaches throughout the Community.

These committees are generally called as the level 3 committees of the Lamafalussy process, regarding their role in the European institutional framework of the financial services field. They were created after the abovementioned report of wise men.

In a recent communication, the Commission has proposed to revise the European framework of financial supervision and to build it on a two new pillars. First of all, European Systemic Risk Council shall be established and it will be charged of supervision and analyzing the financial system as whole especially focusing on the stability of the financial system. It will be composed of governors from 27 central banks, the chairmen of three supervisory authorities, vice-president of the European Central Bank, a representative from the Commission and the president of the European Central Bank shall be the chairman of this Committee.

Secondly, European System of Financial Supervisors (ESFS) for the supervision of individual financial institutions, consisting of a robust network of national financial supervisors working in tandem with new European Supervisory Authorities in order to foster harmonized rules and coherent supervisory practice and to provide financial stability and investor protection policies so that cross-border risks can be addressed more effectively. Committees for the banking, securities and insurance and occupational pensions sectors shall be replaced by three Supervisory Authorities which shall have legal personality: European Banking Authority, a European Insurance and Occupational Pension Authority and European Securities Authority.

The control system should be analyzed under three big financial sectors: banking, insurance and securities. The system foreseen for each sector has its particular technical provisions reflecting characteristics of related market but it is obvious that these rules are also in some way parallel to each other.

The banks are generally exposed to many risks. Consequently, they should ensure that they have internal capital that, having regard to the risks to which they are or may be exposed to, is adequate in quantity, quality and distribution. They should also set out a strategy and a procedure for defining and preserving their internal capital. The minimum capital requirements should be proportionate to the risks addressed. In particular the reduction in risk levels deriving from having a large number of relatively small exposures should be reflected in the requirements.

In order to give an accurate overview of the European control system on banking, it is necessary to illustrate the general framework of Basel II norms which constitutes a prudential regulation aiming to better apprehend banking risks, particularly credit risks, counter-party risks and capital requirements.

Basel II is instituted on 3 pillars. The first pillar deals with maintenance of regulatory capital calculated for risk that a bank faces and searches to set capital adequacy against these risks. The second pillar concentrates on the supervision procedure about the management of the capital in two ways: validating the methods used in the first pillar and testing the capital in case of economic crisis. Finally, the third pillar sets out rules on market discipline, by using financial communication on the actives, risks and their management.

Setting out rules in banking system needs a complex study; a European Code of Banking, however, was able to merge the applicable directives in this sector in 2000. The Directive, which was amended in several occasions, was replaced with the Directive 2006/48/EC of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions. This directive aims to realize essential and necessary harmonization sufficiently in order to achieve mutual recognition of single licenses and prudential control systems. It introduces a single license which shall be valid to access covered activities throughout the Community and disposes the application of prudential control by home Member State.

When we look at the prudential control of an insurance company, we don't see a codified legislation in this field. The principles governing this field have been concretized in various directives concerning life insurances and non-life insurances.

The Directive (2002/83/EC) on life insurance sets out rules on granting licenses, internal capital requirements and solvability of these companies. Regarding the same topics on non-life insurances, the directives are not unified yet. It is possible to say that the third non-life directive has completely mostly completed the legislation in this field. It has provisions regarding supervision and particular measures to be taken by competent authorities. The Directive 2002/13/EC has modified the provisions of the directive 73/239/EEC concerning the provisions of solvency margin in conformity with principles defined in the Directive 2002/83/EC.

Solvency II which aims to better regulate the capital requirements of insurance and reinsurance companies merges 14 existing directives in this field. Solvency II is based on a three pillar approach which is similar to the banking sector (Basle 2) but adapted for insurance. The first pillar contains the quantitative requirements. There are two capital requirements, the Solvency Capital Requirement (SCR) and the Minimum Capital Requirement (MCR), which represent different levels of

supervisory intervention. The SCR is a risk-based requirement and the key solvency control level. Solvency II sets out two methods for the calculation of the SCR: the European Standard Formula or firms' own internal models. The SCR will cover all the quantifiable risks an insurer or reinsurer faces and takes into account of any risk mitigation techniques. The MCR is a lower requirement and its breach triggers the ultimate supervisory intervention: the withdrawal of authorization.

The second pillar contains qualitative requirements on undertakings such as risk management as well as supervisory activities. The third pillar covers supervisory reporting and disclosure. Firms will need to disclose certain information publicly, which will bring in market discipline and help to ensure the stability of insurers and reinsurers (disclosure). In addition, firms will be required to report greater amount of information to their supervisors (supervisory reporting).

It is certain that the prudential control for securities, whether in emission of new securities or whether for commerce of existing ones, is essential for functioning of Single Market. It is necessary to fix the rules concerning establishment and operation of service providers (investment firms) and the rules required for emission of securities for public offers and for stock exchange quotations. Additionally, it is necessary to fix these rules for investment firms in conformity with the rules regarding the banks.

The Markets in Financial Instruments Directive MiFID establishes a regulatory framework to promote an efficient, transparent and integrated financial trading infrastructure. It aims strengthens provisions governing investment services, with a view to protecting investors and fostering market integrity. It extends the scope of the Directive, in terms of both financial services and financial instruments covered by it and reinforces co-operation between competent authorities.

The Market Abuse Directive 2003/6/EC remarks the level of market integration, introducing the market abuse rules for the harmonization throughout Europe. It should be considered as an engagement of parties to reinforce the transparency and equal treatment between market actors. It imposes a strict collaboration and exchange of information between national administrations, in order to allow harmonized implication of rules throughout the Union and to reduce the discordance and contradiction or even potential subterfuge. The Directive 2003/125/EC regarding the fair presentation of investment recommendations and the disclosure of conflicts of interest sets out rules for fair presentation of investment recommendations and the disclosure of conflicts of interest. Finally, Commission adopted the Directive 2004/72/EC as regards accepted market practices, the definition of inside information in relation to derivatives on commodities, the drawing up of lists of insiders, the notification of managers' transactions and the notification of suspicious transactions. All these implementation measures create the body of technical measures in details, in order to ensure that the Market Abuse Directive can reach its goal.

Directive on the prospectuses makes it easier and cheaper for companies to raise capital throughout the EU on the basis of approval from a regulatory authority ("home competent authority") in one Member State. It will reinforce protection for investors by guaranteeing that all prospectuses, wherever in the EU they are issued,

provide them with the clear and comprehensive information they need to make investment decisions.

As a conclusion, we should underline that European system of control is a tool used to achieve the financial integration. Its weakness lies in the reality of its implementation by the competent authorities of Member States. These national authorities can actually take decisions more accurate depending on their profound knowledge of the markets in which they operate. But, this implementation exposes the system against differentiated applications and the situation keeps the system incapable of taking immediate measures. A central body should be created in order to act timely and precisely in case of crisis and irregularities.

ÖZET

Avrupa Birliđi'nde Finansal Hizmetlerin Kontrolüne İlişkin Sistem

Avrupa Birliđi yapılanması yalnızca bir serbest bölge ve/veya bir gümrük birliđi etrafında oluşturulmamış olup; serbest dolaşım ve serbest rekabet gibi, entegrasyona yönelik güçlü etkileri olan birçok ortak kural da bu yapılanmada etkili olmuştur. Finans piyasaları modern ekonomilerin sağlıklı işlemleri için hayati bir önem taşımakta olduđu kabul edilmektedir. Avrupa tek finans piyasasının varlıđı içinse etkili düzenlemelere ve denetim sistemlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Piyasalarının istikrarı ve sağlıklı işleyişi için güçlü denetim mekanizmalarının bulunması ve etkin bir şeffaflık büyük önem taşımaktadır. Ayrıca, bu konuda yapılacak yasal düzenlemelerin deđişen koşullara ve piyasanın yapısına bađlı olarak sürekli revize edilmesi de gerekmektedir.

Finansal hizmetlerin entegrasyonu, AT Antlaşmasının, “Topluluđun Politikaları” başlıklı üçüncü bölümde yer alan ve birbirini izleyen üç başlıđı ilgilendirmektedir. Bunlar: 43 ila 48inci maddeler arasında yerleşme özgürlüğü, 49 ila 55inci maddeler arasında düzenlenen hizmet sunma özgürlüğü ve son olarak 56 ila 60ıncı maddeler arasında düzenlenen sermayenin serbest dolaşımı başlıklarıdır.

Finansal hizmetlerin denetimine ve ilgili düzenlemelere ilişkin sisteme yönelik Topluluk düzenlemeleri birbirini tamamlayan iki ilke üzerine kurulmuştur. İlk ilke bu yönde hizmet sunacakların, şirket merkezinin kurulu olduđu ülke tarafından verilecek bir ruhsat almaları geređidir. Bu ruhsat, finans şirketinin ruhsatın kapsadıđı hizmetler bakımından Topluluk üyesi tüm ülkelerde faaliyet gösterebilmesine olanak tanımaktadır. İkinci ilkeye göre ise finans hizmet sunan şirketinin denetimlerinin, şirketin merkezinin bulunduđu ülkenin yetkili makamları tarafından gerçekleştirileceđine yöneliktir.

Finansal hizmetlere yönelik sektörel denetim mekanizmalarının açıklamadan önce, tüm sektörler için ortak olan iki tür düzenlemeye deđinmekte fayda vardır. Bu düzenlemelerden ilki, bir grubun parçası olan kuruluşların denetimine yönelik düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler, bir kuruluşun bađlı olduđu grubun ana şirketi bakımından veya aynı grupta yer aldıđı diđer şirketler bakımından risk oluşturması nedeniyle ihtiyat denetiminin zorunlu olması durumuna bađlı olarak geliştirilmiştir. Bu düzenlemelerle, grubun konsolide finansal durumu esas alınarak belirlenen minimum sermaye tutarları ve gruba farklı şirketlerin denetiminde sorumlu makamlar arasında ihtiyaç duyulan işbirliğine yönelik kurallar getirilmektedir.

Tüm sektörlerle yönelik olan ikinci tür düzenlemeler ise kara paranın aklanması ve terörün finansmanın önlenmesine ilişkindir. Kara paranın aklanması yasadışı faaliyetlerden elde edilen paranın, malların ve her tür ekonomik deđerin dönüştürülmesi (*aklanması*) faaliyetlerine verilen isimdir. Bu konunun uluslararası boyutu öne çıkmakta olup, Birlik tarafından kabul edilen düzenlemeler bađlı

bulunulan uluslararası kuruluşlar tarafından yapılan düzenlemelerle uyumlu olmak zorunda kalmaktadır. Buna bağlı olarak, Komisyon konuya ilişkin en temel uluslararası örgüt olan Mali Eylem Görev Gücü (GAFI – FATF) üyesi bulunmakta olup bu yönde çalışma yürüten başka uluslararası örgütlere katılmakta ve uluslararası sözleşmelere taraf olmaktadır.

26 Ekim 2005 tarihli ve 2005/60/CE sayılı finansal sistemin kara paranın aklanması ve terörün finansmanı amacıyla kullanılmasının önlenmesine yönelik direktif, GAFI'nin tavsiye kararları dikkate alınarak hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca, kara paranın aklanmasına yönelik olarak iki de tüzük yer almaktadır. 15 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk tüzük, Birliğin sınırlarından giren ve çıkan nakit paranın denetimine ilişkin önlemler içermektedir. 1781/2006 sayılı ikinci tüzük ise fon transferlerinde talimat verenlere ilişkin bilgilere yönelik olup ödeme hizmetleri sunanların ödeme zinciri içinde ödeme talimatı veren kimseye ilişkin bilgileri göndermesine yönelik kurallar getirmektedir. Burada amaç, kara paranın aklanması ve terörün finansmanına yönelik faaliyetlerin önlenmesini, soruşturulmasını ve tespitini sağlamaktır.

Finansal hizmetleri ilgilendiren konularda düzenlemeler yapılmasına ilişkin olarak özel bir süreç öngörülmüştür. Bu süreç, menkul kıymetlere ilişkin olarak çalışmalar yürüten ve hazırladığı raporda söz konusu süreci belirleyen akıl adamlar komitesinin başkanlığını yürüten Alexandre Lamfalussy'nin adıyla anılmaktadır. Lamfalussy süreci, yasama erki ile piyasanın aktörleri arasında sürekli bir diyalog ve şeffaflık sağlanmasını hedeflemekte olup bu doğrultuda prosedürün her seviyesinde topluma danışılmasını öngörmektedir. Sürecin amacı uygulama alanına en uygun ve en uyumlaştırılmış düzenlemelerin ortaya konabilmesi için çalışılmasına olanak sağlamaktadır. Metinlerin hazırlandığı prosedür, ilgili aktörlere danışılmasını ve farklı üye ülkelerin düzenleyici makamları arasında daha fazla işbirliği yapılmasını öngörmektedir.

Bu yaklaşım dört aşamada işlemektedir. Bu aşamalar şu şekilde açıklanabilir. İlk Aşamada AT Antlaşmasına uygun olarak Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından ortak karar alma yönetimi (*co-decision*) ile bir tüzük veya direktifi teklifi hazırlanmaktadır. Her bir düzenlemenin kabulünde Konsey ve Parlamento, Komisyon tarafından getirilen teklife uygun olarak ikinci aşamada kararlaştırılacak teknik önlemlerin yapısı ve kapsamına ilişkin de kararlar alınmaktadır.

İkinci aşamada bir Avrupa menkul kıymetler komitesi ve Avrupa menkul kıymetler düzenleme kurumları komitesi kurulması öngörülmektedir. Komiteler uygulama tedbirlerini belirlenmesi aşamasında Komisyon'a yardımcı olmaktadır. Bu tedbirler, kabul edilecek hukuki düzenlemelerin teknik boyutlarının piyasaların gelişimiyle uyum içinde olmasını sağlamaktadır.

Üçüncü aşamada alınan tedbirler ise birinci ve ikinci aşamada ortaya çıkan düzenlemelerin, Üye Devletler tarafından uygulanmasını, uygulamanın ortak ve tek tip olması için iyileştirme yapılması amacını taşır. Böylelikle yasal düzenlemelerin etkin ve dengeli şekilde ulusal hukuklara aktarılması sağlanmaktadır. Menkul

kıymetler düzenleme kurumları komitesine, bu alanda uygulamaya dönük ortak normlar yaratılması konusunda özel bir sorumluluk düşmektedir.

Dördüncü aşamada ise, Komisyon Topluluk düzenlemesinin en sıkı şekilde uygulanmasını sağlayacaktır. Bunu sağlamak için, Üye Devletler, bunların düzenleme kuruluşları ve özel sektör arasında kurulan işbirliğine bağlı olarak gerçekleşen artırılmış denetim ve Komisyonun daha etkin çalışmalarından faydalanılacaktır.

Şu anda, finansal hizmetlere ilişkin olarak ilgili sektörlerin düzenleyici kuruluşlarının oluşturduğu ve tavsiyede bulunma yetkileri bulunan üç komite bulunmaktadır. Bunlarda ilki olan Avrupa Banka Denetçileri Komitesi, Üye Devletlerin kredi kuruluşlarının denetimi yetkisi bulunan kuruluşlarının temsilcilerinden veya bu tip kurumlara benzer şekilde kredi kuruluşları üzerinde fiili denetim yetkisi bulunan merkez bankalarının temsilcilerinden, Avrupa Merkez Bankası da dâhil olmak üzere böyle bir denetim bulunmaya merkez bankalarının temsilcilerinden oluşmaktadır. Komite, bankacılık alanında, düzenleyici kuruluşlar arasındaki işbirliği güçlendirir ve bunların ihtiyatlı denetim yaklaşımlarının ve uygulamalarının uyumlaştırılmasını sağlar.

Avrupa Sigorta ve Bireysel Emeklilik Denetçileri Komitesi ise Üye Devlet sigorta ve bireysel emeklilik alanında faaliyet gösteren şirketlerin denetlenmesinden sorumlu kamu kurumlarının üst düzey temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu Komite, sigorta, reasürans ve bireysel emeklilik alanında, düzenleyici kuruluşlar arasındaki işbirliği güçlendirir ve bunların ihtiyatlı denetim yaklaşımlarının ve uygulamalarının uyumlaştırılmasını sağlar.

Son olarak, Avrupa Menkul Kıymetler Düzenleme Kurumları Komitesi ise Üye Devletlerin, devredilebilir menkul kıymet müşterek yatırım fonları da dâhil olmak üzere menkul kıymetler alanında denetime yetkili kamu kurumlarından oluşmakta olup Komisyon da toplantılarda temsil edilmekte ve tartışmalara katılmaktadır. Komite, menkul kıymetler alanında yetkili ulusal denetleme kuruluşları arasındaki işbirliği güçlendirir ve bunların ihtiyatlı denetim yaklaşımlarının ve uygulamalarının uyumlaştırılmasını sağlar.

Bu komiteler, finansal hizmetlere ilişkin olarak Birliği kurumsal yapısı içinde sahip oldukları rol nedeniyle "Lamfalussy üçüncü aşama komiteleri" olarak adlandırılmaktadırlar. Tümü akil adamlar raporundan sonra burada öngörülen modele uygun olarak kurulmuştur.

Komisyon yeni tarihli bir tebliğinde finansal denetime ilişkin bu yapının iyileştirilmesi ve yapının iki yeni sütun üzerine inşa edilmesini önermektedir. İlk olarak, finans sisteminin bir bütün olarak makroekonomik gelişiminin sistemin istikrarı üzerinde yaptığı etkiyi denetleyecek ve analiz edecek bir Sistem Riskleri Konseyi kurulacaktır. Bu konsey, 27 ulusal merkez bankasının yöneticilerinden, ikinci sütunda öngörülen üç Avrupa denetim kurumunun başkanından ve Avrupa Merkez Bankasının başkan yardımcısından oluşacaktır. Avrupa Merkez Bankasının başkan yardımcısı aynı zamanda Konseyin başkanı olacaktır.

İkinci olarak, kurulacak olan Avrupa finans denetimi sistemi ile yeni kurulacak finans denetimi komiteleri ile karşılıklı etkileşim içinde bulunacak ulusal denetim kurumları arasında sıkı bir ağ kurulacaktır. Burada amaç finans kuruluşlarının finansal sağlamlığını tek başlarına koruyabilmelerini sağlamak ve böylelikle finansal hizmetlerde faydalanan kimselerin korunmasını sağlamaktır. Yukarıda anlatılan mevcut üç komite her biri tüzel kişiliğe sahip yeni denetim kurumlarına dönüştürülmektedir. Bunlar şöyle sıralanabilir: Avrupa Bankacılık Kurumu, Avrupa Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Kurumu ve Avrupa Menkul Kıymetler Kurumu.

Finansal hizmetlerin denetimine ilişkin sistemi, öngörülen mevzuat yapılanmasına uygun olarak üç sektör başlığı altında incelemek uygun olacaktır: bankalar, sigorta şirketleri ve menkul kıymetler. Bu sektörlerin bir taraftan birbirine paralel düzenlemelere tabi olduklarını diğer taraftan ise her biri için kendi özel koşullarına bağlı olarak farklı teknik düzenlemeler getirildiğini vurgulamakta fayda bulunmaktadır.

Bankalar, faaliyetleri nedeniyle birçok riske maruz kalmaktadırlar. Bunun sonucu olarak, miktar, nitelik ve oran olarak uygun bir öz sermaye ayırmaları gerekmektedir. Ayrıca, ayırdıkları sermayenin yeterliliğini değerlendirebilmeleri ve bunu koruyabilmeleri için belli strateji ve yöntemleri de uygulamaları gerekmektedir. Ayrılacak minimum öz sermayenin, bankaların karşı karşıya oldukları riskleri karşılamaya yeterli düzeyde olması gerekmektedir. Özellikle, maruz kaldıkları görece zayıf olan ancak çok sık karşılaşılan riskleri dikkate alarak bunları azaltmak durumundadırlar.

Bankalara ilişkin Avrupa denetim sistemini açıklamaya çalışırken, Basel II normlarının genel çerçevesini de belirlemek gerekmektedir. Basel II normları, başta kredi riskleri ve teknik karşılıklar olmak üzere bankacılık risklerinin daha iyi karşılanması için öngörülen ihtiyat düzenlemelerini öngörmektedir.

Basel II üç sütunlu bir yapıda kurulmuştur. İlk sütunda öz sermaye varlıklarına ilişkin düzenlemeler yer almakta olup kredi kuruluşlarının karşı karşıya oldukları risklere uygun ayrılacak öz sermayenin belirlenmesine ilişkin uygun yöntemler açıklanmaktadır. İkinci sütun, belirlenen öz sermaye varlıklarının yönetiminin denetimine ilişkin prosedürü belirlemekte olup bu konuda iki yöntem benimsemektedir. İlk yöntem birinci sütunda kullanılan istatistiksel verilerin doğruluğunun tespit edilmesi şeklindedir, ikinci yöntem ise öngörülen sermaye yeterliliği değerlerinin gerçek kriz ortamında geçerliliğini test etmeye yöneliktir. Üçüncü sütun ise piyasa disiplinine ilişkindir ve şeffaflık konusunda belli yükümlülükler getirmektedir. Şeffaflığın sağlanabilmesi için, bankaların aktifleri, maruz kaldıkları riskler ve yönetimlerine ilişkin finansal bilgilendirme yükümlülükleri öngörülmüştür.

Bankacılık sisteminin karmaşık yapısına karşın, bu sektöre ilişkin direktifleri birleştiren bir direktif 2000 yılında kabul edilebilmiştir. Bu direktif birçok kez değiştirilmiş ve nihayet 14 Haziran 2006 tarihli ve 2006/48/CE sayılı bankacılık hizmetlerine ilişkin direktif yayımlanmıştır. Bu direktifin amacı, ruhsatların karşılıklı tanınması ve ihtiyat denetimlerine ilişkin sistemler bakımından gerekli ve tatmin edici temel bir uyumun sağlanması olmuştur. Bu direktif ile tek bir ruhsat ile tüm

Birlik'te faaliyet gösterilmesi ve kredi kuruluşunun kurulu bulunduğu ülke tarafından denetlenmesine ilişkin ilkeler geçerlilik kazanmaktadır.

Sigortacılık sektörüne ilişkin ihtiyat denetimi düzenlemelerine baktığımızda ise, düzenlemelerin kodifikasyonun tamamlanamadığını görmekteyiz. Bu düzenlemeler hayat ve hayat – dışı sigortalar bakımından farklı direktiflerde yer almaktadır.

Hayat sigortaları bakımından, 2002/83/AT sayılı direktif ruhsatlar, sermaye yeterliliği, menşe ülke denetimi ve sair hususlardaki düzenlemeleri bir araya getirmiştir. Hayat dışı branşlarda faaliyet gösteren sigorta şirketleri bakımından ise üçüncü nesil direktifler ile bu şirketler bakımından özellikle bilgilendirme, denetim ve yetkili makamlarca alınacak önlemlerle ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Son olarak 2002/13/AT sayılı direktif, 72/239/AET sayılı direktifin sermaye yeterliliği oranlarına ilişkin düzenlemelerini 2002/83/AT sayılı direktifle paralel hale getirmiştir.

Mali Yeterlilik Düzenlemeleri II (Solvency II), sigorta ve reasürans şirketleri için öngörülen minimum sermaye miktarlarını daha iyi düzenlemek amacıyla taşımakta olup, sigorta sektörünü ilgilendiren 14 direktifin düzenlemelerini bir araya getiren bir kodifikasyon çalışmasıdır. Sigorta ve reasürans alanlarında şirketlerin maruz kaldıkları (sigortacılık riski, operasyonel riskleri, piyasa riskleri, kredi riskleri, likidite riskleri ve benzeri) riskleri oldukça karmaşık kurullarla düzenlenmektedir. Bu direktif ayrıca bir sigorta şirketinin genel olarak mali yapısına ve denetim organlarının işleyişine ilişkin de düzenlemeler getirmektedir. Buradaki amaç denetçilere, tüm şirketlerin mali yeterliliklerinin değerlendirilmesinde ihtiyaç duydukları araçları sağlamaktır.

Solvency II direktifi yeni sisteme ilişkin kuralları ortaya koyan bir çerçeve düzenlemedir ve Basel II kurallarına benzer şekilde üç sütunlu bir yapı üzerine inşa edilmiştir. İlk sütun, sermaye yeterliliğinin şeffaf bir şekilde değerlendirilebilmesine yöneliktir. Burada iki sermaye miktarı aranmaktadır. İlki yetkili makam tarafından şart koşulan miktardır (*Minimum Capital Requirement*). İkincisi ise mali bünyenin sağlamlığını korumak için öngörülen miktardır (*Solvency Capital Requirement*). İkinci sütun ise şirketleri kendi risk ve mali yeterlilik değerlendirmelerini yapmaları konusunda teşvik etmektedir. Burada basit bir kontrol listesinin ötesine geçilmekte ve denetim makamlarına elde edilen verilerin ve kullanılan tahmin prosedürlerinin doğruluğunu ve güvenilirliğini sağlamak için belli yetkiler tanınmaktadır. Yetkili makamlar ayrıca, şirketler tarafından hesaplanan risklerin doğru şekilde belirlenmemiş olması halinde belli bir ek mali yeterlilik yükümlülüğü getirme yetkisine de sahip olmaktadırlar. Son olarak üçüncü sütunda ise bir önceki sütunlarda öngörülen hükümlere ilişkin bilgiler hakkında beyan yükümlülüğü getirilmekte, böylelikle kamunun (örneğin analistlerin) ve yetkili makamların yapılan derlendirmelerin gerçeğe uygun olup olmadığını denetleyebilmesi sağlanmış olmaktadır.

Finansal hizmetlere ilişkin tek pazarın sağlıklı işleyebilmesi için, hem yeni menkul kıymetlerin ihracı hem de çıkarılmış menkul kıymetlerin el değiştirmesine ilişkin olarak ihtiyat denetiminin sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda hizmet sağlayıcıların (yatırım şirketlerinin), bankalara benzer şekilde, hem kuruluşlarında

hem faaliyet göstermeleri sırasında tabii oldukları kuralların belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, menkul kıymetlerin piyasaya sürülmesi bakımından gerekli koşulların ve yatırım fonlarına ilişkin kuralların belirlenmesi de önem taşımaktadır.

Finansman araçları piyasalarına ilişkin 2004/39/EC sayılı direktif, finansman araçlarına ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin genel bir çerçeve oluşturmaktadır. Direktifin amacı Avrupa Birliği sınırları içerisinde gerçekleşen işlemlerin tabii olduğu kuralları uyumlaştırmak olup, ortaya koyduğu kurallara tabii olan işlemlere ilişkin bir liste belirleyerek mümkün olduğunca çok sayıda işlem tipini aynı kurallara tabii kılmayı hedeflemektedir.

Finansal manipülasyona ilişkin 2003/6/AT sayılı direktif, bu konuya ilişkin Avrupa Birliği'nde yürürlükte bulunan farklı kuralları uyumlaştırmak suretiyle entegrasyon sağlamayı hedeflemektedir. Piyasa aktörleri arasında, şeffaflık ve eşit davranma yükümlülüğüne dayalı bir ilişki yaratmaktadır. Ayrıca ulusal makamlar arasında sıkı bir işbirliği ve doğru bilgi değişimi öngörmekte ve böylelikle Birlik sınırları içinde kuralların uyumlu şekilde uygulanmasına, çelişkili ve akıl karıştıran bilgilerin azaltılmasına ve muhtemel hilelerin önlenmesine olanak sağlamaktadır. 2003/125/AT sayılı, yatırımlar konusunda gerçeğe uygun tavsiyelerde bulunulmasına ve çıkar çatışması durumunun açıkça belirtilmesine yönelik Direktif ise ilgili konularda belli normlar getirmektedir. Ayrıca, Komisyon tarafından kabul edilen 2004/72/AT sayılı Direktif ise kabul görmüş piyasa uygulamalarına, vadeli işlemlere ilişkin gizli bilgilerin tanımına, şirketle ilgili gizli bilgilere ulaşma yetkisi bulunan kişilere ilişkin listelerin hazırlanmasına, yöneticiler tarafından yapılan işlemlerin duyurulması ve şüpheli işlemlerin duyurulması konularında düzenlemeler getirmiştir. Tüm bu direktifleri ile finansal manipülasyona ilişkin direktifin hedefine ulaşabilmesi için gerekli ayrıntılı teknik düzenlemeler yürürlüğe girmiş olmaktadır.

Prospektüs Direktifi, şirket ve borç menkul kıymeti ihraç edenler için tek pasaport sağlamak üzere düzenlenmiş olup bir ülkede ihraç edilen menkul kıymetlerin tüm AB üyesi ülkelerde satılabilmesini öngörmektedir. Böylelikle, Avrupa Birliği içinde piyasaya sürülen tüm hisse senetleri bakımından, yatırımcıların aldıkları kararları etkileyebilecek tüm bilgilerin doğru ve eksiksiz olması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar neticesinde, finansal hizmetler için öngörülen kontrol sisteminin, entegrasyonun sağlanması için kullanılan bir araç olarak kullanıldığının altını çizmek gerekiyor. Bu sistemin zayıf noktası, sistemin uygulanmasının birbirinden bağımsız olarak çalışan Üye Devlet yetkili makamlarına bırakılmış olmasında yatmaktadır. Hiç şüphesiz, ulusal yetkili makamlar, yetkilerini kullandıkları piyasalarda, sahip oldukları bu piyasalara ilişkin bilgiye dayalı olarak çok daha uygun kararlar alabilmektedirler. Ancak, merkezi bir kontrol makamının bulunmaması, son finansal krizde yaşandığı gibi, acil ve tutarlı bir karar alınması ihtiyacı doğduğunda, çözümlerin yetersiz kalmasına neden olabilmektedir. Birliğin çalışmada anlatılan yenilik arayışları da bu eksikliği gidermeye yöneliktir.

INTRODUCTION

La construction européenne a été marquée par la volonté de ne pas se contenter à la construction d'une simple zone de libre échange, mais sur le principe d'établir un véritable marché commun. Ce marché est constitué d'une zone de libre échange, d'une union douanière, mais aussi de nombreuses règles communes contraignantes qui ont une très forte fonction intégratrice comme la libre circulation et la libre concurrence.¹ Etant donné l'importance cruciale des marchés financiers dans le bon fonctionnement des économies modernes les marchés financiers doivent être analysés dans leur contexte économique. Ce contexte est celui de la croissance des économies européennes, considérée à la fois comme un fait et comme un objectif à atteindre.² Plus les marchés financiers seront intégrés, plus l'allocation des ressources économiques sera efficace et meilleurs seront les résultats économiques à long terme.³

A la fin de 1992, le marché unique était officiellement achevé, cependant il subsistait des obstacles significatifs aux activités transfrontalières notamment dans le domaine des services financiers. Après l'introduction de l'euro en 1999, les coutes liées au change et les risques inhérents aux opérations financières transfrontalières ont été supprimés. Depuis cette date les progrès sont plus laborieux que prévu.⁴

En fait, le marché financier mondial témoigne d'une certaine « re-régulation » purement prudentielle. La dérégulation des transactions internationales financières

¹ Pierre le Mire, **Droit de l'Union européenne et politiques communes**, 4eme édition, Paris, Dalloz, 2005, p.3

² Damien Chalmers, Christos Hadjimanuil, Giorgio Monti et Adam Tomkins, **European Union Law**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p.787 ; Pour le rôle des marchés financiers dans la croissance économique, voyez Alexandre Lamfalussy, **Les Marchés Financiers en Europe**, Paris, Presses Universitaires de France, 1968, p.18 et suivants.

³ Commission des Communautés européennes, **Livre blanc : Politique des services financiers 2005 – 2010**, SEC(2005)1574, 1.12.2005 Bruxelles, p.4

⁴ Wim Fonteyne, « UE: de l'union monétaire à l'union financière », **Finance & Développement**, Juin 2006 p.48

n'est pas le résultat de négociations multilatérales entre les gouvernements, mais elle semble être le résultat des réactions parallèles unilatérales des États nationaux aux besoins des acteurs du marché financier.⁵ De même l'existence d'un marché financier européen unique, s'accompagne d'une réglementation et d'une surveillance prudentielle efficace. La législation prudentielle qui fait l'objet de révisions continues, la surveillance rigoureuse et une transparence efficace sont cruciales pour protéger l'instabilité et bien fonctionnalité du marché financière.

Afin de veiller au bien-être du marché financier et de protéger son instabilité la législation prudentielle qui est en perpétuel révision doit assurer une surveillance rigoureuse et une transparence plus efficace. La Commission a choisi de chercher des moyens pragmatiques de concilier l'objectif de promotion d'une intégration totale des marchés financiers.⁶ L'une des conditions principales pour achever l'intégration financière dans l'Union est l'instauration d'un régime prudentiel adapté à un marché intégré où les transactions financières sont d'une complexité croissante.

En ce qui concerne les services financiers, les travaux de coordination devraient, tant pour la protection des consommateurs que pour créer les conditions d'égalité dans la concurrence entre ces établissements, s'appliquer à l'ensemble de ceux-ci.

D'abord, les consommateurs doivent pouvoir effectuer leurs choix en connaissance de cause, assurés que leurs intérêts sont protégés par des mesures rigoureuses. D'autant plus que les services financiers sont souvent très complexes et qu'il est difficile pour un client non professionnel d'évaluer non seulement la sécurité et le rendement d'un service mais aussi la fiabilité du prestataire. C'est pourquoi des mesures de protection transparentes et efficaces entretiennent la

⁵ Peter Behrens, « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », **Revue Internationale de Droit Économique**, De Boeck Université, t. XVII 2003/3-4, 2003, p.351

⁶ « *La Commission conclut que le cadre des règles prudentielles de l'Union européenne ne réclame pas une refonte radicale. Il faut alléger et rendre plus efficace la réglementation pour l'adapter à l'évolution rapide des marchés financiers. C'est pourquoi la Commission invite le Conseil et le Parlement européen à explorer les possibilités d'adopter des procédures législatives plus rationnelles, plus souples et plus rapides...* » Commission des Communautés européennes, **Services financiers: Elaborer un cadre d'action**, Bruxelles, 28.09.1998, p.2

confiance nécessaire au développement des marchés financiers. Ainsi le cadre de contrôle prudentiel⁷ communautaire constitue une formidable "première ligne" de défense des intérêts des consommateurs car il protège des abus éventuels d'établissements financiers opérant dans un marché concurrentiel.

Le second objectif des régulations est d'accroître la concurrence et d'élargir le choix des consommateurs en permettant aux intermédiaires financiers de traiter avec tout client ou consommateur en tout point de l'Union en vertu de l'agrément accordé par les autorités de surveillance de leur État membre d'origine.

Dans ce travail, on utilise « le système du contrôle » pour identifier les réglementations européennes – sans distinguer « régulation » et « contrôle » – qui ont été mis en œuvre pour contrôler les décisions des agents privés dans le secteur financier qui ont pour but de protéger l'intérêt public. En effet il existe deux types de réglementations : réglementation structurelle et réglementation de gestion.⁸ Pour identifier et répertorier les différences de fond entre les réglementations nationales, il faut trouver des mécanismes qui donnent aux institutions communautaires la possibilité d'établir un tableau systématique indiquant dans quelle mesure les dispositions nationales sont imposées.

Larousse définit la finance comme « *l'ensemble des professions qui ont pour objet la monnaie, l'argent et ses moyens représentatifs, notamment les valeurs mobilières* ». ⁹ Les services financiers sont évidemment fournis dans le cadre de ces professions ainsi que celles relatives à la banque et aux assurances, présentent traditionnellement la caractéristique d'être étroitement réglementées par les autorités

⁷ Contrôle prudentiel est « *une activité de surveillance exercée par l'autorité national à l'égard des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des organismes de placement, des sociétés des conseil en placement ainsi que des sociétés d'assurance, dans le but de protéger les interet de public qui a recours à ces établissement pour placer son épargne. Contrôle prudentiel concerne principalement, le respect des dispositions légales et réglementer, les capacités des entités controlées à respecter leurs engagement vis-à-vis du public et la surveillance constante de leur organisation, de leur comptabilité et de leur gestion* », Joseph Antoine, Marie-Claire Capiou-Huart, **Dictionnaire des marchés financiers**, Bruxelles, De Boeck, 2006, p. 509

⁸ Gabe J. de Bondt; **Financial Structure and Monetary Transmission in Europe**, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2000, p.12

⁹ Voir. <http://www.larousse.fr/encyclopedia/#larousse/33739/11/finance> (le date d'accès: le 8 avril 2009)

nationales, dans le souci de garantir à leurs clients une certaine sécurité dans des secteurs très sensible.¹⁰

L'objectif de notre étude consiste à examiner le système européen du contrôle des activités financières qui est construit principalement pour assurer le bon fonctionnement de la finance dans l'Union européenne. En toute évidence l'union douanière nécessite un système du contrôle qui garantit la stabilité et le développement du secteur financier.

Certes pendant la crise financière de 2008 tout le monde a cherché des mesures pour surmonter cette crise, c'est pourquoi nous pouvons remettre en cause le système du contrôle sur les services financiers. Les changements permanents au niveau de la législation sont nécessaires mais sont-ils suffisants pour garantir le bon fonctionnement du système du contrôle sur le système financier ?

De ce fait, il est certain que la réglementation du système financier est essentielle pour la stabilité du système financier ainsi que pour l'économie réel. De même, la Commission, dans sa communication soumis au Conseil et au Parlement en février 2008, met l'accent sur le contrôle prudentiel et la gestion du risque afin de remédier des failles importantes dans le système financier international.¹¹

Dans la première partie, nous allons examiner le cadre général du système du contrôle sans distinguer les règles spécifiques sectoriel. Ensuite, nous allons étudier, dans la deuxième partie, le système contrôle prévu pour trois secteurs financiers, les banques, les assurances et, enfin, les valeurs mobilières.

¹⁰ Le Mire, *op.cit*, p.48

¹¹ Commission de Communautés européennes « **Système financier européen: adaptation au changement / Contribution de la Commission au Conseil européen** », COM (2008) 122 final, Bruxelles, 27.2.2008

PREMIERE PARTIE

CADRE GENERAL POUR LE CONTROLE GLOBAL

En octobre 1998, la Commission a publié une Communication établissant un "cadre d'action" pour les services financiers, cette communication a été suivi par le « Plan d'action : services financiers (PASF) » en mai 1999.¹² Dans ces rapports, elle a constaté qu'il n'y a pas un modèle unique de bon gouvernement d'entreprise, mais, qu'un consensus, s'est formé autour d'un certain nombre de principes communs. Ses principaux objectifs étaient de faire de l'UE une économie de connaissance la plus compétitive du monde en horizon 2010.¹³ Lors du Conseil européen de Lisbonne (mars 2000), les Etats membres décident d'activer la mise en œuvre du Plan d'action pour les services financiers. Ce plan devait être s'achevé avant la fin de l'année 2005, la première étape qui comprend l'intégration des marchés de valeurs mobilières, devait être franchie dès la fin de l'année 2003. Les dirigeants européens font d'emblée du PASF un élément essentiel de l'agenda de Lisbonne. Pour que la réalisation de cet objectif soit possible, les entreprises doivent être en mesure d'augmenter des capitaux dans l'ensemble de l'Union, sans restriction géographique. Enfin, un niveau satisfaisant de sécurité juridique doit être garanti pour les transactions sur valeurs mobilières d'un pays à l'autre, et les obstacles aux opérations de fusion-acquisition transfrontalières doivent entièrement levés.

Le postulat de départ du PASF est le suivant: il faut rendre les règles européennes compatibles avec celles en vigueur au niveau international, et ce dans le contexte d'une internationalisation rapide du marché des services financiers. En effet, les règles instaurées par le PASF doivent être suffisamment avant tout contraignantes pour garantir un niveau sécurité juridique plus élevé, puis assurer plus de confiance chez les opérateurs. Mais aussi suffisamment souples pour permettre aux mêmes

¹² La Commission des Communautés européennes, **Services financiers: Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers: Plan d'action**, COM (1999) 232, 11.05.99

¹³ La Commission des Communautés européennes, **op.cit.** 1998, p. 11

opérateurs d'évoluer sur la scène internationale. Le PASF s'est vu assigner trois objectifs stratégiques, à réaliser en tenant compte de la mondialisation du système financier : (1) créer un marché européen unique pour les opérations de gros, (2) rendre les marchés de détail accessibles et sûrs, et enfin (3) moderniser les règles prudentielles et la surveillance.¹⁴

Il comprend 42 mesures destinées à harmoniser la réglementation en vigueur dans les différents Etats membres en matière de valeurs mobilières, de services bancaires, d'assurance, de crédit hypothécaire et de toute autre forme de transaction financière. Afin de réaliser le PASF, l'UE a adopté tant plusieurs directives et règlement que plusieurs rapports consultatifs. En 2004, la quasi-totalité des mesures prévues ont été adoptées par les Etats membres. Cependant, il est nécessaire d'analyser le système prévu par le droit primaire et dérivé qui font possible de l'intégration des marchés financiers et le processus que l'on a suivi afin d'adopter les règles plus appropriées pour les services financiers.

A. Le système prévu par le droit primaire et dérivé

Dans ce chapitre nous allons premièrement examiner les deux libertés du Traité qui forme de cadre initial d'un marché unique. Ensuite, il convient d'étudier les principes qui découlent de ces règles. Enfin, il est possible d'analyser deux sujets qui concernent services financiers au sens global : d'une part le contrôle approprié au niveau d'un groupe et d'autre part la législation sur la prévention du blanchiment de capitaux.

1. Les libertés prévus par le Traité

L'intégration des services financiers au niveau communautaire concerne trois chapitres successifs du Traité CE : la liberté d'établissement (les articles 43 – 48), la liberté de prestation des services (les articles 49 – 55) et la libre circulation des

¹⁴ Pierre Delsaux « L'indispensable régulation des marchés financiers », **Reflets et perspectives de la vie économique**, De Boeck Université, Tome XLIII 2004/2, p.45

capitaux (les articles 56 – 60) qui sont dans la troisième partie intitulée « les politiques de la Communauté ».

a. La liberté d'établissement et de prestation des services

La liberté d'établissement s'étend comme le droit de s'établir de manière permanente dans un autre Etat, en vue d'y exercer une activité non-salariée. La libre prestation des services s'étend comme le droit de fournir services à des destinataires résidant dans un autre Etat que celui où est établi l'auteur de la prestation.¹⁵ Ces deux libertés conditionnent l'existence d'un marché unique pour les professions libérales et les entreprises.¹⁶

Selon l'article 43 du Traité CE, « *la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa¹⁷, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants* ». La Cour de Justice a déterminé la notion d'établissement au sens du Traité, pour qu'elle soit très large, et implique de façon stable et continue la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat d'origine et d'en tirer profit. Ainsi elle favorise l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées.¹⁸ De plus, la liberté d'établissement donne la possibilité aux personnes morales d'établir des agences, des filiales ou des succursales dans plus d'un Etat membre.

¹⁵ Le Mire, **op.cit.**, p.37 ; Jean-Marc Favret, **Droit Communautaire du Marché intérieur**, Mémentos, Paris, Gualino éditeur, 2001, p.73 ; Paul Craig et Gráinne de Búrca, **EU Law, Text, Cases and Materials**, 2nd Edition, Great Britain, Oxford University Press, 1998, p. 727 ;

¹⁶ Jean-Guy Huglo, « Droit d'établissement et libre prestation de services » **Juris Classeur – Europe Traité**, Volume 4, Fascicule 710, Paris, Lexis Nexis, 2008, p. 3

¹⁷ L'article 48, alinéa 2 du Traité CE : « *Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* »

¹⁸ Arrêt de la Cour du 30 novembre 1995 Reinhard Gebhard c./ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Affaire C-55/94.

Selon l'article 49, alinéa 1 « *les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation* » et selon l'article 50, alinéa 2 « *Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants* ». Le caractère temporaire de la présence du prestataire des services sur le territoire de l'Etat d'accueil permet de distinguer la libre prestation des services de l'hypothèse de l'établissement.¹⁹

La Cour de Justice a reconnu très tôt l'effet direct des dispositions du Traité CE. En effet ces dispositions peuvent être invoquées devant les juridictions nationales, dans la mesure où ils visent à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un état membre autre que celui où la prestation doit être fournie.²⁰

Dans le contexte du Traité CE, la libéralisation du commerce des services procède tantôt de manière horizontale, tantôt de manière verticale. La jurisprudence définissant la notion d'entrave au commerce des services au sens du Traité CE, est, au moins sous ses traits essentiels, applicable à tout service quelconque. La libéralisation est ici de nature horizontale. Par contre, elle prend un caractère que l'on peut qualifier de vertical lorsque le législateur communautaire intervient. Son intervention vise normalement à faciliter la libre prestation des services (souvent en même temps que la liberté d'établissement) dans des secteurs particuliers (banques, marchés publics, avocats...)²¹

¹⁹ Huglo, **op.cit.**, p.14

²⁰ Arrêt de la CJCE du 3 décembre 1974, Johannes Henricus Maria van Binsbergen c./ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid Affaire 33-74.

²¹ Paul Demaret « (Mondialisation et accès aux marchés) L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », **Revue internationale de droit économique**, t. XVI 2002/2-3, De Boeck Université, 2002, p.263

Quant à la liberté d'établissement dans le champ de services financiers, l'article 43, paragraphe 2 CE a émis une réserve liée aux « *dispositions du chapitre relative aux capitaux* » dont nous constaterons qu'il est nettement en retrait par rapport au régime des autres libertés de circulation.²² De plus, l'article 51 paragraphe 2 CE précise que « *la libération des services des banques et des assurances qui sont liés a des mouvements des capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux* ». Il s'agissait de faire en sorte que la libéralisation des services (comme la libre circulation des marchandises et des travailleurs salariés) puisse se faire sans être freinée par les difficultés de paiement, tout en tenant compte des précautions à prendre quant aux transferts de capitaux. Ce qui fut largement clarifié par la distinction établie entre « moyens de paiement » et « capitaux »²³, car une bonne application du Chapitre 4 exige de mettre en place la distinction entre capitaux et paiement. Il s'agit d'harmoniser les législations présidant à l'établissement et à l'intervention des acteurs financiers des autres Etats membres, concernant notamment les règles prudentielles et les garanties financières.

b. Libre circulation des capitaux

La libre circulation des capitaux rend possibles des services et des marchés financiers européens intégrés et ouverts. Les dispositions qui concernent les capitaux et paiement sont regroupées dans cinq articles qui se classent selon un ordre juridique. L'article 56 pose le principe de la libre circulation qui s'applique tant aux mouvements capitaux qu'aux paiements. L'article 57 permet aux Etats membres de maintenir et à la Communauté d'introduire des restrictions à certains mouvements des capitaux entre Etats membres et pays tiers. L'article 58 permet aux Etats membres d'édicter ou d'appliquer certaines mesures restrictives, à l'ensemble des mouvements de capitaux, tant entre Etats membres qu'entre Etats membres et pays tiers, si l'intérêt général le commande. L'article 59 se présente comme une clause de sauvegarde. Enfin, l'article 60 permet à la Communauté de prendre des sanctions

²² Catherine Prieto, « Liberté d'établissement et de prestation des services », **Revue trimestrielle de droit européen**, Paris, Dalloz, 2006, p.874

²³ Le Mire, **op.cit.**, p.48 ; Huglo, **op.cit.**, p.16

financières, même si elles sont restrictives des mouvements de capitaux, vis-à-vis des pays tiers conformément aux dispositions de l'article 301.

En effet, les autres libertés du Traité ne s'exercent que dans la cadre intracommunautaire. Or, la libre circulation de capitaux, aux termes de l'article 56, s'étend aussi bien aux mouvements de capitaux entre Etats membres qu'aux mouvements des capitaux entre Etats membres et pays tiers. Afin que les Etats membres qui disposaient des places financières de rang mondial, et qui souhaitaient continuer à traiter les flux financiers tant intracommunautaires qu'extra communautaires, ont œuvré en faveur de libéralisation des mouvements de capitaux entre Etat membres et pays tiers.²⁴

Une bonne application du chapitre 4 exige de mettre en place la distinction entre capitaux et paiement, parce que des exceptions au principe de libre circulation dépendent l'exacte définition du champ d'application. Le critère de distinction entre paiement est lié à la nature des opérations qui sont sous-jacentes à ces paiements. Les opérations courantes sont les opérations du commerce international. Les paiements courants sont donc des paiements qui sont destinées à financer des services à caractère international. Les opérations autres que courantes sont les opérations qui ne sont pas liées à l'exécution des transactions du commerce international.²⁵

De plus, il faut analyser la distinction, ou le rapport, entre la libre prestation des services, notamment les services financiers et la libre circulation de capitaux. Dans son arrêt *Fidium Finanz*²⁶, la Cour de justice constate que ces deux séries de dispositions, dont les champs d'application sont distincts, ont été destinées à régler des situations différentes. Ceci confirmé par l'article 51 alinéa 2 qui prévoit que la libération des services des banques et d'assurances doit être réalisée en harmonie avec la libre circulation de capitaux, sans autant établir un ordre de priorités. Selon la Cour, il convient d'examiner dans quelle mesure l'exercice des ces

²⁴ Patrick Juillard « Libre circulation des capitaux » **Juris Classeur – Europe Traité**, Volume 4, Fascicule 900, Lexis Nexis, Paris, 2003, p. 4

²⁵ **Ib.id.**, p.5

²⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 3 octobre 2006 *Fidium Finanz AG c./ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* l'affaire C-452/04,

libertés fondamentales est affecté et si, dans le cas d'espèce, l'une d'elles prévaut sur l'autre.²⁷ La Cour affirme clairement qu'il n'y a pas de hiérarchie entre ces dispositions et rejette ainsi la théorie selon laquelle les dispositions relatives à la libre prestation des services s'appliqueraient de manière subsidiaire à celles qui régissent la libre circulation des capitaux.

2. Les principes du système du contrôle

Les règles communautaires sur le système du contrôle des services financiers se fondent sur deux principes qui sont liées l'un à l'autre : l'octroi d'un agrément unique et le contrôle par les autorités de l'État d'origine.

a. L'octroi d'un agrément unique

Une société financière devrait obtenir un agrément unique dans l'Etat membre où son siège social est situé et cet agrément serait valable pour elle d'accéder aux activités concernées dans toute la Communauté. Cette approche, bien connue comme « passeport unique », semble être suivie pour la libre circulation des marchandises après l'affaire « Cassis de Dijon »²⁸ à l'égard de produits industriels et agricoles. Dans son livre blanc « l'achèvement de marché intérieur », la Commission a mis accent sur le point qu'il devrait être possible de faciliter l'échange de produits financiers à l'échelle de la Communauté, en ayant recours à une coordination minimale de réglementation pour former la base d'une reconnaissance mutuelle par les Etats membres de ce que chacun d'entre eux accomplit pour protéger le public.²⁹

²⁷ Philippe Vigneron et Philippe Steinfeld « Arrêt Fidium Finanz : Un frein à l'effet 'erga omnes' de la libre circulation des capitaux ? », **Cahiers de droit européen**, No : 1-2, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.244

²⁸ « *En l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d'un produit doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* » Arrêt de la CJCE du 20 février 1979 Rewe-Zentral AG c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Affaire 120/78.

²⁹ Commission des communautés européennes « **Livre Blanc : l'achèvement de marché intérieur** », COM(85)310, Bruxelles, le 14 juin 1985, par. 102

Un établissement de crédit, une compagnie d'assurance ou un établissement d'investissement, une fois agréée dans l'État membre d'origine, peut ensuite, sur la base de cet agrément, mener une activité sur le territoire d'autres États membres soit en créant des succursales soit en fournissant directement des services. Les directives prévoient un minimum d'harmonisation en ce qui concerne les conditions d'agrément.³⁰ Cependant, les autorités compétentes de chaque État membre ne peuvent pas octroyer ou retirer l'agrément au cas où des éléments comme le contenu du programme d'activités, la localisation des activités ou les activités effectivement exercées indiquent de manière évidente que les établissements financiers ont opté pour le système juridique d'un État membre.³¹

b. Le principe du contrôle prudentiel par l'état membre d'origine

Ce principe prévoit que les autorités compétentes de l'État d'origine, où se trouve le siège central de l'entreprise concernée, sont responsables du contrôle prudentiel³² de l'établissement financier et de leurs diverses succursales. L'autorité de contrôle du pays d'origine joue donc un rôle important dans le renforcement de la collaboration avec le pays d'accueil afin de garantir la bonne mise en œuvre du dispositif prudentiel. Ce principe exige que les autorités compétentes de chaque État membre ne créent pas un système juridique de manière évidente pour lequel les établissements financiers ont opté, afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre État membre sur le territoire duquel il entend exercer ou exerce la majeure partie de ses activités.

Le fonctionnement harmonieux du marché intérieur nécessite, au-delà des normes juridiques, une coopération étroite et régulière des autorités compétentes des États membres, ainsi qu'une convergence sensiblement renforcée de leurs pratiques

³⁰ Demaret, **op.cit.** p.289

³¹ Considérant 10 de 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) ; Considérant 22 de la directive 2004/39/CE (MiFID) du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil JOCE No. L 145, 30.4.2004

³² Pour la définition du contrôle prudentiel voir le renvoi 7.

réglementaires et prudentielles. Il convient de permettre l'échange d'informations entre les autorités compétentes et des autorités ou organismes qui contribuent, de par leur fonction, à renforcer la stabilité du système financier. Pour préserver le caractère confidentiel des informations transmises, la liste des destinataires de celles-ci devrait rester strictement limitée. Il convient également d'autoriser les échanges d'informations entre, d'une part, les autorités compétentes et, d'autre part, les banques centrales et d'autres organismes à vocation similaire, en tant qu'autorités monétaires, et, le cas échéant, d'autres autorités publiques qui seraient chargées de la surveillance des systèmes de paiement.

En tout état de cause, cette procédure d'information mutuelle ne devrait pas remplacer la coopération bilatérale. Sans préjudice de ses compétences de contrôle propres, l'autorité compétente de l'État membre d'accueil devrait pouvoir vérifier, en cas d'urgence de sa propre initiative ou à l'initiative de l'autorité compétente de l'État membre d'origine, que l'activité d'un établissement financière sur son territoire est conforme aux lois applicables ainsi qu'aux principes d'une bonne organisation administrative et comptable et d'un contrôle interne adéquat.

Les établissements qui opèrent dans plusieurs États membres peuvent être soumis à des exigences disproportionnées en conséquence des responsabilités qui continuent d'incomber aux autorités compétentes de chaque État membre en matière d'agrément et de surveillance. Afin d'éviter ceux-ci, il est essentiel de renforcer sensiblement la coopération entre autorités compétentes.

La responsabilité pour la surveillance d'exigences minimales de fonds propres qui jouent un rôle central dans la surveillance des établissements financières et dans la reconnaissance mutuelle des techniques de surveillance appartient à l'État membre d'origine. Donc, il incombe aux autorités compétentes de s'assurer que les établissements disposent d'une bonne organisation et de fonds propres adéquats au regard des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés.

Afin de renforcer la surveillance prudentielle ainsi que la protection des clients, tout réviseur devrait avoir l'obligation d'informer rapidement les autorités

compétentes lorsque, dans l'exercice de sa mission, il prend connaissance de certains faits qui sont de nature à affecter gravement la situation financière ou l'organisation administrative et comptable d'un établissement de crédit. Pour la même raison, les États membres devraient aussi prévoir que cette obligation s'applique en toute hypothèse lorsque de tels faits sont constatés par un réviseur dans l'exercice de sa mission auprès d'une entreprise qui a des liens étroits avec un établissement de crédit. L'obligation imposée aux réviseurs de communiquer, le cas échéant, aux autorités compétentes certains faits et décisions concernant un établissement de crédit constatés dans l'exercice de leur mission auprès d'une entreprise non financière ne devrait pas modifier en soi la nature de leur mission auprès de cette entreprise ni la façon dont ils devraient s'acquitter de leur tâche auprès de cette entreprise.

L'autorité compétente de l'État membre d'accueil devrait être responsable de la surveillance de la liquidité des succursales et des politiques monétaires. La surveillance du risque de marché devrait faire l'objet d'une coopération étroite entre les autorités compétentes des États membres d'origine et d'accueil.

Dans le cadre de ce principe, les États membres devraient pouvoir édicter des règles plus strictes que celles énoncées dans les directives. L'existence de systèmes internes de surveillance et de contrôle des risques de taux d'intérêt afférents à toutes les opérations des établissements est un moyen particulièrement important de minimiser ces risques. Par conséquent, ces systèmes devraient faire l'objet d'une surveillance des autorités compétentes.

3. Contrôle appropriée au niveau d'un groupe

La crise financière a bien montré la nécessité d'une surveillance appropriée au niveau d'un groupe, c'est pourquoi nous allons mentionner les conglomérats financiers qui concernent plusieurs secteurs en même temps.

Lorsqu'un établissement s'expose à un risque sur sa propre entreprise mère, ou sur d'autres filiales de cette entreprise mère, une prudence particulière s'impose.³³ Une collaboration entre les autorités responsables de la surveillance des différents secteurs financiers devrait être mise en place dans le cas des groupes d'entreprises qui exercent des activités financières variées.³⁴

Le plan d'action pour les services financiers présenté, en 1999, par la Commission énumère un certain nombre d'actions nécessaires pour achever le marché unique des services financiers et il annonce l'établissement d'une législation prudentielle complémentaire des conglomérats³⁵ financiers, en vue de combler les lacunes de l'actuelle législation sectorielle et de porter remède aux risques prudentiels additionnels, de manière à garantir une surveillance saine des groupes financiers exerçant des activités trans-sectorielles.³⁶

Afin d'organiser la surveillance complémentaire des entités réglementées qui ont obtenu un agrément pour accéder aux services financiers dans la Communauté et qui appartiennent à un conglomérat financier, Directive 2002/87/CE a été adoptée.³⁷ Elle se fonde sur trois principes généraux. Premièrement il faut assurer que la surveillance exercée au titre des conglomérats financiers n'affecte pas les tâches et les responsabilités qui résultent des directives sectorielles. Puis, les directives

³³ Au niveau international, la création en 1996 du *Joint Forum* pour pérenniser le dialogue engagé dès le début des années 1990 entre les trois organisations internationales de surveillance des activités financières 1, est l'illustration du besoin d'analyse de toutes les questions prudentielles de nature trans-sectorielle. Le Joint Forum regroupe des représentants des autorités de contrôle des trois secteurs financiers issus de ses organisations « parentes » (le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, l'Association internationale des contrôleurs d'assurance et l'Organisation internationale de surveillance des valeurs mobilières) et comprend trente membres provenant de treize pays : l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, le Canada, l'Espagne, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse. <http://www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>

³⁴ Frank Dierick, **The Supervision of Mixed Financial Services Groups in Europe**, Occasional Paper Series, European Central Bank, No.20 / Frankfurt am Main, 2004 www.ecb.int, p.4

³⁵ Un conglomérat est « *un groupe formé d'entreprises soumises au contrôle stratégique d'une société faîtière qui se caractérise essentiellement par une grande diversification des activités, dénuées le plus souvent de complémentarité et commerciale* », Antoine et Capiou-Huart, **op.cit**, p. 487

³⁶ COM(1999)232, p.13

³⁷ Directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2002, relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE, 98/78/CE et 2000/12/CE.

sectorielles sont complétées afin d'assurer la cohérence nécessaire dans les définitions et les principes qui régissent la surveillance dans chaque secteur et pour assurer, en termes d'exigences en fonds propres, un traitement équivalent entre les groupes financiers, qu'ils soient ou non conglomérats. Enfin, les règles relatives à la coopération et aux échanges d'informations sont complétées afin d'assurer une plus grande coordination dans le contrôle des groupes financiers.

La directive prévoit la désignation d'une autorité de contrôle unique pour coordonner la surveillance globale d'un conglomérat et organise la façon dont celle-ci exerce ses responsabilités. La désignation est fondée sur les critères qui sont déterminés dans l'article 10. Selon l'article 11, elle est qui est chargé de coordonner la collecte et la diffusion des informations utiles ou essentielles, dans la marche normale des affaires comme dans les situations d'urgence. Elle va assurer le contrôle prudentiel et l'évaluation de la situation financière d'un conglomérat financier en évaluant d'une part l'application des règles relatives à l'adéquation des fonds propres, à la concentration de risques et aux transactions intragroupe, d'autre part la structure, l'organisation et les dispositifs de contrôle interne. De plus, elle va planifier et coordonner les activités prudentielles, dans la marche normale des affaires comme dans les situations d'urgence, en coopération avec les autorités compétentes concernées.

Afin de garantir un niveau adéquat de solvabilité des établissements faisant partie d'un groupe, il est essentiel de calculer les exigences minimales de fonds propres sur la base de la situation financière consolidée du groupe. La directive introduit la disposition de fonds propres suffisants pour les conglomérats financiers. Le calcul de l'exigence complémentaire peut être effectué selon l'une des trois méthodes proposées dans la directive. La première la méthode de la consolidation consiste, sur la base des comptes financiers consolidés (avec intégration globale des activités d'assurance), à vérifier que les fonds propres du groupe couvrent la somme des exigences spécifiques à chaque secteur. La deuxième méthode de la déduction et agrégation consiste, lorsqu'il n'existe pas de comptes consolidés, à reconstituer les exigences du groupe à partir des exigences individuelles. Enfin la troisième méthode

de la déduction consiste à substituer à la valeur de la participation le montant de l'actif net réévalué ou l'exigence propre à l'autre secteur.³⁸

Quant aux opérations intra-groupes, la directive introduit un seuil indicatif de l'importance des transactions, fixé à 5 % des exigences totales en fonds propres du conglomérat. Au-delà de ces règles spécifiques, la directive prévoit un cadre plus général en matière de contrôle interne, étendant aux conglomérats financiers des principes déjà largement applicables aux groupes bancaires. En particulier, les conglomérats financiers auront à se doter de procédures de gestion des risques avec des règles de saine gestion et d'implication des organes de direction et d'administration, une politique d'adéquation des fonds propres adaptée au profil de risques, des dispositifs de surveillance des risques conformes à l'organisation du groupe ainsi que des procédures saines de comptabilité et d'information permettant la production de toutes les informations utiles à l'exercice de la surveillance du conglomérat.

De plus la directive a établi un comité de niveau 2 du processus Lamfalussy³⁹ pour conglomérat financier⁴⁰. Selon l'article 21 le comité peut donner des lignes directrices générales sur la question de savoir si les régimes de surveillance complémentaire des autorités compétentes de pays tiers sont susceptibles d'atteindre les objectifs de la surveillance complémentaire définis dans la présente directive en ce qui concerne les entités réglementées d'un conglomérat financier coiffé par une entreprise qui a son siège en dehors de la Communauté. De plus, il réexamine régulièrement toute ligne directrice de cette nature et tient compte de toute modification intervenant dans la surveillance complémentaire exercée par lesdites autorités compétentes.

³⁸ Frank Dierick, **op.cit.** p.23 – 24 ; pour les calculs techniques de ces méthodes voyez l'annexe I de la directive 2002/87/CE.

³⁹ Le processus Lamfalussy sera analysé ci-dessous, voir p. 24

⁴⁰ Frank Dierick, **op.cit.** p.28

4. La législation « Anti-Blanchiment »

Le blanchiment d'argent est l'activité qui consiste à transformer (*ou de laver*) l'argent, les biens ou toute valeur économique provenant des activités illicites⁴¹, les criminels parviennent, en «blanchissant» leur argent sale, à travestir la vraie nature de leurs agissements.⁴² Les mesures adoptées afin d'empêcher ces activités font partie du système européen du contrôle des activités financières.

Cependant, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme s'inscrivent souvent dans un contexte international. Les mesures adoptées par la Communauté, sur ce sujet, devraient être compatibles avec toute autre action engagées dans les organisations internationales.⁴³ De même, la Commission européenne est membre du GAFI (Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux) qui est le principal organisme international et participe pleinement à des organisations internationales⁴⁴ telles que l'OCDE et le Conseil de l'Europe. La Commission a également participé, au nom de l'UE, à l'élaboration des dispositions relatives au blanchiment d'argent que l'on trouve dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.⁴⁵

Il faut noter que le sujet, spécifiquement la prévention du financement du terrorisme au niveau européen, fait l'objet d'un traitement hybride dans la mesure où

⁴¹ Virginie Heem et David Hotte, **La lutte contre le blanchiment des capitaux**, L.G.D.J. Collection : Systèmes, Paris, Décembre 2004, p. 113

⁴² « *L'UE s'attaque à l'argent sale* » (le date d'accession le 23 juillet 2009), disponible sur http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/crime/laundrying/wai/fsj_crime_laundrying_fr.htm

⁴³ Tolga Ceylantepe, « La lutte contre le blanchiment d'argent dans l'Union européenne », **Sigorta Araştırmaları Dergisi**, Türkiye Sigorta Enstitüsü Vakfı, Sayı : 4, Nisan 2008, p. 32

⁴⁴ Le GAFI est un organisme intergouvernemental qui établit des normes, développe et assure la promotion de politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Il se compose actuellement de 34 membres : 32 pays et gouvernements et de deux organisations internationales ; de plus de 20 observateurs : 5 organismes régionaux de type GAFI et plus de 15 autres organisations ou organismes internationaux. Voyez www.fatf-gafi.org (le date d'accession le 24 juillet 2009)

⁴⁵ Le Conseil européen de Tampere a déclaré que « *Le blanchiment d'argent est au cœur même de la criminalité organisée. Il faut l'éradiquer partout où il existe. Le Conseil européen est déterminé à veiller à ce que soient adoptées des mesures concrètes pour dépister, geler, saisir et confisquer les produits du crime.* ». Voyez les Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere, 15-16 Octobre 1999, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm#c (le date d'accession le 27 juillet 2009)

il est fait recours tant à des instruments relevant du deuxième et troisième pilier qu'à des instruments relevant du premier pilier.⁴⁶

Il y existe une directive⁴⁷ dans ce domaine, qui est mise en vigueur en tenant compte de recommandations du GAFI⁴⁸ ayant été largement modifiées et développées en 2003. L'article 2 dispose que cette directive soit appliquée, parmi les autres, aux établissements de crédit, établissements financiers⁴⁹ et qu'elle donne, dans son article 3, une définition détaillée⁵⁰ de ces établissements. La directive énumère les agissements qu'elle considère comme blanchiment de capitaux (*l'article 1 par.2*) :

a) la conversion ou le transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité, dans

⁴⁶ Yves Moïny « Aperçu de la jurisprudence communautaire développé dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international », **Revue du droit de l'Union européenne**, Editions Clément Juglar, 1-2009, Paris, p.37

⁴⁷ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JOCE L 309 du 25/11/2005) ; cette directive a abrogé la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991.

⁴⁸ Voyez ces recommandations sur (le date d'accession le 24 juillet 2009) : http://www.fatf-gafi.org/document/23/0,3343,fr_32250379_32236920_34920215_1_1_1_1,00.html#lesquarante

⁴⁹ Selon l'article 4, ce champ d'application n'est pas limitée : « ...dispositions de la présente directive soient étendues en totalité ou en partie aux professions et aux catégories d'entreprises... qui exercent des activités qui sont particulièrement susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ».

⁵⁰ *Un établissement de crédit* est un établissement de crédit tel que défini à l'article 1er, point 1, premier alinéa, de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, y compris les succursales, au sens de l'article 1er, point 3, de cette directive, d'un établissement de crédit ayant son siège social dans la Communauté ou en dehors, dès lors que ces succursales sont établies dans la Communauté.

Un établissement financier est (1) une entreprise qui exerce au moins l'une des activités visées à l'annexe I, points 2 à 12, et point 14, de la directive 2000/12/CE, y compris les activités de bureau de change et de société de transfert de fonds; (2) une entreprise d'assurances dûment agréée conformément à la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, dans la mesure où elle exerce des activités couvertes par cette directive; (3) une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 1, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers; (4) un organisme de placement collectif qui commercialise ses parts ou ses actions; (5) un intermédiaire d'assurance au sens de l'article 2, point 5, de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, à l'exception des intermédiaires visés à l'article 2, point 7, de ladite directive, lorsqu'ils s'occupent d'assurance vie et d'autres services liés à des placements; (6) les succursales, établies dans la Communauté, des établissements financiers visés aux points a) à e) ayant leur siège social dans la Communauté ou en dehors;

le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans cette activité à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;

b) la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou des droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité;

c) l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens en sachant, au moment de la réception de ces biens, qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité;

d) la participation à l'un des actes visés aux points précédents, l'association pour commettre ledit acte, les tentatives de le perpétrer, le fait d'aider, d'inciter ou de conseiller quelqu'un en vue de le commettre ou le fait d'en faciliter l'exécution.

Elle définit aussi le financement du terrorisme comme le fait, « par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fournir ou de réunir des fonds dans l'intention de les voir utilisés où en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une quelconque des infractions visées aux articles 1er à 4 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil⁵¹. La directive prend des dispositions, par lesquelles ces établissements et personnes sont obligés d'identifier et de vérifier l'identité du bénéficiaire effectif.

Selon la directive les transactions suspectées devraient être déclarées à la cellule de renseignement financier, qui agit en tant que centre national chargé de recevoir, d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes les déclarations de transactions suspectes et d'autres informations relatives à un éventuel blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme.

⁵¹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme 2002/475/JAI (JOCE L 164/3 du 22/6/2002)

La Commission a publiée, en 2006, la Directive 2006/70/CE⁵² qui porte mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE pour ce qui concerne la définition des "personnes politiquement exposées" et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée.

Il y existe deux règlements en ce qui concerne le blanchiment de l'argent : le premier règlement⁵³, qui est entré en vigueur le 15 décembre 2005 détermine les mesures, au niveau communautaire, visant à contrôler les mouvements d'argent liquide à l'entrée ou la sortie de l'Union. En vertu de ce règlement, toute personne physique entrant ou sortant de la Communauté avec au moins 10000 euros en argent liquide sont obligée de déclarer la somme transportée, aux autorités compétentes de l'État membre par lequel elle entre ou sort de la Communauté (*l'article 3*). Les informations obtenues par voie de déclaration ou de contrôle sont enregistrées et mise à la disposition des autorités compétentes (*l'article 5*).

Le deuxième règlement no 1781/2006⁵⁴ relative aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds, fixe des règles relatives à la transmission par les prestataires de services de paiement des renseignements sur le donneur d'ordre tout au long de la chaîne des paiements, aux fins de prévention d'enquête et de détection des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. Ce règlement a pour but d'assurer la transposition uniforme, dans

⁵² Directive 2006/70/CE de la Commission du 1^{er} août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée (JOCE L 214 du 4/8/2006)

⁵³ Règlement (CE) 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté (JOCE L 309 du 25/11/2005)

⁵⁴ Règlement (CE) n o 1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JOCE L 345 du 8.12.2006)

l'ensemble de l'Union européenne, de la recommandation spéciale VII⁵⁵ sur les virements électroniques (RS VII) du GAFI.

B. La structure institutionnelle européenne du contrôle prudentielle et la réglementation financière

Les systèmes financiers de la Communauté sont étroitement liés les uns aux autres, et les événements qui surviennent dans un État membre peuvent avoir une incidence significative sur les institutions financières et les marchés d'autres États membres. La consolidation continue dans le secteur financier et la disparition progressive de la distinction entre activités liées à la banque, aux valeurs mobilières et à l'assurance crée de nouveaux défis en matière de surveillance, tant au niveau national qu'au niveau communautaire.

Dans le domaine du contrôle prudentiel, la formule de l'article 105 par 5 du Traité CE, selon laquelle « *Le SEBC contribue à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier* », indique assez la volonté des auteurs du Traité de ne pas donner au SEBC et à la BCE les responsabilités principales dans ce domaine⁵⁶. Selon l'article 105 par 6, le Conseil peut « confier à la BCE des missions spécifiques » dans ces domaines à l'exception des entreprises d'assurances, « statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, après consultation de la BCE et sur avis conforme du Parlement européen ».

Donc, des mécanismes de renforcement de la discipline collective dans la mise en œuvre et le contrôle du respect de la législation communautaire dans le secteur des services financiers sont également nécessaires afin de parvenir à une

⁵⁵ Cette Recommandation Spéciale a été instituée à Paris lors du sommet du G7 de 1989 et a été élaborée à l'origine dans le but d'empêcher les terroristes et autres criminels d'avoir un accès sans entrave aux virements électroniques lors du déplacement de leurs fonds et de détecter ces abus lorsqu'ils se produisent. Voyez GAFI, **Revised Interpretative Note to Special Recommendation VII: Wire Transfer**, disponible sur <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/16/34/40268416.pdf>

⁵⁶ Jean-Victor Louis, « Mondialisation et contrôle prudentiel: centralisation ou décentralisation? » *Revue internationale de droit économique*, t. XVI 2002/2-3, De Boeck Université, 2002, p.546

interprétation uniforme des règles prudentielles. Mais la création d'une seule autorité n'était pas jugée nécessaire.⁵⁷ Une coopération structurée sur une base ponctuelle entre les autorités nationales de surveillance est plus favorable que la création de nouvelles dispositions au niveau de l'Union européenne pour assurer la stabilité financière⁵⁸.

Étant donné que les institutions financières se réorganisent sur une base transnationale, leur nationalité devient moins claire et il pourrait devenir difficile d'établir quel superviseur en assume la responsabilité en cas de crise de solvabilité. Ici aussi, une coopération intense entre superviseurs en matière de détection et de réponse rapide est essentielle.⁵⁹

La concentration des pouvoirs de contrôle dans les mains d'une autorité ayant des compétences dites « horizontales » pose des problèmes de contrôle démocratique (« *accountability* ») des organismes dotés de ces responsabilités. Pour assurer une légitimité démocratique au système, il faut que les règles de base soient fixées par des actes de droit dérivé. En outre, comme pour toutes les agences, le contrôle juridictionnel est une exigence fondamentale.⁶⁰

La Commission européenne exécute la législation "cadre" au lieu d'une indication détaillée et/ou chiffrée et lorsque des instructions détaillées sont nécessaires, elles pourraient être fournies de façon supplémentaire et plus flexible. Des communications de la Commission, des recommandations ou des décisions de la Commission sont soumises à des dispositions appropriées en matière de "comitologie".

⁵⁷ Louis, *op. cit.*, p. 548

⁵⁸ **Services financiers: Elaborer un cadre d'action**, le 28 septembre 1998, Bruxelles, p. 3 ; « *l'un des domaines d'action prioritaire est ce que la coordination étroite entre autorité de surveillance devait être encouragée...* » Services financiers: mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : Plan D'action, Communication de la Commission COM (1999) 232, 11.05.1999, p. 3

⁵⁹ **Services financiers: Elaborer un cadre d'action**, le 28 septembre 1998, Bruxelles, p. 20

⁶⁰ Louis, *op.cit* p.556

De même, les autorités nationales de contrôle collaborent aussi entre elles bilatéralement en vertu d'un réseau de *Memoranda of Understanding*.⁶¹ En considérant des doutes sur le bon fonctionnement de la coopération entre les autorités nationales ; il y a été établi plusieurs comités en charge de celle-ci.

1. Le processus Lamfalussy

Le processus Lamfalussy a été initié en 2001, par le rapport du comité des sages sur la régulation du marché des valeurs mobilières⁶², afin de renforcer le cadre européen de la réglementation et du contrôle de ce secteur. Le rapport énonce que *le développement du marché financier de l'UE est freiné par une pléthore d'obstacles, tels que l'absence d'une réglementation européenne précise, d'un système de décision efficace et d'une interprétation commune des règles* ».

Le processus Lamfalussy a pour but d'assurer un dialogue permanent et transparent entre le législateur et les acteurs du marché, notamment par le biais de consultations publiques à chaque niveau de la procédure. Son objectif est de permettre d'élaborer des textes plus adaptés au terrain et plus harmonisés. Dans la procédure les textes sont préparés après la consultation des acteurs concernés et elle prévoit davantage de coopération entre les régulateurs des différents Etats membres, afin de satisfaire toutes les parties, au sein de l'Union européenne pour la régulation du système financier.⁶³ Le Comité des sages, dans son rapport final, recommande que les conditions suivantes soient respectées: *le processus législatif doit être transparent, respecter l'équilibre institutionnel et être conforme à la structure des traités*. Cette approche réglementaire à quatre niveaux fonctionne comme suit⁶⁴:

⁶¹ **Ib.id.**, p.547

⁶² « **Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières** », Bruxelles, le 15 février 2001

⁶³ Delsaux, **op.cit.**, p. 45

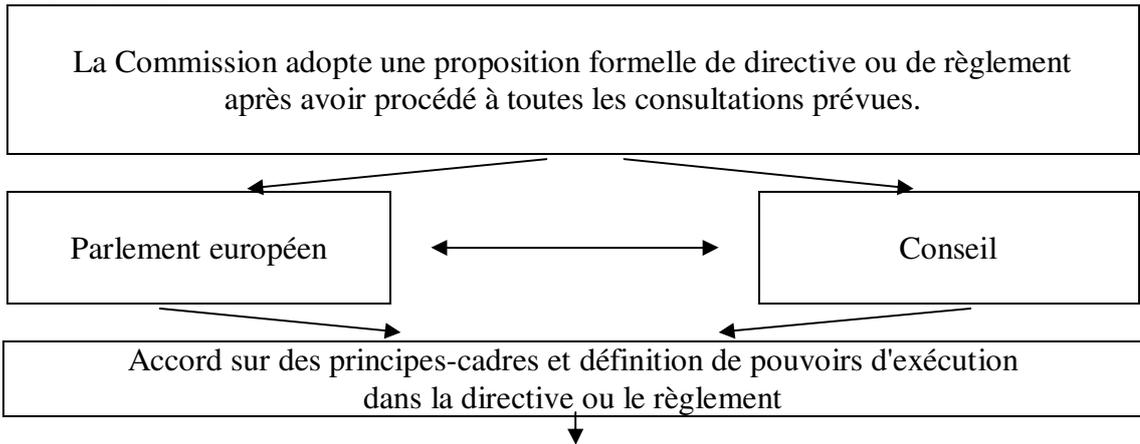
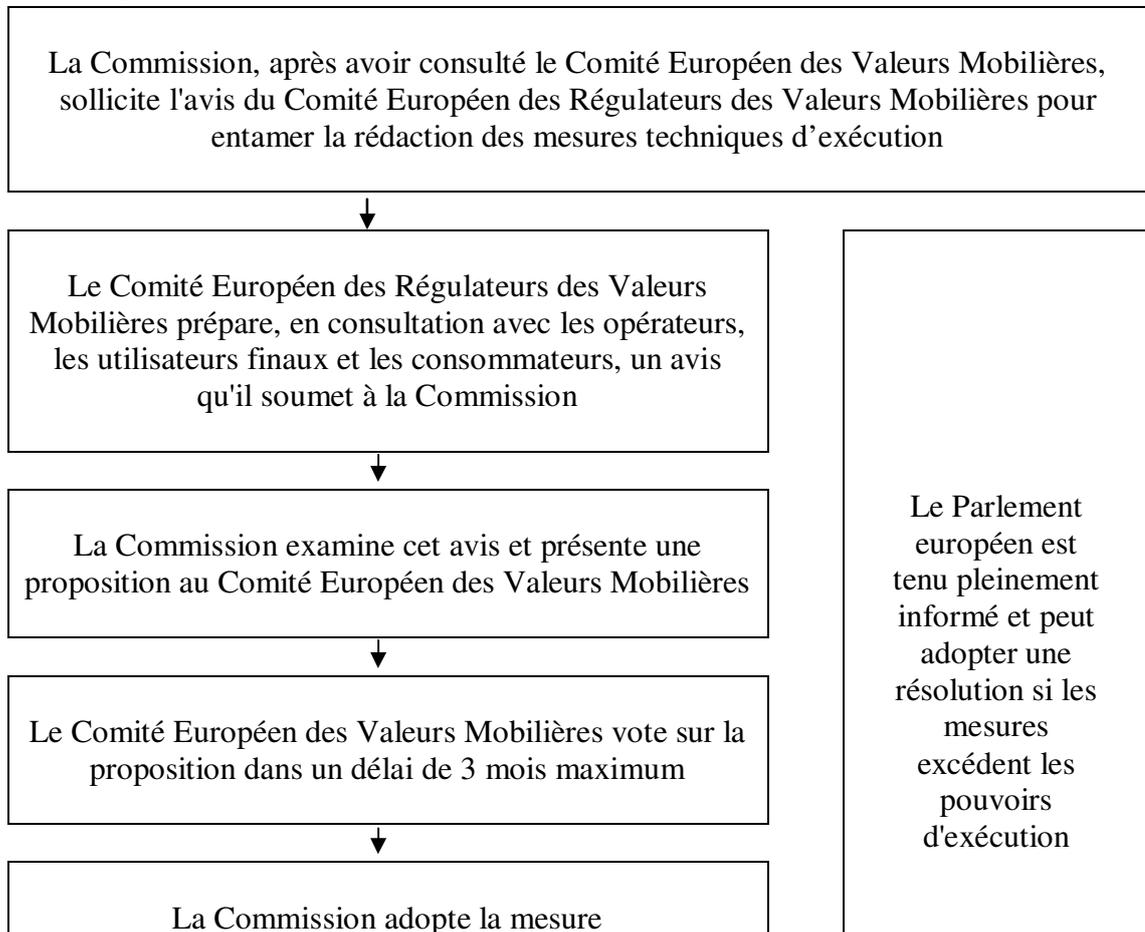
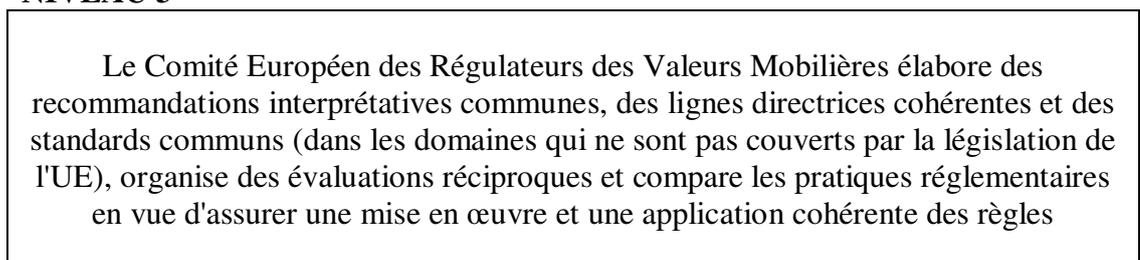
⁶⁴ Commission des Communautés européennes, **Marchés financiers : La Commission se félicite de l'accord du Parlement sur les propositions de réforme Lamfalussy**, (Communiqué de presse) IP/02/195 Date: 05/02/2002

Le niveau I est constitué d'actes législatifs, à savoir des directives ou des règlements, proposés par la Commission après consultation de toutes les parties intéressées et adoptés en codécision par le Parlement européen et le Conseil conformément au traité CE. Lors de l'adoption de chacun de ces actes, directives ou règlements, le Conseil et le Parlement décident, sur la base d'une proposition de la Commission, de la nature et de la portée des mesures techniques d'exécution à arrêter au niveau 2.

Au niveau 2, le Comité européen des valeurs mobilières et un comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières sont créés. Les comités de réglementation, assistent la Commission dans l'adoption de ces mesures d'exécution. Ces mesures garantissent que les dispositions législatives de caractère technique restent en phase avec l'évolution des marchés.

Les mesures de niveau 3 ont pour objectif d'améliorer la mise en œuvre des actes de niveaux 1 et 2 dans les États membres, qui doivent devenir commune et uniforme afin de garantir une transposition efficace et équivalente des textes législatifs. Le Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières exercent une responsabilité particulière dans ce domaine avec des normes communes d'application.

Au niveau 4, la Commission fait appliquer la législation communautaire de manière plus rigoureuse, notamment grâce à un contrôle accru et à une action plus vigoureuse de la Commission, action sous-tendue par une coopération renforcée entre les États membres, leurs autorités de régulation et le secteur privé. Dans le rapport des sages, les niveaux du processus Lamfalussy est expliquait selon le tableau ci-dessous.

NIVEAU 1 * * * * ***NIVEAU 2** * * * * ***NIVEAU 3** * * * * *

NIVEAU 4 * * * * *

La Commission vérifie que les États membres sont en conformité avec la législation de l'UE



La Commission peut entreprendre un recours contre tout Etat Membre qui ne respecterait pas le droit communautaire

Source : « Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières », Bruxelles, le 15 février 2001, p.12

La Commission a procédé en 2007 au réexamen du processus Lamfalussy, dont elle a présenté les résultats dans une communication du 20 novembre 2007 intitulée "Réexamen du processus Lamfalussy — Renforcer la convergence en matière de surveillance".⁶⁵ La Commission, dans son rapport, a souligné l'importance que présentent ces comités de surveillance sur un marché financier européen de plus en plus intégré et qu'il a été jugé nécessaire d'établir un cadre clair pour les activités de ces comités dans le domaine de la coopération et de la convergence en matière de surveillance.⁶⁶

2. Les comités des contrôleurs de Lamfalussy de niveau 3

Actuellement, trois comités existent au niveau de l'UE dans le secteur des services financiers, dotés de pouvoirs consultatifs: le Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB), le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP) et le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM).⁶⁷ Ceux-ci sont souvent appelés « comités Lamfalussy de niveau 3 » en raison du rôle qu'ils jouent dans le cadre institutionnel

⁶⁵ Commission des communautés européennes, **Décision de la commission du 23.1.2009 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières**, Bruxelles, C (2009) 176 final, 23.1.2009

⁶⁶ Recommandation de la Commission du 29 juin 2009 concernant des mesures visant à améliorer le fonctionnement du marché unique (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2009/524/CE)

⁶⁷ Nous omettons autres comités consultatifs tel que le Comité bancaire européen, le Comité européen des assurances et des pensions professionnelles et le Comité européen des valeurs mobilières, pour se concentrer sur les organisations des contrôleurs.

européen dans le domaine des services financiers. Ils ont été créés à la suite du rapport publié par un groupe de haut niveau présidé par le baron Alexandre Lamfalussy.

Le 14 mai 2008, le Conseil a invité la Commission à réviser les décisions de la Commission instituant les comités de surveillance afin d'assurer la cohérence et l'homogénéité de leurs mandats et de leurs missions, ainsi que de renforcer leur contribution à la coopération et à la convergence en matière de surveillance. Le Conseil a relevé que des missions spécifiques pouvaient être confiées expressément aux comités de surveillance pour encourager la coopération et la convergence en matière de surveillance et promouvoir le rôle de ces comités dans l'évaluation des risques qui pèsent sur la stabilité financière. Il convient, dès lors, de doter ces comités d'un cadre juridique renforcé quant à leur rôle et leurs missions dans ce domaine. Compte tenu de la mondialisation des services financiers et de l'importance accrue des normes internationales, les comités doivent également encourager le dialogue et la coopération avec les autorités de surveillance extérieures à la Communauté.

Dans les décisions de la Commission sur l'institution de ces comités, et afin de préserver la stabilité financière, il est nécessaire de mettre en place au niveau de chaque comité un système permettant de déceler à un stade précoce les éventuels risques transfrontaliers et trans-sectoriels et d'informer, s'il y a lieu, la Commission et les autres comités. En outre, il est essentiel que les comités veillent à ce que les ministères des finances et les banques centrales nationales des États membres soient informés. À cet égard, le rôle des comités doit être de déceler les risques dans leurs secteurs de fournir des informations régulières à la Commission à leur sujet. Le Conseil doit également être informé de ces évaluations. Les comités doivent en outre coopérer avec le Parlement européen et lui fournir des informations périodiques sur la situation dans le secteur.

a. Le Comité européen des contrôleurs bancaires

Le Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB) conseille la Commission, notamment sur les projets de mesures d'exécution dans le domaine des activités bancaires et des conglomérats financiers, soit de sa propre initiative, soit à la demande de la Commission. La décision de la Commission du 23 janvier 2009⁶⁸, qui institue le CECB, indique que la composition du comité doit refléter l'organisation du contrôle bancaire, comme elle doit tenir compte du rôle des banques centrales à l'égard de la stabilité générale du secteur bancaire, tant au niveau national qu'au niveau communautaire. Il est composé de hauts représentants des autorités publiques des États membres compétentes dans le domaine du contrôle prudentiel des établissements de crédit, de hauts représentants des banques centrales nationales investies d'une responsabilité opérationnelle spécifique dans le contrôle individuel des établissements de crédit parallèlement à une autorité de contrôle compétente et des hauts représentants des banques centrales qui ne participent pas directement au contrôle individuel des établissements de crédit, y compris la Banque centrale européenne.

Le CECB améliore la coopération entre les autorités de surveillance nationales dans le domaine bancaire et favorise la convergence des pratiques et des approches prudentielles des États membres dans l'ensemble de la Communauté. À cet effet, certaines tâches que le Comité effectue sont énumérées dans l'article 4 de la Décision, selon laquelle il fournit des avis aux autorités de surveillance dans les cas prévus par la législation applicable ou à leur demande et examine l'application pratique des orientations, des recommandations et des normes non contraignantes qu'il publie.

Le Comité est un office de médiateur entre autorités de surveillance ou il doit au moins faciliter une telle médiation dans les cas prévus par la législation applicable ou à la demande d'une autorité de surveillance.

⁶⁸ 2009/78/CE: Décision de la Commission du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE JOCE No L 025 du 29/01/2009

Il promeut les échanges bilatéraux et multilatéraux efficaces d'informations entre autorités de surveillance, dans le respect des dispositions applicables en matière de confidentialité et il facilite la délégation des tâches entre autorités de surveillance, notamment en recensant les tâches pouvant être déléguées et en promouvant les meilleures pratiques.

Il contribue à garantir l'efficacité et la cohérence du fonctionnement des collèges des autorités de surveillance, notamment en définissant des orientations pour leur fonctionnement opérationnel, en effectuant un suivi de la cohérence des pratiques des différents collèges et en diffusant les meilleures pratiques en contribuant à l'élaboration de normes d'information communes et de grande qualité en matière prudentielle.

Dans le même article, il est prévu que le comité examinera les pratiques prudentielles des États membres et évaluera leur convergence d'une manière continue et qu'il soumettra un rapport annuel sur les progrès effectués et recense les obstacles qui subsistent. Au mois deux fois par an, le comité aussi fournira à la Commission des évaluations sur les tendances micro-prudentielles, les risques éventuels et les vulnérabilités dans le secteur bancaire. Ces évaluations du comité doivent comprendre un classement des principaux risques et vulnérabilités, indiquer dans quelle mesure ces risques et vulnérabilités représentent une menace pour la stabilité financière et, s'il y a lieu, proposer des mesures préventives ou correctives.⁶⁹

b. Le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles

Le comité, qui est établi par la décision de la Commission du 23 janvier 2009⁷⁰, est chargé d'assister la Commission dans les domaines de l'assurance, de la réassurance et des pensions professionnelles. Dans le domaine des pensions professionnelles, le comité a toutefois pour mission d'examiner que les questions de

⁶⁹ L'article 5 de la décision 2009/78/CE.

⁷⁰ 2009/79/CE: Décision de la Commission du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles JOCE No L 025 du 29/01/2009

réglementation et de contrôle, et non pas les questions relevant du droit du travail et du droit social, comme l'organisation de régimes professionnels, l'affiliation obligatoire à ces régimes ou les conventions collectives.

Le comité est composé de hauts représentants des autorités publiques nationales compétentes en matière de contrôle des assurances, de la réassurance et des pensions professionnelles. Chaque État membre désigne un haut représentant de ses autorités compétentes pour participer aux réunions du comité. La Commission est représentée aux réunions du comité; elle désigne un haut représentant, qui participe à ses débats.⁷¹

Selon l'article 4 de la décision, le comité améliorera la coopération entre les autorités de surveillance nationales dans le domaine de l'assurance, de la réassurance et des pensions professionnelles et favorisera la convergence des pratiques et des approches prudentielles des États membres dans l'ensemble de la Communauté. A cet effet, il fournit des avis aux autorités de surveillance dans les cas prévus par la législation applicable ou à leur demande et promeut les échanges bilatéraux et multilatéraux efficaces d'informations entre autorités de surveillance, dans le respect des dispositions applicables en matière de confidentialité. Il facilite aussi la délégation des tâches entre autorités de surveillance, notamment en recensant les tâches pouvant être déléguées et en promouvant les meilleures pratiques.

Il contribue à garantir l'efficacité et la cohérence du fonctionnement des collèges des autorités de surveillance, notamment en définissant des orientations pour leur fonctionnement opérationnel, en effectuant un suivi de la cohérence des pratiques des différents collèges et en diffusant les meilleures pratiques et examine ses orientations et recommandations et des normes non contraignantes qu'il publie. Il contribue à l'élaboration de normes d'information communes et de grande qualité en matière prudentielle.

⁷¹ L'article 7 de la décision 2009/79/CE.

Le Comité fait office de médiateur entre autorités de surveillance ou facilite une telle médiation dans les cas prévus par la législation applicable ou à la demande d'une autorité de surveillance.

Le comité examine les pratiques prudentielles des États membres et évalue leur convergence d'une manière continue. Il fait annuellement rapport sur les progrès effectués et recense les obstacles qui subsistent.

c. Le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières

Le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières a été institué par la décision de la Commission du 23 janvier 2009.⁷² Il est composé de hauts représentants des autorités publiques des États membres compétentes dans le domaine des valeurs mobilières, y compris les Organisme de placement collectif en valeurs mobilières et la Commission est représentée aux réunions du comité; elle désigne un haut représentant, qui participe à ses débats.

Le comité améliore la coopération entre les autorités de surveillance nationales dans le domaine des valeurs mobilières et favorise la convergence des pratiques et des approches prudentielles des États membres. Certaines tâches que le Comité effectue sont énumère dans l'article 4 de la Décision. Parallèlement aux tâches prévus pour les autres Comités, il fournit des avis aux autorités de surveillance dans les cas prévus par la législation applicable ou à leur demande et facilite la délégation des tâches entre autorités de surveillance, notamment en recensant les tâches pouvant être déléguées et en promouvant les meilleures pratiques.

Il promeut les échanges bilatéraux et multilatéraux efficaces d'informations entre autorités de surveillance, dans le respect des dispositions applicables en matière de confidentialité et contribue à garantir l'efficacité et la cohérence du fonctionnement des collèges des autorités de surveillance, notamment en définissant des orientations pour leur fonctionnement opérationnel, en effectuant un suivi de la

⁷² 2009/77/CE: Décision de la Commission du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, JOCE No. L 025 du 29/01/2009

cohérence des pratiques des différents collèges et en diffusant les meilleures pratiques autant qu'il contribue à l'élaboration de normes d'information communes et de grande qualité en matière prudentielle. A cet effet il examine l'application pratique des orientations, des recommandations et des normes non contraignantes qu'il publie.

Comme les autres Comités, il fait aussi office de médiateur entre autorités de surveillance ou facilite une telle médiation dans les cas prévus par la législation applicable ou à la demande d'une autorité de surveillance;

Le comité exécute les tâches qui lui sont confiées et contribue à la mise en œuvre commune et uniforme et à l'application cohérente de la législation communautaire en publiant des orientations, des recommandations et des normes non contraignantes.⁷³ Il examine les pratiques prudentielles des États membres et évalue leur convergence d'une manière continue et il fait annuellement rapport sur les progrès effectués et recense les obstacles qui subsistent. Le comité élabore de nouveaux outils pratiques de convergence afin de promouvoir les approches prudentielles communes.⁷⁴

3. Nouveau cadre européen pour la surveillance financière.

Il est admis qu'un niveau suffisant de confiance, notamment au regard du système et des institutions, est nécessaire pour la stabilité et sauvegarde du système social, économique ou même politique.⁷⁵ En tenant compte de ceci, la Commission a énoncé, dans sa communication récente⁷⁶, que les faiblesses de la surveillance

⁷³ L'article 3 de la décision 2009/77/CE.

⁷⁴ L'article 4 de la décision 2009/77/CE.

⁷⁵ Felix Roth, « **The Effect of The Financial Crisis on Systemic Trust** » CEPS working Document No. 316, Centre for European Policy Studies, July 2009 disponible sur www.ceps.eu

⁷⁶ Commission des Communautés européennes, « **Communication De La Commission : Surveillance financière européenne** », COM(2009) 252 final, Bruxelles, 27.5.2009

financière s'étendent le système financier dans son ensemble et qu'il fallait de mettre en œuvre d'une réforme de la surveillance financière de l'UE.⁷⁷

En l'absence d'un pouvoir politique européenne, la réaction de l'Union a été limitée aux mesures destinée à encadrer les plans des sauvetages bancaires élaborés par les Etats membres. De même son programme pour faire face à la récession économique confie l'essentiel de la relance aux Etats. Il convient de dire que la gestion des crises reste essentiellement nationale et qu'elle ne semble être cordonné que par les dispositions européennes restrictives, assouplies temporairement, concernant les déficits budgétaire et l'exercice de la concurrence.⁷⁸ Afin de surmonter les problèmes institutionnel dans le cas de crise et de réduire leur risque et résultats négatives, la Commission propose que le cadre européen amélioré pour la surveillance financière soit composé de deux nouveaux piliers.

Premièrement un Conseil européen du risque systémique (CERS) sera institué et il sera chargé de surveiller et d'analyser les risques que les évolutions macroéconomiques et du système financier dans son ensemble font peser sur la stabilité du système financier («surveillance macro prudentielle»). À cette fin, le CERS émettra des alertes rapides en cas d'intensification des risques systémiques et, le cas échéant, formulera des recommandations quant aux mesures à prendre pour faire face à ces risques. Il est prévu que la création du CERS palliera l'une des faiblesses fondamentales révélées par la crise, à savoir la vulnérabilité du système financier à des risques systémiques interconnectés, complexes, sectoriels et trans-sectoriels.

⁷⁷ « En novembre 2008, la Commission a chargé un groupe à haut niveau, dirigé par M. Jacques de Larosière, de présenter des recommandations à la Commission quant à la manière de renforcer le dispositif de surveillance financière européen afin de mieux protéger ses citoyens et de rétablir la confiance dans le système financier... Dans son rapport final présenté le 25 février 2009, le groupe de Larosière a mis en avant un projet équilibré et pragmatique pour un nouveau système de surveillance financière européen. Ce projet est centré sur des propositions de renforcement de la coopération et de la coordination entre les autorités nationales de surveillance, notamment par la création de nouvelles autorités européennes de surveillance et, pour la première fois, d'un organisme au niveau européen chargé d'assurer la surveillance du risque à l'échelon du système financier dans son ensemble. » Ibid. p.2

⁷⁸ Gilbert Koenig, « La gestion européenne de la crise », **Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe**, Editorial de Michel Dévoluy, no.19, Strasbourg, l'Université de Strasbourg, Hiver 2008, p. 14

Le CERS ne disposera d'aucune compétence juridique contraignante. Il devrait néanmoins exercer une forte influence sur les destinataires des alertes et des recommandations du fait de la qualité de ses analyses et de la participation de tous les gouverneurs des banques centrales de l'UE, des autorités de surveillance et de la Commission à ses travaux.

Il sera composé de gouverneurs des 27 banques centrales nationales, les présidents des trois autorités européennes de surveillance, le vice-président de la BCE, un membre de la Commission européenne et le président de la BCE qui sera le président du Comité.

Deuxièmement, un système européen de surveillance financière, constituera d'un réseau étroit d'autorités nationales de surveillance financière travaillant en interaction avec les nouvelles autorités européennes de surveillance afin de veiller à la solidité financière des établissements financiers eux-mêmes et de protéger les utilisateurs de services financiers. Les trois comités de surveillance actuels seront remplacés par trois nouvelles autorités européennes de surveillance, à savoir une Autorité bancaire européenne, une Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles et une Autorité européenne des valeurs mobilières, possédant chacune la personnalité juridique. Ces nouvelles autorités prendront en charge toutes les missions des comités de surveillance actuels, mais elles seront également investies de responsabilités étendues, de compétences juridiques définies et d'une autorité renforcée. La surveillance courante restera principalement du ressort des autorités nationales chargées de la surveillance des entités individuelles.

Dans la Communication, la composition et structure opérationnelle du SESF est prévu comme suit : Chaque nouvelle autorité sera dotée d'un conseil des autorités de surveillance composé de représentants au plus haut niveau des autorités nationales de surveillance concernées et présidé par le président de l'autorité européenne de surveillance en question. Des représentants de la Commission, du CERS et des autorités de surveillance concernées des pays de l'AELE-EEE devront participer aux réunions du conseil des autorités de surveillance en tant qu'observateurs, sans toutefois assister aux discussions portant sur des établissements individuels. Conformément aux pratiques actuelles, un conseil d'administration devra également être mis en place pour gérer le fonctionnement général de l'autorité (budget, etc.). La

Commission y siègera. Les présidents et secrétaires généraux des autorités européennes de surveillance devront être des professionnels indépendants employés à plein-temps. Le président sera désigné à la suite d'un concours général. La désignation sera confirmée par le Parlement européen et la durée du mandat sera de cinq ans.

Le conseil des autorités de surveillance devrait se réunir à intervalles réguliers, des réunions supplémentaires étant organisées en temps de crise. Les décisions des autorités européennes de surveillance portant sur des règles techniques seront adoptées en conseil, à la majorité qualifiée selon la pondération des États membres prévue par le traité.

Pour conclure, il convient de dire que le système global du contrôle des services financiers, qui concerne ces services sans distinguer les secteurs, a deux volets ; d'une part les règles qui permettent l'établissement et prestation des services financiers sous les conditions bien réglementées, d'autre part le cadre institutionnel de l'Union qui permet d'adopter les règles plus appropriées au terrain. Il faut d'analyser ce système sous trois secteurs (les banques, les assurances et les valeurs mobilières) pour appréhender son développement au niveau communautaire.

DEUXIEME PARTIE

SYSTEM DU CONTROLE SECTEURIEL

Dans cette partie, on examinera le système du contrôle sous trois grands secteurs : les banques, sociétés d'assurance et le commerce de valeur mobilière. En effet, il est nécessaire de souligner le rôle de ces trois secteurs en raison de leur caractère parallèle qu'elles occupent mais aussi les réglementations techniques particularisées dans la législation communautaire.

A. Les banques

Les Etats sont, traditionnellement, très vigilants aux activités bancaire, dans les conditions, où les banques sont à l'origine de l'émission de la monnaie scripturale, qui représente la part la plus importante de la masse monétaire en circulation. De même que les banques sont ou peuvent être exposés des plusieurs risques. Par conséquent, ils devraient disposer d'un capital interne adéquat en termes de quantité, de qualité et de répartition et ils devraient mettre en place des stratégies et processus leur permettant d'apprécier et de préserver l'adéquation de leur capital interne. Les exigences minimales de fonds propres devraient être proportionnées aux risques qu'elles visent. En particulier, elles devraient tenir compte de la réduction des niveaux de risque découlant d'une exposition à un grand nombre de risques relativement faibles.

Étant donné que les établissements de crédit sont en concurrence directe dans le marché intérieur, les règles au niveau communautaire en matière de surveillance a pour but de harmoniser les obligations dans l'ensemble de la Communauté.

Le degré de la spécialisation des établissements bancaires est très variable d'un Etat membre à l'autre.⁷⁹ Cependant, il est évident que le secteur bancaire est bien

⁷⁹ Le MIRE. *op.cit.*, p. 52

globalisé et que l'achèvement d'un marché intégré pour les banques n'est pas seulement un exercice interne à l'Union. Il faut d'instaurer une politique internationale, en particulier l'instauration de « dialogues réglementaires » concernant l'équivalence des objectifs de surveillance, qui est un élément essentiel dans un marché mondial de plus en plus globalisé. Ces services participent dans toute une série de forums internationaux, comme le Comité de Bâle sur la Surveillance Financière (G-10), le Comité de Surveillance Bancaire de la Banque Centrale et le Forum Conjoint sur les Conglomérats Financiers⁸⁰.

Pour bien définir le système contrôle européen des banques, il faut illustrer le cadre général des normes Bâle II.

1. Le cadre général des normes Bâle II

Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, institué en 1975 par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix, rassemble les autorités de contrôle des banques. Il est composé de hauts représentants des autorités de contrôle bancaire et banques centrales d'Allemagne, de Belgique, du Canada, d'Espagne, des États-Unis, de France, d'Italie, du Japon, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de Suède et de Suisse. Ses réunions ont habituellement siège de son Secrétariat permanent de la Banque des Règlements Internationaux, à Bâle.

Le premier accord Bâle qui a introduit un modèle des règles acceptables par des banques même locaux que internationaux, a été publié en 1988 et il a été adopté dans plus des 100 États⁸¹ au-delà de ceux qui cités ci-dessus.

Engagés en 1999, afin de mettre au point un dispositif permettant de renforcer encore la solidité et la stabilité du système bancaire international, les normes Bâle

⁸⁰ Voir plus d'info sur le site officiel de la Commission européenne, concernant la politique générale sur les banques sous la rubrique de marché intérieur; disponible http://ec.europa.eu/internal_market/bank/index_fr.htm (le date d'accès: 22 juillet 2009)

⁸¹ Ayşe Gül Hatipoğlu, « Basel II (Yeni Sermaye Uzlaşısı) ve Gelişmekte Olan Ülkeler Üzerindeki Etkisi »; **Vergi Dünyası**, Sayı 325, Eylül 2008, p. 150.

II⁸² (*le nouvel accord de Bâle*) ont été publiées le 15 juillet 2004. Ils constituent un dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires et principalement le risque de crédit ou de contrepartie et les exigences en fonds propres. Plus de cent Etats dans le monde ont adopté les règles harmonisées avec celles-ci, même l'Union européenne⁸³ a adopté la directive "adéquation des fonds propres", comprenant les deux directives successives⁸⁴ en 2006.

Bâle II a introduit, parmi des nouveautés, des définitions des normes sensibles au risque, fondées sur des concepts éprouvés et tenant dûment compte des spécificités locales des systèmes nationaux de surveillance et de comptabilité, mais a conservé des éléments fondamentaux du dispositif de 1988 – par exemple *l'obligation générale aux banques de détenir des fonds propres, la structure de base visant à étendre l'accord sur les fonds propres aux risques de marché et la définition des instruments admis à figurer dans les fonds propres*. Bâle II repose sur 3 piliers.

a. Pilier I

Le premier pilier donne lieu à l'exigence de fonds propres et cherche à rendre les fonds propres cohérents avec les risques encourus par les établissements financiers. Parmi les nouveautés, signalons-la prise en compte des risques opérationnels (fraude et pannes de système) et des risques de marché, en complément du risque de crédit ou de contrepartie⁸⁵.

Bâle II définit risques opérationnels comme *le risque de pertes résultant de carences ou de défauts attribuables à des procédures, personnels et systèmes*

⁸² Voir. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Banque des Règlements Internationaux « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé) », Juin 2004 (ISBN 92-9197-223-1 / version en ligne) disponible sur <http://www.bis.org/publ/bcbs129fre.pdf> (le date d'accès: 22 juillet 2009)

⁸³ Voir le renvoi 80

⁸⁴ 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 (JOCE L 177 du 30.6.2006) ; Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (JOCE L 177 du 30.6.2006).

⁸⁵ L'Académie des Sciences et Techniques Comptables et Financières « Le financement des entreprises après Bâle II », *Cahiers de l'Académie*, N°.10, ; Janvier 2008 ; Hatipoğlu, *op.cit* p. 152

*internes ou à des événements extérieurs.*⁸⁶ Les risques opérationnels peuvent être classés en trois domaines : (I) la fraude qui vise les événements externes (hold-up, faux chèques...) et les malversations internes, (II) la sécurité qui porte sur la sécurité physique des bâtiments et des actifs et sur la sécurité informatique et des systèmes, et (III) la procédure qui cause les pertes découlant de pratiques contraires à la réglementation et qui proviennent d'erreurs dans les procédures de traitement des opérations.⁸⁷ Il y existe trois méthodes de calcul des exigences de fonds propres au titre du risque opérationnel : approche indicateur de base, approche standard, approches de mesures avancées.⁸⁸

Le risque de crédit est le risque que l'emprunteur ne rembourse pas, partiellement ou totalement, sa dette à l'échéance fixée.⁸⁹ Bâle II donne aux banques le choix entre deux grandes méthodes de calcul des exigences de fonds propres relatives à leur risque de crédit. La première consiste à évaluer ce risque selon une approche standard, s'appuyant sur des évaluations externes du crédit.⁹⁰ La seconde méthode de calcul permettrait aux banques d'utiliser leur système de notation interne, sous réserve de l'approbation explicite de leur autorité de contrôle.⁹¹

L'exigence d'une couverture des risques de marché par des fonds propres réglementaires a été introduite plus récemment que pour le risque de crédit avec la mise en œuvre, en 1996, de l'Amendement à l'Accord de Bâle sur les fonds propres de 1988. Les risques de marché concernés sont de quatre types : taux d'intérêt, variation du prix des titres de propriété (« risque actions »), règlement-contrepartie et change. Visant à limiter la vulnérabilité des établissements à ces risques,

⁸⁶ « *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé)* », par. 644

⁸⁷ Ariane Chapelle, Georges Hübner et Jean-Philippe Peters, « Le Risque Opérationnels : Implication de l'accord de Bâle pour le secteur financier », **Cahiers Financiers**, Lancier, 2006, p.7-8

⁸⁸ Pour le calcul en détail de risque opérationnel selon chacun d'approches voir. « *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé)* », par. 645 – 683

⁸⁹ Hatipoğlu, **op.cit.** p.152

⁹⁰ Pour le calcul en détail de risque de crédit selon une approche standard voir. « *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé)* », par. 50 – 210

⁹¹ Pour le calcul en détail de ce risque selon une approche fondée sur les notations internes (NI) voir. « *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé)* », par. 211 – 538

l'Amendement de 1996 permet aux banques d'utiliser, aux fins de calcul de leurs exigences en fonds propres, soit une approche standard soit leurs modèles internes.⁹² La définition du portefeuille de négociation dans Bâle II a remplacé cette définition de risques de marché. Par portefeuille de négociation, on entend les positions sur instruments financiers et produits de base détenues à des fins de négociation ou dans le but de couvrir d'autres éléments du portefeuille de négociation. Pour être inclus dans le portefeuille de négociation aux fins du calcul des exigences de fonds propres réglementaires, ces instruments financiers doivent être exempts de clauses limitant leur négociabilité ou doivent pouvoir faire l'objet d'une couverture intégrale. En outre, les positions doivent être réévaluées fréquemment et avec précision et le portefeuille doit être géré activement.

Le niveau minimal de fonds propres est, le plus simplement, trouvé selon formule ci-dessous⁹³ :

$$\text{Ratio de exigence de fonds propres} = \frac{\text{Capital Total}}{\text{Risque de + Cr\u00e9dit} + \text{Risque de + March\u00e9} + \text{Risque Op\u00e9rationnel}} \geq 8 \%$$

Alors que le niveau minimal de fonds propres pour les banques à dimension internationale ont été fixées, une certaine liberté est donnée aux autorités nationales pour fixer des seuils plus exigeants. De plus, il leur est loisible de mettre en place des critères supplémentaires d'adéquation des fonds propres pour les structures bancaires relevant de leur autorité, notamment afin de compenser d'éventuelles incertitudes, inhérentes à toutes règles relatives aux fonds propres, sur la précision de la mesure de l'exposition au risque, ou de restreindre leur recours à l'endettement.⁹⁴

⁹² Olivier Prato « Mieux appréhender les risques du portefeuille de négociation », **Revue de la stabilité financière** N° 8, Banque de France, Mai 2006, p. 54.

⁹³ **Ib.id.** p.152

⁹⁴ « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé) », par. 684 - 685

b. Pilier II

Pilier II renforce et complète pilier I alors qu'il examine les principes essentiels de la surveillance prudentielle et comporte des recommandations concernant la gestion des risques ainsi que la transparence et la responsabilité prudentielle. Pilier II se consacre à la procédure de surveillance de la gestion des fonds propres par deux façons: validation des méthodes statistiques employées au Pilier I et test de validité des fonds propres en cas de crise économique.

Pour la validation des méthodes statistiques, les banques devront prouver a posteriori la validité de ses méthodes définies a priori en fonction de ses données statistiques. Elle devra en outre être capable de tracer l'origine de ses données. Quant au test de validité des fonds propres, les banques devront prouver que sur ses segments de clientèle, ses fonds propres sont suffisants pour supporter une crise économique touchant l'un ou tous de ces secteurs.

Comme les stratégies des banques peuvent varier quant à la composition de l'actif et la prise de risques, les autorités de surveillance ont la liberté dans l'établissement de normes face aux banques, pouvant hausser les exigences de capital là où elles le jugeront nécessaires.

Le Comité Bâle a défini quatre principes essentiels de surveillance prudentielle:⁹⁵

Principe 1: Les banques devraient disposer d'une procédure permettant d'évaluer l'adéquation globale de leurs fonds propres par rapport à leur profil de risque ainsi que d'une stratégie permettant de maintenir leur niveau de fonds propres.

Principe 2: Les autorités de contrôle devraient examiner et évaluer les stratégies et procédures suivies par les banques pour évaluer en interne leur niveau de fonds propres, ainsi que leur capacité à surveiller et garantir le respect des ratios de

⁹⁵ **Ib.id.** par. 725-760 ; Pierre-Yves Throval, « The Basel II framework: the role and implementation of Pillar 2 », **Financial Stability Review** No. 9, Banque de France, Décembre 2006, p. 126-127.

fonds propres réglementaires. Si les autorités de contrôle ne sont pas satisfaites, elles devraient prendre les mesures prudentielles appropriées.

Principe 3: Les autorités de contrôle devraient attendre des banques qu'elles conduisent leur activité avec des fonds propres supérieurs aux ratios réglementaires minimaux et devraient pouvoir exiger qu'elles détiennent des fonds propres en plus de ces montants minimaux.

Principe 4: Les autorités de contrôle devraient s'efforcer d'intervenir tôt pour éviter que les fonds propres ne deviennent inférieurs aux niveaux minimaux requis compte tenu des caractéristiques de risque d'une banque donnée ; elles devraient requérir la mise en œuvre, à bref délai, de mesures correctives si le niveau de fonds propres n'est pas maintenu ou rétabli.

Autour de ces principes, il est certain que l'autorité de contrôle du pays d'origine joue un rôle important dans le renforcement de la collaboration avec le pays d'accueil afin de garantir la bonne mise en œuvre du dispositif. Afin d'achever plus grande harmonisation, le Groupe pour l'application de l'accord (GAA), a été créé pour l'échange d'informations entre superviseurs sur leurs stratégies de mise en œuvre.⁹⁶

Les principes et modalités pratiques de mise en œuvre du pilier II ont été précisés par le CECB et dans le cadre d'une méthodologie de la Commission bancaire.⁹⁷ En particulier, deux grandes séries de principes ont été établies par le CECB⁹⁸ :

- la première rappelle les meilleures pratiques relatives à la gouvernance d'entreprise et au dispositif de contrôle interne.

⁹⁶ « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé) », par.5-8

⁹⁷ Voir Guidelines on the Application of the Supervisory Review Process under Pillar 2 (CP03 rev.) – 2006: www.bportugal.pt/bank/superv/supervisory_disclosure/documentos/GuidelinesCEBS_SuperReview_e.pdf

⁹⁸ Étude du Rapport annuel de la Commission bancaire – 2006, p. 190 ;

– la deuxième série de 10 principes précise les attentes du superviseur en matière de dispositif interne d'évaluation des risques et d'allocation d'un niveau adéquat de capital interne en couverture de ces risques.

c. Pilier III

Quant au pilier III il se consacre à la discipline de marché, introduisant une obligation de transparence, par le jeu de la communication financière sur l'actif, les risques et leur gestion. L'objet de ce pilier est de compléter les exigences minimales de fonds propres (premier pilier) et le processus de surveillance prudentielle (deuxième pilier). Pour promouvoir la discipline de marché en développant un ensemble d'exigences de communication financière permettant aux acteurs du marché d'apprécier des éléments d'information essentiels sur le champ d'application, les fonds propres, les expositions au risque, les procédures d'évaluation des risques et, par conséquent, l'adéquation des fonds propres de l'établissement.

La diffusion de ces informations constitue un moyen efficace d'informer le marché sur les expositions d'une banque et qu'un dispositif de communication financière cohérent et compréhensible facilite les comparaisons.

Chaque banque doit définir les informations lui apparaissant pertinentes, selon le principe de l'importance relative. Une information sera jugée importante (ou significative) si son omission ou son inexactitude est de nature à modifier ou à influencer l'appréciation ou la décision de son utilisateur. Les informations précisées dans le troisième pilier doivent être publiées sur une base semestrielle, hormis les exceptions définis.⁹⁹

⁹⁹ *Ib.id.*, par. 808 et suiv.

2. Les Directives adoptées par l'Union européenne

Devant la complexité du dispositif du système bancaire, un Code bancaire européen¹⁰⁰ qui regroupe l'ensemble des directives applicable a ce secteur, a été publiée en 2000. Cette directive, ayant été modifiée plusieurs fois, a été remplacé par deux directives successives, la Directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice¹⁰¹, et la Directive 2006/49/CE sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit¹⁰².

La Directive 2006/48/CE détermine un établissement de crédit comme « une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte, ou un établissement de monnaie électronique au sens de la directive 2000/46/CE¹⁰³. Il y a une liste de des activités en annexe I, quelles les établissements de crédit agréés devraient être autorisés à exercer dans toute la Communauté, par l'établissement de succursales ou par voie de prestation de services.

a. Les dispositions générales des directives sur le système du contrôle

La directive 2006/48/CE vise à mettre au point d'une harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément

¹⁰⁰ « Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice » JOCE L 126 du 26/5/2000

¹⁰¹ « 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) » JOCE L 177 du 30/6/2006

¹⁰² Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (refonte) (JOCE L 177 du 30.6.2006)

¹⁰³ « *établissement de monnaie électronique*: une entreprise ou toute autre personne morale, autre qu'un établissement de crédit au sens de l'article 1er, point 1, premier alinéa, point a), de la directive 2000/12/CE, qui émet des moyens de paiement sous la forme de monnaie électronique » l'article premier / 3 / a de la Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements JOCE L 275 du 27/10/2000

unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle prudentiel par l'État membre d'origine.

Les surveillances sur des bases individuelle, consolidée et consolidée transfrontalière constituent des instruments utiles aux fins du contrôle des établissements de crédit. En facilitant la coopération entre les autorités compétentes permet-elle à ces dernières de soutenir les établissements transfrontaliers. Dans son article 42, elle prévoit que les autorités compétentes « *se communiquent toutes les informations relatives à la direction, à la gestion et à la propriété de ces établissements de crédit, susceptibles de faciliter leur surveillance et l'examen des conditions de leur agrément, ainsi que toutes les informations susceptibles de faciliter le contrôle de ces établissements en particulier en matière de liquidité, de solvabilité, de garantie des dépôts, de limitation des grands risques, d'organisation administrative et comptable et de mécanismes de contrôle interne* ». De même, elles peuvent faire usage de des accords écrits de coordination et de coopération pour coordonner leurs activités et demandes d'information (l'article 113).

Les principes de la reconnaissance mutuelle et du contrôle exercé par l'État membre d'origine exigent que les autorités compétentes de chaque État membre n'octroient pas ou retirent l'agrément au cas où des éléments comme le contenu du programme d'activités, la localisation des activités ou les activités effectivement exercées indiquent de manière évidente que l'établissement de crédit a opté pour le système juridique d'un État membre afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre État membre sur le territoire duquel il entend exercer ou exerce la majeure partie de ses activités. Lorsqu'il n'y a aucune indication évidente de ce type, mais que l'ensemble des actifs détenus par les entités d'un groupe bancaire sont situés en majorité dans un autre État membre dont les autorités compétentes sont chargées de l'exercice de la surveillance sur une base consolidée, dans le cadre des articles 125 et 126, la responsabilité de l'exercice de la surveillance sur une base consolidée ne devrait être modifiée qu'avec l'accord desdites autorités compétentes. Un établissement de crédit qui est une personne morale devrait être agréé dans l'État membre où se trouve son siège statuaire. Un établissement de crédit qui n'est pas une personne morale devrait avoir une administration centrale dans l'État membre où il a

été agréé. Par ailleurs, les États membres devraient exiger que l'administration centrale d'un établissement de crédit soit toujours située dans son État membre d'origine et qu'elle y opère de manière effective.

Comme il a été mentionné, au regard du Bâle II, il est nécessaire de publier certaines informations soit par l'établissement de crédit, soit par l'autorité compétente pour le système du contrôle. L'article 144 dispose que les autorités compétentes publient le texte des dispositions législatives, réglementaires et administratives et les orientations générales adoptées dans leur État membre en matière de régulation prudentielle. Elles annoncent les modalités d'exercice des options et facultés prévues par la législation communautaire et les critères généraux et méthodes qu'elles appliquent aux fins du contrôle et de l'évaluation visés à l'article 124. Elles sans préjudice des dispositions du chapitre 1, section 2, des données statistiques agrégées sur les principaux aspects de la mise en œuvre du cadre prudentiel dans chaque État membre.

Ces informations publiées sont suffisantes pour permettre une comparaison utile des approches adoptées par les autorités compétentes des différents États membres. Les informations en question sont publiées selon la même présentation et sont mises à jour régulièrement. Une adresse électronique unique permet de les consulter.

b. Les dispositions techniques des directives sur le système du contrôle

Premièrement un établissement de crédit doit disposer un capital initial qui serait fixée à la conformité avec l'article 9 et qui serait principalement inférieur à 5.000.000,00 EUR. Les fonds propres ne peuvent devenir inférieurs au montant du capital initial exigé en vertu de cet article.

Quant aux fonds propres qui sont instruments techniques de surveillance prudentielle ; dans « plan d'action » de la Commission, sont énoncés différents objectifs qu'il y a lieu d'atteindre pour réaliser le marché intérieur des services financiers. Le Conseil européen qui s'est tenu à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000 a

fixé comme objectif de mettre en œuvre le plan d'action pour 2005. La refonte des dispositions relatives aux fonds propres est un élément essentiel du plan d'action. La directive permet aux États membres et/ou aux autorités compétentes d'appliquer des celles-ci sur une base individuelle et consolidée et de renoncer à l'application de ces exigences sur une base individuelle lorsqu'ils le jugent approprié. Elle dispose des critères (donnée aux articles 57 à 61 et 63 à 66) auxquels devront répondre certains éléments des fonds propres, sans préjudice de la faculté des États membres d'appliquer des dispositions plus strictes.

La directive établit une distinction, en fonction de la qualité des éléments constituant les fonds propres, entre, d'une part, les éléments qui constituent les fonds propres de base et, d'autre part, les éléments qui constituent les fonds propres complémentaires. Pour tenir compte du fait que les éléments constituant les fonds propres complémentaires n'ont pas la même qualité que ceux constituant les fonds propres de base, elle n'inclure pas les premiers dans les fonds propres pour un montant supérieur à celui des fonds propres de base. De plus, l'inclusion de certains éléments des fonds propres complémentaires est limitée à la moitié des fonds propres de base. Les dispositions de cette directive relatives aux exigences minimales de fonds propres des établissements de crédit et celles relatives aux exigences minimales de fonds propres figurant dans la directive 2006/49/CE sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit constituent le pendant des dispositions de l'accord-cadre de Bâle.

Les établissements peuvent choisir parmi trois approches de complexité différente pour calculer les montants de leurs des fonds propres. Les établissements de crédit détiennent des fonds propres d'un montant en permanence supérieur ou égal à la somme des exigences de fonds propres, que l'article 75 prévoit principalement 8 % du total des montants de leurs expositions pondérés, pour le risque de crédit et le risque de dilution inhérents à toutes leurs activités conformément au Bâle II . Cet article se base sur des critères du calcul visé dans la directive 2006/49/EC.

La directive prévoit plusieurs méthodes de calcul des exigences minimales de fonds propres pour risque de crédit, correspondant à différents niveaux de sensibilité

au risque et exigeant une sophistication plus ou moins poussée. La possibilité offerte aux établissements de crédit de recourir à des notations externes et à leurs propres estimations des divers paramètres du risque de crédit représente une amélioration significative de la sensibilité au risque et de la solidité prudentielle des règles applicables à ce risque. Il conviendrait de prévoir des mesures appropriées incitant les établissements de crédit à adopter des approches plus sensibles au risque. Lors de l'établissement des estimations requises pour appliquer les approches relatives au risque de crédit prévues, les établissements de crédit devront adapter leurs besoins en matière de traitement des données aux intérêts légitimes de leurs clients quant à la protection des données telle que régie par la législation communautaire existant dans ce domaine, tout en améliorant les procédures de mesure et de gestion du risque de crédit des établissements de crédit, afin d'assurer l'existence de méthodes permettant de déterminer les exigences réglementaires en fonds propres des établissements de crédit qui tiennent compte de la sophistication des différentes procédures mises en œuvre par les établissements de crédit. Le traitement des données devrait être conforme aux règles concernant le transfert des données à caractère personnel fixées dans la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁰⁴. Il convient à cet égard de considérer que le traitement des données dans le cadre de la prise et de la gestion des expositions sur des clients couvre la mise au point et la validation de systèmes de gestion et de mesure du risque de crédit. Cela contribue non seulement à rencontrer l'intérêt légitime des établissements de crédit mais également à l'objectif même de la présente directive, à savoir appliquer de meilleures méthodes de mesure et de gestion du risque et les utiliser pour les exigences en fonds propres réglementaires (considérant 38 de la Directive).

Le respect du principe de proportionnalité, eu égard notamment à la diversité des établissements de crédit quant à leur taille, à l'importance de leurs opérations et à l'éventail de leurs activités, implique également que, pour les expositions sur la clientèle de détail, les procédures de notation les plus simples possible soient

¹⁰⁴ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE L 281 du 23/11/1995)

reconnues, y compris dans le cadre de l'approche fondée sur les notations internes ou "approche NI".

Pour permettre notamment aux petits établissements de crédit d'opter pour l'approche NI, plus sensible au risque, les autorités compétentes devraient appliquer, lorsque c'est possible, les dispositions de l'article 89, paragraphe 1, points a) et b). Ces dispositions devraient être interprétées de telle sorte que les catégories d'exposition visées à l'article 86, paragraphe 1, points a) et b), englobent toutes les expositions qui, sont - directement ou indirectement - traitées comme les expositions classées dans lesdites catégories. En règle générale, les autorités compétentes ne devraient pratiquer aucune discrimination entre les trois approches pour ce qui est du processus de surveillance prudentielle, c'est-à-dire que les établissements de crédit opérant selon les dispositions de l'approche standard ne devraient pas être soumis, pour cette seule raison, à une surveillance plus stricte.

Afin de garantir que les exigences minimales de fonds propres des établissements de crédit tiennent adéquatement compte des risques créés ou réduits par leurs activités de titrisation et leurs investissements, il est nécessaire d'édicter des règles prévoyant un traitement sensible au risque et prudemment sain de ces activités et investissements.

Le risque opérationnel représente un risque important pour les établissements de crédit et, à ce titre, doit être couvert par des fonds propres. À cet égard, il est essentiel de tenir compte de la diversité des établissements de crédit de la Communauté, en prévoyant plusieurs méthodes de calcul des exigences minimales de fonds propres pour risque opérationnel, correspondant à différents niveaux de sensibilité au risque et exigeant une sophistication plus ou moins poussée. Il conviendrait de prévoir des mesures appropriées incitant les établissements de crédit à adopter des approches plus sensibles au risque. Compte tenu du caractère encore récent des techniques de mesure et de gestion du risque opérationnel, les règles y afférentes devraient faire l'objet d'un réexamen régulier et, le cas échéant, être actualisées, notamment pour ce qui concerne les exigences applicables aux différentes lignes d'activité et la prise en compte des techniques d'atténuation du

risque. Une attention particulière devrait être accordée, dans ce contexte, à la prise en compte des assurances dans les approches simples du calcul des fonds propres pour les risques opérationnels.

Afin de garantir, dans le cas d'établissements de crédit faisant partie d'un groupe, un niveau adéquat de solvabilité, il est essentiel de calculer les exigences minimales de fonds propres sur la base de la situation financière consolidée du groupe. Pour assurer une répartition adéquate des fonds propres au sein du groupe et, si nécessaire, leur disponibilité à des fins de protection de l'épargne, il conviendrait d'appliquer les exigences minimales de fonds propres à chaque établissement de crédit du groupe, à moins que cet objectif ne puisse être efficacement atteint par un autre moyen.

S'il y a lieu, aux fins de la limitation des grands risques, d'asseoir la définition des expositions sur celle contenue dans les dispositions relatives aux exigences minimales de fonds propres pour risque de crédit, il ne convient toutefois pas de se référer par principe aux pondérations ni aux degrés de risque. En effet, ces pondérations et degrés de risque ont été conçus en vue d'établir une exigence de solvabilité générale pour couvrir le risque de crédit des établissements de crédit. Afin de limiter le risque maximal de pertes qu'un établissement de crédit peut courir à l'égard d'un client ou d'un groupe de clients liés, il y a lieu d'adopter des règles relatives à la détermination des grands risques qui tiennent compte de la valeur nominale de l'exposition, sans application de pondérations ni fixation de degrés de risque.

S'il est souhaitable, dans l'attente d'une révision ultérieure des dispositions relatives aux grands risques, et afin de limiter les obligations de calcul, d'autoriser une prise en compte des effets de l'atténuation du risque de crédit comparable à celle autorisée pour les exigences minimales de fonds propres, il convient néanmoins de rappeler que les dispositions relatives aux techniques d'atténuation du risque de crédit ont été conçues eu égard au risque de crédit général et diversifié qui découle d'une exposition à un grand nombre de contreparties. En conséquence, la prise en compte des effets de ces techniques, lors de la fixation de limites aux grands risques censées

limiter la perte maximale pouvant être causée par un client ou un groupe de clients liés, devrait être assortie de garanties prudentielles. (par.51)

Article 123 prévoit que les établissements de crédit disposent de stratégies et procédures saines, efficaces et exhaustives pour évaluer et conserver en permanence le montant, le type et la répartition des fonds propres internes qu'ils jugent appropriés pour couvrir la nature et le niveau des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés. Ces stratégies et procédures font l'objet d'un contrôle interne régulier, visant à assurer qu'elles restent exhaustives et adaptées à la nature, à l'échelle et à la complexité des activités de l'établissement de crédit concerné.

B. Les assurances

Un marché unique de l'assurance, nécessite un cadre commun permettant aux assureurs d'exercer leurs activités, de créer des établissements et de fournir leurs services librement dans l'ensemble de l'Union européenne.¹⁰⁵ Cependant, la matière illustre bien la démarche des autorités communautaire dans un domaine très national et délicat, des lors qu'il s'agit, en quelque sorte, du paiement d'un service par anticipation. Devant la grande hétérogénéité des droits nationaux, l'effort a d'abord porté sur les domaines les moins épineux comme la réassurance¹⁰⁶ et coassurance¹⁰⁷. Les difficultés étaient beaucoup plus importantes en ce qui concerne les assurances directe (« *dommages* » et « *assurances vie* ») qui nécessitèrent trois générations de directives, sans pour autant que soient réglés tous les problèmes existants.¹⁰⁸

¹⁰⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/index_fr.htm

¹⁰⁶ Directive 64/225/CEE du Conseil, du 25 février 1964, visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services (JOCE 56 du 4.4.1964)

¹⁰⁷ Directive 78/473/CEE du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire (JOCE L 151 du 7.6.1978)

¹⁰⁸ Le Mire, *op.cit.*, .49

1. Les Directives

Il n'y existe pas un texte de législation unique en ce qui concerne le contrôle prudentiel d'une société d'assurance par une autorité compétente. Les principes généraux sur ce contrôle ont été précisés dans plusieurs directives qui concernent même l'assurance – vie et même l'assurance non – vie.¹⁰⁹

Les premières directives concernent la liberté d'établissement, autorisant l'ouverture de succursales ou d'agences qui ne port pas personnalité juridique mais qui, contrairement à la simple prestation, peuvent faire l'objet d'un contrôle plus étroite, fondé sur les règles applicables dans l'Etat d'accueil. D'abord ouverte pour la branche « dommage » par une directive de juillet 1973¹¹⁰, elle n'a été étendue à l'assurance-vie qu'en mars 1979.

Quant a la libre prestation, ce n'est que sous la pression de la Cour de justice¹¹¹ que le Conseil a finalement adopté une directive du 22 juin 1988¹¹², d'ailleurs limitée aux grands risques, c'est-à-dire a la couverture des risques des entreprises industrielles et commerciales.¹¹³ Elle autorise les assureurs des Etats membres à agir librement auprès des résidents des autres Etats, sans y être installés et sous control des pouvoirs publics de leur pays d'origine.

¹⁰⁹ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, **Avrupa Birliği ve Türk Sigorta Sektöründe Denetim**, Hazırlayanlar : Suna Oksay, Onur Acar, Sigorta İnceleme ve Araştırma Yayınları/9, TSRŞB Yayınları, İstanbul, Ocak 2007, p. 112.

¹¹⁰ *Première directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice* (JOCE L 228 du 16.08.1973)

¹¹¹ Arrêt de la CJCE du 4 décembre 1986, affaire 205/84, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne ; Arrêt de la Cour du 4 décembre 1986, affaire 206/84, Commission des Communautés européennes c/ Irlande

¹¹² Deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE (JOCE L 172 du 4/7/1988)

¹¹³ Claude J. Berre « Droit européen des assurances (Cadre généraux) : Assurances terrestres », **Juris Classeur – Europe Traité**, Volume 6, Fascicule 1010, Paris, Lexis Nexis, 2001, p. 4

Une seconde directive prestation était ensuite édictée le 8 novembre 1990¹¹⁴, relative à l'assurance vie qui interdit le démarchage dans ce domaine sensible et très rémunérateur. En la matière, le marché européen est sans doute le plus rentable au niveau international du fait d'un retard certain des ressortissants communautaires quant à la couverture de ce type de risque. La libre prestation dans un autre Etat membre, en l'absence d'établissement principale ou secondaire (*et donc sous contrôle de l'Etat d'origine*) ne peut dès lors résulter que d'une démarche émanant du client potentiel¹¹⁵. La question de l'assurance-vie devait d'ailleurs faire l'objet d'une nouvelle directive.¹¹⁶ Ensemble de ces textes ont été consolidés et actualisés par une directive du Parlement et du Conseil.¹¹⁷

La troisième génération de directives intervenait alors, dans la ligne d'un livre blanc établi en 1985¹¹⁸ et de l'Acte unique de 1986, et se traduisait par deux directives¹¹⁹. Celle-ci contribue à l'affirmation de quatre principes fondamentaux : l'harmonisation des règles prudentielles essentielles, l'institution d'un agrément unique, la reconnaissance mutuelle par les Etats membres des contrôles exercés par chaque système national, l'exclusion de tout contrôle préalable sur les contrats et tarifs¹²⁰. Enfin, une directive¹²¹ a garanti la liberté d'établissement et de prestation de service aux intermédiaires en assurance.

¹¹⁴ Deuxième directive 90/619/CEE du Conseil, du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE (JOCE L 330 du 29/11/1990)

¹¹⁵ Le Mire, *op.cit.*, p. 49

¹¹⁶ Directive 92/96/CEE du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie) (JOCE L 360 du 9.12.1992)

¹¹⁷ Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie (JOCE L 345 du 19.12.2002)

¹¹⁸ Commission des Communautés européennes, **L'achèvement du marché intérieur: livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen**, COM/85/0310 FINAL

¹¹⁹ L'un de ces directives concerne l'assurance non-vie: Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non-vie») (JOCE L 228 du 11.8.1992). L'autre directive sur l'assurance-vie: voir le renvoi 117

¹²⁰ Le Mire. *op.cit.*, p. 49, Maciej Sterzynski « The European Single Insurance Market: Overview and impact of the liberalization and deregulation processes », **Belgian Actuarial Bulletin**, Vol. 3, No. 1, 2003, p.43 – 44

a. La directive sur les sociétés d'assurance vie

La Commission a adopté la Directive 2002/83/EC¹²² afin d'unifier les règles concernant l'assurance vie. Sous le principe de passeport unique, toutes sociétés d'assurance vie qui veut accéder aux activités visées dans doivent obtenir un agrément administratif préalable qui est valable pour l'ensemble de la Communauté. Les entreprises qui fixent leurs sièges sociaux sur le territoire d'un État membre sollicitent cet agrément auprès des autorités de cet État. De même, cet agrément est sollicité auprès des autorités de l'État membre d'origine par l'entreprise qui, après avoir reçu l'agrément, étend ses activités à l'ensemble d'une branche ou à d'autres branches.¹²³

Les sociétés doivent préparer un programme d'activités, pour obtenir un agrément, qui contient les indications ou justifications concernant la nature des engagements que l'entreprise d'assurance se propose de prendre, les principes directeurs en matière de réassurance, les éléments constituant le fonds minimal de garantie, les prévisions relatives aux frais d'installation des services administratifs et du réseau de production. En outre, elles doivent montrer dans ce programme, pour les trois premiers exercices sociaux, un plan faisant connaître d'une manière détaillée les prévisions de recettes et de dépenses tant pour les opérations directes et les acceptations en réassurance que pour les cessions en réassurance, la situation probable de trésorerie et les prévisions relatives aux moyens financiers destinés à la couverture des engagements et de la marge de solvabilité.

Selon l'article 10 de cette directive, la responsabilité de la surveillance financière d'une entreprise d'assurance incombe à l'autorité compétente de l'État membre d'origine. Deuxième alinéa dispose que la surveillance financière comprend notamment la vérification, pour l'ensemble des activités de l'entreprise d'assurance,

¹²¹ Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance (JOCE L 9 du 15.1.2003)

¹²² Ces activités concernent principalement les contrats d'assurance-vie et elles sont déterminées dans l'article 2 (*champ d'application*) et l'article 3 (activités, entreprises et organismes exclus) de la directive 2002/83/EC.

¹²³ Conditions d'obtention de l'agrément sont disposées dans l'article 6 de la directive 2002/83/EC.

de son état de solvabilité et de la constitution de provisions techniques, y compris les provisions mathématiques, et des actifs représentatifs conformément aux règles ou aux pratiques établies dans l'État membre d'origine, en vertu des dispositions adoptées au niveau communautaire. De plus, les autorités compétentes devraient exiger que toute entreprise d'assurance dispose d'une bonne organisation administrative et comptable et de procédures de contrôle interne adéquates.

En considérant qu'une société peut obtenir les deux agréments (un de l'autorité compétente de l'État membre d'origine et un de l'autorité compétente de l'État membre de la succursale), la directive fixe la relation entre celles-ci. Elle prévoit que les autorités compétentes de l'État membre d'origine peuvent, après en avoir préalablement informé les autorités compétentes de l'État membre de la succursale, procéder elles-mêmes, ou par l'intermédiaire de personnes qu'elles mandatent à cet effet, à la vérification sur place des informations nécessaires pour assurer la surveillance financière de l'entreprise et que les autorités de l'État membre de la succursale peuvent participer à cette vérification.

Les autorités compétentes sont habilitées d'imposer aux entreprises d'assurance de rendre compte annuellement, pour toutes leurs opérations, de leur situation financière et de leur solvabilité. Les sociétés d'assurance doivent fournir périodiquement des documents qui sont nécessaires à l'exercice du contrôle, ainsi que des documents statistiques. Les autorités compétentes se communiqueraient les documents et les renseignements utiles à l'exercice du contrôle.

L'article 13 dispose des pouvoirs et des moyens nécessaires à la surveillance qui donne les autorités compétentes la possibilité de s'informer de manière détaillée sur la situation de l'entreprise d'assurance et sur l'ensemble de ses activités. Elles peuvent recueillir des informations, ou exiger la présentation des documents relatifs à l'activité d'assurance, ou procéder à des vérifications sur place dans les locaux de l'entreprise d'assurance.

De plus la Directive leur donne le pouvoir à prendre, à l'égard de l'entreprise d'assurance, de ses dirigeants responsables ou des personnes qui contrôlent

l'entreprise, toutes les mesures adéquates et nécessaires pour assurer que les activités de l'entreprise restent conformes aux dispositions législatives, réglementaires et administratives, notamment au programme d'activité dans la mesure où il reste obligatoire, ainsi que pour éviter ou éliminer toute irrégularité qui porterait atteinte aux intérêts des assurés. Afin d'assurer l'application de ces mesures, elles peuvent utiliser une exécution forcée, le cas échéant moyennant le recours aux instances judiciaires.

L'article 14 fixe une réglementation sur le transfert de portefeuille d'une société à un cessionnaire établi dans la Communauté, selon laquelle les autorités de l'État membre d'origine de la société d'assurance cédante autorisent le transfert, après avoir reçu l'accord des autorités compétentes des États membres de l'engagement. Ce transfert fait l'objet, dans l'État membre de l'engagement, d'une mesure de publicité dans les conditions prévues par le droit national.

La directive vise que, dans son article 15, toute personne physique ou morale qui envisage de détenir, directement ou indirectement, une participation qualifiée dans une entreprise d'assurance doit en informer préalablement les autorités compétentes de l'État membre d'origine et communiquer le montant de cette participation.

Dans des cas particuliers où la situation financière de l'entreprise deviendrait telle qu'il lui serait difficile de respecter ses engagements et que les droits des assurés sont menacés, les autorités compétentes sont habilitées à intervenir à un stade suffisamment précoce, tout en étant tenues, dans l'exercice de leurs pouvoirs, d'informer les entreprises d'assurance des raisons qui motivent leur intervention, conformément aux principes de bonne administration et de respect des procédures. Tant qu'une telle situation existe, il y a lieu, pour les autorités compétentes, de s'abstenir de certifier que l'entreprise d'assurance dispose d'une marge de solvabilité suffisante.

Pour garantir la compétence d'une société, la directive impose à chaque entreprise d'assurance de constituer des provisions techniques suffisantes, y compris

des provisions mathématiques, relatives à l'ensemble de ses activités. Le montant de ces provisions est déterminé conformément aux principes disposés à l'article 20.

De plus, la directive interdit les sociétés d'assurance de placer les actifs représentatifs de ses provisions techniques, plus des pourcentages définis dans l'article 24.

Quant au marge de solvabilité des sociétés d'assurance vie, la directive souligne qu'il constitue un élément important du système de surveillance prudentielle visant à protéger les intérêts des assurés et d'autres preneurs d'assurance, et elle énonce que les entreprises d'assurance devraient disposer, en plus des provisions techniques, y compris les provisions mathématiques, suffisantes pour faire face aux engagements contractés, d'une réserve complémentaire, représentée par le patrimoine libre et, avec accord de l'autorité compétente, par des éléments de patrimoine implicites, destinée à amortir les effets d'éventuelles variations économiques défavorables.

L'article 27 dispose que le marge de solvabilité est constituée, principalement, par le patrimoine de la société d'assurance vie, libre de tout engagement prévisible, déduction faite des éléments incorporels. La marge de solvabilité disponible est diminuée du montant des actions propres détenues directement par l'entreprise d'assurance vie. Ensuite, l'article 28 détermine la marge de solvabilité (aux dispositions des paragraphes 2 à 7) selon les branches d'assurance exercées.

Il est nécessaire de distinguer le marge de solvabilité et fonds de garantie dont le montant et la composition sont tels qu'il donne l'assurance que les entreprises disposent dès le moment de leur constitution de moyens adéquats et que, en aucun cas, la marge de solvabilité ne tombe, en cours d'activité, en dessous d'un minimum de sécurité. Ce fonds de garantie est un tiers de l'exigence de marge de solvabilité, telle que définie à l'article 28, et il est constitué des éléments énumérés à l'article 27, paragraphes 2 et 3, et, avec l'accord de l'autorité compétente de l'État membre d'origine, paragraphe 4, point c). Le fonds de garantie est au minimum de 3 millions d'euros (l'article 29)

L'entreprise d'assurance qui sollicite l'agrément pour l'extension de ses activités à d'autres branches ou pour l'extension d'un agrément couvrant seulement une partie des risques regroupés dans une branche doit donner la preuve qu'elle dispose de la marge de solvabilité prévue à l'article 28 et qu'elle possède le fonds de garantie visé à l'article 29, paragraphes 1 et 2.

b. Les directives sur les sociétés d'assurance non-vie

La législation communautaire sur les sociétés d'assurance non-vie n'a pas encore été unifiée dans une directive unique. La première directive 72/239/EEC¹²⁴ a pour but de réglementer l'accès à l'activité non salariée de l'assurance directe pratiquée par les entreprises d'assurance qui sont établies dans un État membre ou qui désirent s'y établir, ainsi que l'exercice de cette activité (l'article premier). La deuxième directive 88/357/EEC¹²⁵ a pour but de compléter la première directive (73/239/CEE) et de fixer les dispositions particulières relatives à la libre prestation de services pour les entreprises et branches d'assurances visées dans cette directive. La troisième directive «assurance non vie»¹²⁶ a été la dernière directive complétant la réglementation générale des assurance non-vie en portant des dispositions particulières en ce qui concerne information, surveillance et mesures spécifiques par l'autorités compétentes.¹²⁷ Enfin la directive 2002/13/CE¹²⁸ a modifié les dispositions de la directive 73/239/CEE qui concernent l'exigence de marge de solvabilité en conformité avec les principes déterminés dans la directive 2002/83/EC.

¹²⁴ Première directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice JOCE L 228 du 16.8.1973

¹²⁵ Deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, JOCE L 172 du 4.7.1988

¹²⁶ Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie») (JOCE L 228 du 11/8/1992)

¹²⁷ Suna Oksay et Onur Acar **Avrupa Birliği ve Türk Sigorta Sektöründe Denetim**, Sigorta ve İnceleme Yayınları 9, TSRŞB, İstanbul, 2007, p. 113

¹²⁸ Directive 2002/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 mars 2002 modifiant la directive 73/239/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance non vie JOCE L 77 du 20.3.2002

Parallèlement le système de l'octroi d'un agrément pour les sociétés d'assurance vie, les sociétés d'assurance non-vie doivent obtenir un agrément administratif l'accès à l'activité de l'assurance directe et cet agrément doit être également sollicité auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine (l'article 6). L'agrément est donné par branche. Il couvre la branche entière, sauf si le requérant ne désire garantir qu'une partie des risques relevant de cette branche (l'article 7).¹²⁹

Les sociétés d'assurance doivent être établit sous la forme prévu dans l'article 8 où les formes variées sont énumérées pour les Etats membres et elles aussi limitent leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale.

Afin de solliciter un agrément la société doit préparer un programme d'activités (l'article 9) qui contient les indications ou justifications concernant la nature des risques que l'entreprise se propose de garantir, les principes directeurs en matière de réassurance; les éléments constituant le fonds minimal de garantie, les prévisions relatives aux frais d'installation des services administratifs et du réseau de production, les prévisions relatives aux frais de gestion autres que les frais d'installation, notamment les frais généraux courants et les commissions, les prévisions relatives aux primes ou aux cotisations et aux sinistres, la situation probable de trésorerie, les prévisions relatives aux moyens financiers destinés à la couverture des engagements et de la marge de solvabilité.

Conformément au principe du contrôle prudentiel par l'état membre d'origine, l'article 14 prévoit que l'autorité de contrôle de l'État membre sur le territoire duquel est situé le siège social de la société doit vérifier l'état de solvabilité de cette société pour l'ensemble de ses activités.¹³⁰

¹²⁹ Les branches sont visés au point A de l'annexe de la directive 72/239/EEC.

¹³⁰ Le rôle de l'autorité compétente en ce qui concerne du contrôle des activités des sociétés d'assurance non-vie et leur succursales sont fixés parallèlement à des dispositions du contrôle des activités des sociétés d'assurance vie et leur succursales. Voir supra « La directive sur les sociétés d'assurance vie a. La directive sur les sociétés d'assurance vie » p. 44

De même que les sociétés d'assurance vie, les sociétés d'assurance non-vie doivent constituer des réserves techniques suffisantes dont le montant est déterminé suivant les règles fixées par l'État ou, à défaut, suivant les pratiques établies dans cet État. L'autorité compétente veillera à ce que le bilan d'une société présente pour les réserves techniques des actifs équivalents aux engagements contractés dans tous les pays où elle exerce son activité.

Comme la directive 2002/83/EC, la directive 73/239/EEC fixe les principes de calculer la marge de solvabilité, parallèlement a les dispositions de celle-ci. Selon l'article 16 qui a été modifié par la directive 2002/13/EC¹³¹, la marge de solvabilité disponible est constituée par le patrimoine de l'entreprise d'assurance non vie, libre de tout engagement prévisible, déduction faite des éléments incorporels, y compris le capital social versé ou, s'il s'agit de mutuelles, le fonds initial effectif versé, additionné des comptes des sociétaires qui répondent à l'ensemble des critères déterminées dans cette article.

La déduction faite des éléments incorporels comprend aussi les réserves (légales ou libres) ne correspondant pas aux engagements et le report du bénéfice ou de la perte, déduction faite des dividendes à verser. La marge de solvabilité disponible est diminuée du montant des actions propres détenues directement par l'entreprise d'assurance non vie.

La marge de solvabilité est déterminée par rapport, soit au montant annuel des primes ou cotisations, soit à la charge moyenne des sinistres pour les trois derniers exercices sociaux. Le montant de la marge de solvabilité doit être égal au plus élevé des deux résultats de calculations visées à l'article 16*bis* de la directive 73/239/CEE.

Si ces deux résultats sont inférieurs à l'exigence de marge de l'exercice précédent, l'exigence de marge de solvabilité est au moins égale à celle de l'exercice

¹³¹ Directive 2002/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 mars 2002 modifiant la directive 73/239/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance non vie JOCE L 77 du 20.3.2002.

précédent, multipliée par le rapport entre les provisions techniques pour sinistres à payer à la fin du dernier exercice et le montant des provisions techniques pour sinistres au début du dernier exercice. Dans ces calculs, les provisions techniques sont calculées déduction faite de la réassurance, le ratio ne pouvant cependant jamais être supérieur à un.

Tel qu'il a été fixé pour les sociétés d'assurances vie¹³², le tiers de la marge de solvabilité constitue le fonds de garantie pour les sociétés d'assurances non-vie. Or, le fonds de garantie pour eux ne peut être inférieur à 2 millions d'euros.

2. Solvabilité II

Dans les directives assurances de troisième génération, il était reconnu que les règles de solvabilité de l'UE devraient être révisées. En suite une réforme limitée qui est appelé Solvabilité I, a été adoptée en 2002. Elle déterminait les exigences en fonds propres (solvabilité des compagnies d'assurance).¹³³ Tout après la mise en vigueur de celle-ci, l'exigence d'une réforme réglementaire européenne est apparu.

La Commission, dans son communiqué du 2007¹³⁴, avait déclaré que le régime de solvabilité actuel de l'UE existe depuis plus de 30 ans et que les marchés financiers se sont développés de façon spectaculaire ces dernières années, ce qui a engendré une profonde divergence entre la réalité du secteur des assurances aujourd'hui et sa réglementation. Elle a continué que nombreux États membres y ont ajouté leur propre réglementation à l'échelon national, d'où un éventail de prescriptions réglementaires différentes dans l'UE, ce qui finit par saper le marché unique et porter préjudice aux groupes d'assurance.

¹³² Voir supra « a. La directive sur les sociétés d'assurance vie a. La directive sur les sociétés d'assurance vie » p. 43

¹³³ Niyazi Berk, **Sigorta Şirketlerinde Mali Yeterlilik ve Risk Yönetimi (Türkiye'de ve AB'de Yeni Düzenlemeler – Sovency II Projesi)**, Editör : Suna Oksay, Sigorta İnceleme ve Araştırma Yayınları – 2, İstanbul, TSRŞB, 2005 p. 115

¹³⁴ La Commission des Communautés européennes « 'Solvabilité II': L'UE va devenir le chef de file mondial en matière de réglementation des assurances », IP/07/1060, Bruxelles, le 10 juillet 2007, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1060&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>

Notamment les autorités des pays qui contrôlent des industries de l'assurance plus développées, ont commencé une étude continue et rigoureuse afin d'établir un marge de solvabilité suffisante pour des sociétés.¹³⁵ Solvabilité II, qui porte l'objectif de mieux adapter les fonds propres exigés des compagnies d'assurances et de réassurance, est la codification de 14 directives préexistantes relatives aux assurances. Elle intègre les risques encourus par les activités d'assurance et de réassurance (souscription, opérationnel, marché, crédit, liquidités) dans des règles plus complexes. La directive s'intéresse, en outre, à l'examen de la situation financière globale d'une société d'assurance et au fonctionnement des autorités de contrôle. Il est souhaité de doter les superviseurs des instruments nécessaires à l'évaluation de la solvabilité globale des toutes les entreprises d'assurance.

En juillet 2007, la Commission a présenté une proposition de directive visant à intégrer dans une refonte de Solvabilité I la prise en compte de la situation financière en constante évolution. Après un compromis en trilogue (Commission, Parlement, Conseil) en février 2008, le texte a été adopté par le Parlement en session plénière le 22 avril 2009.¹³⁶ La directive devrait être appliquée à partir de 2012.

Solvabilité II est une directive-cadre qui ne fixe que les principes régissant le nouveau système. Sur un grand nombre de points, des mesures d'exécution plus détaillées seront arrêtées par la Commission après consultation des participants au marché et des États membres, le Parlement européen pouvant exercer un droit de regard. Le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions de retraite (CECAPP) continuera à jouer un rôle important lors de la mise en œuvre de Solvabilité II.

Solvabilité II, parallèlement au Bâle II¹³⁷, se base en 3 piliers :

¹³⁵ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, « Sigorta Sektöründe Denetim ve Gözetim » Sunan : İ. Taşbaşı **I. Ulusal sigorta Sempozyumu Bildiri Kitabı**, TSRŞB Yayınları, İstanbul, Temmuz 2005, p. 399.

¹³⁶ La directive cadre de solvabilité n'a été publiée dans le JOCE. Le texte adopté en 22 avril 2009 est disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0251+0+DOC+XML+V0//FR>

¹³⁷ Berk, **op.cit.**, p. 117

Le premier pilier se consacre une évaluation transparente de l'exigence de fonds propres. Il y a deux exigences de capital : le capital minimum exigé par l'autorité de régulation (MCR : *Minimum Capital Requirement*) et le capital exigé pour assurer la solvabilité (SCR : *Solvency Capital Requirement*). Il apparaît clairement que le SCR est devenu l'outil principal des autorités de contrôle. En effet, le SCR est le seul à être fondé sur l'exposition aux risques, en incorporant tous les risques liés à l'activité de la société, c'est-à-dire, principalement, le risque de souscription, le risque de crédit, le risque opérationnel, le risque de liquidité et le risque de marché. Une société qui ne serait pas en mesure de démontrer que son niveau de fonds propres est suffisant pour couvrir ces risques devra soumettre à son autorité de contrôle pour approbation un plan précisant comment et quand elle pourra concrètement respecter ces critères.

Détermination du SCR: Les assureurs et réassureurs seront contraints de mesurer leurs risques et de s'assurer qu'ils ont suffisamment de fonds propres pour les couvrir. Il est pratiquement certains que le niveau de probabilité de 99,5% sera retenu, puisque celui-ci a été de très nombreuses fois réaffirmé dans des échanges récents entre la Commission européenne et le CEIOPS.

Les compagnies devraient avoir le choix entre deux options. Elles pourront soit adopter une approche standard, soit un modèle interne.

L'approche standard est actuellement en cours de définition et calibrage au travers des études d'impact quantifiée (QIS : *Quantitative Impact Studies*).¹³⁸ Il est probable, comme l'a réaffirmé la Commission européenne que ceux ayant opté pour l'approche standard se verront imposer une exigence de capital complémentaire par rapport à ceux ayant opté pour un modèle interne.¹³⁹

¹³⁸ Les principes sous-jacent de l'approche standard ont été résumés plus récemment dans « *Consultation Paper No.20 - Draft Advice to the European Commission in the Framework of the Solvency II Project on Pillar I Issues - Further Advice [archive]* », Novembre 2006 (le date d'accèsion le 14/03/2007)

¹³⁹ « *Cadre ce consultation modifié pour le projet "Solvabilité II"* » Commission européenne, MARKT/2515/06, Avril 2006

Pour les compagnies voulant opter pour un modèle interne, un accord de l'autorité de contrôle sera requis préalablement à la détermination effective du SCR à partir de ce modèle interne. L'approche par le modèle interne est plus contraignante mais, au-delà du seul respect des contraintes réglementaires, cette approche est aussi la seule à apporter des éléments permettant une meilleure maîtrise de l'activité de la société. Solvabilité II devrait permettre aussi une approche hybride autorisant des modèles simplifiés comprenant quelques éléments de standardisation. Cette approche devrait intéresser plus particulièrement les assureurs et réassureurs de taille petite et moyenne taille n'étant pas en mesure de fournir une modélisation complète de leur activité.

Quant au pilier II constitue un développement majeur par rapport à Solvabilité I. Il encourage les compagnies à adopter la démarche ORSA (*Own Risk and Solvency Assessment*) afin qu'elles soient en mesure par elles-mêmes d'apprécier et de mesurer leurs risques. Au-delà de la simple validation d'une check-list, l'autorité de contrôle aura les pouvoirs de contrôler la qualité des données et des procédures d'estimation, des systèmes mis en place pour mesurer et maîtriser les risques au cas où ils se matérialiseraient. L'autorité de contrôle aura aussi le pouvoir d'imposer une marge de solvabilité complémentaire (*capital add-on*), sous certaines conditions, dans le cas où il aura été jugé que les risques ont été mal appréciés par la compagnie.

Enfin, le pilier III traite de la publication des informations sur lesquels les deux précédents piliers sont basés et qui permettront au public (actionnaires et analystes) et aux autorités de contrôle de juger si l'analyse effectuée est fidèle à la réalité. Les assureurs et réassureurs auront donc à fournir les informations clés (vérifiables) nécessaires à la détermination de leur exigence de capital. Ces informations devront, en particulier, couvrir la performance financière, les profils de risques, données et hypothèses sur lesquelles ils sont basés et les mesures d'incertitudes, incluant mesure d'adéquation des estimations antérieures et la sensibilité des résultats à la volatilité du marché.

C. Les valeurs mobilières

Pour le bon fonctionnement d'un marché unique, il faut mise en œuvre d'un contrôle prudentiel de marché des valeurs mobilières, à la fois pour les nouvelles émissions et le commerce des titres. Il s'agit de réglementer les conditions initiales et de fonctionnement pour les fournisseurs de services (entreprises d'investissement), de fixer les exigences pour l'émission de titres (à la fois en ce qui concerne les offres publiques et les titres cotés en bourse) et d'établir les conditions applicables aux fonds d'investissement. Il s'agit aussi de coordonner les conditions d'établissement et de développement des entreprises d'investissement qui sont semblables à celles des banques. Il est prévu un terrain d'égalité entre les entreprises d'investissement non bancaires et les banques fournissant des services d'investissement. La législation sur l'émission des titres fixe des exigences minimales pour les informations qui doivent être révélées au public et facilite l'émission transfrontalière de titres.¹⁴⁰

Néanmoins, aucune réglementation communautaire ne vise directement les fonds d'investissement alternatifs qui englobent, entre autres, les hedge funds, les fonds de capital-investissement, les fonds de matières premières et les fonds immobiliers. En effet, la crise a montré bien le rôle de ces fonds dans le système financiers, par conséquent, la Commission européenne a adopté une proposition de directive, afin de créer un cadre complet et efficace pour la régulation et la surveillance des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.¹⁴¹

Dans ce chapitre, nous allons d'abord analyser la directive MiFID qui font la base de système contrôle pour les valeurs mobiliers. Ensuite, il convient d'examiner deux sujets concernés, les abus de marché et les prospectus, qui font l'objet des règles sur le commerce de valeurs mobiliers et qui ont pour but de garantir le bon fonctionnement de marchés réglementés.

¹⁴⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/securities/index_fr.htm

¹⁴¹ Proposition de la Directive du Parlement européen et du Conseil sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2004/39/CE et 2009.../CE, COM(2009) 207 final, Bruxelles, le 30.4.2009; Pour une analyse historique sur des fonds alternatifs et leurs effets sur la crise voir. Maria Strömqvist « Hedge funds and financial crises », **Sveriges Riksbank Economic Review**, 2009/1, Stockholm, 2009

1. La directive concernant les marchés d'instruments financiers

La directive 2004/39/EC¹⁴² concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID) instaure un cadre réglementaire global régissant l'exécution des transactions sur instruments financiers. La MiFID, l'un des principaux éléments du Plan d'action sur les services financiers, a été proposé en novembre 2002 pour moderniser la directive de 1993 relative aux services d'investissement et elle est entrée en vigueur le 1 Novembre 2007.

Cette directive a pour but d'établir un cadre réglementaire complet et harmonisé couvrant les transactions où qu'elles soient dans l'UE. Elle allonge la liste des instruments financiers qui sont soumis à sa réglementation, l'objectif étant que le plus de types d'instruments possible soient soumis aux mêmes règles. Sous le régime de la MiFID, une entreprise, si elle propose ses services dans un autre Etat membre par le biais d'une filiale ou de façon transfrontalière, pourra suivre les règles de l'Etat d'accueil dans lequel elle est implantée. De plus, la directive instaure des normes minimales quant aux pouvoirs des autorités réglementaires nationales et établit des procédures pour la coopération entre les autorités dans les enquêtes sur les infractions des règles.

La MiFID a considérablement modifié la façon dont les acteurs du marché mènent leurs activités, au niveau des règles qu'ils doivent respecter et de la façon dont ils y parviennent. Tous les acteurs (entreprises d'investissement, banques, marchés réglementés et intermédiaires de compensation et de règlement) devraient adapter leurs systèmes informatiques de façon conséquente. Etant donnée l'ampleur des changements pour les Etats membres et pour le secteur privé, la Commission a décidé, en juin 2005, de modifier le calendrier initial. La date limite pour la transposition des dispositions de la MiFID par les Etats membres a été reportée à novembre 2007. De même, les entreprises et les marchés ont jusqu'à 2007 pour que leurs structures et leurs procédures soient conformes.

¹⁴² Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil JOCE No. L 145, 30.4.2004

La directive a actualisé le principe du « passeport unique » pour des entreprises d'investissement introduit pour la première fois. Cette liberté d'action élargie accordée au monde financier traduit dans la MiFID par des nouvelles exigences très variées et strictes.¹⁴³ La directive énonce clairement qu'une entreprise d'investissement agréée dans son Etat membre d'origine devrait être autorisée à fournir des services d'investissement ou à exercer des activités d'investissement dans toute la Communauté sans avoir à demander un agrément distinct de l'autorité compétente de l'État membre dans lequel elle souhaite fournir de tels services ou exercer de telles activités.¹⁴⁴ De plus, les succursales d'entreprises d'investissement déjà agréées dans des pays tiers devraient pouvoir continuer à bénéficier des procédures d'agrément en vigueur dans la Communauté. Par contre, ces succursales ne devraient pas jouir de la libre prestation de services prévue à l'article 49, deuxième alinéa, du traité ni de la liberté d'établissement dans un État membre autre que celui où elles sont établies. Dans les cas où la Communauté n'est liée par aucune obligation bilatérale ou multilatérale, il convient de prévoir une procédure visant à assurer que les entreprises d'investissement communautaires bénéficient de l'équivalence de traitement dans les pays tiers concernés.¹⁴⁵ Certes, les entreprises d'investissement agréées devraient se conformer en permanence aux conditions de l'agrément initial (l'article 16).

La directive dispose que les personnes qui dirigent effectivement l'activité d'une entreprise d'investissement devaient jouir d'une honorabilité et d'une expérience suffisante pour garantir la gestion saine et prudente de cette entreprise (l'article 9). Elle aussi dispose que l'identité des actionnaires ou associés, directs ou indirects, personnes physiques ou morales, qui détiennent une participation qualifiée, et du montant de cette participation seraient obtenu par l'autorité compétente (l'article 10). Enfin, l'article 12 dispose, en modifiant la directive 93/6/CEE, une exigence d'un capital initial.

¹⁴³ Benoit Feron, « Intermédiaires et marchés financiers » (Chronique) **Journal des Tribunaux – droit européen**, Janvier 2007, p.8

¹⁴⁴ Considérant 23 de la directive 2004/39/EC.

¹⁴⁵ Considérant 24 de la directive 2004/39/EC.

2. Les abus de marché

La directive 2003/6/CE sur les abus de marché¹⁴⁶ est mise en œuvre dans la pratique et sa transposition aux droits nationaux des Etats membres a été fixé au plus tard le 12 octobre 2004.¹⁴⁷ Elle relève le niveau d'intégrité du marché en contribuant à l'harmonisation dans toute l'Europe des règles concernant les abus de marché. Elle suscite un engagement résolu en faveur de la transparence et de l'égalité de traitement entre les acteurs du marché, impose une collaboration plus étroite et un échange d'informations accru entre les administrations nationales, ce qui permet d'harmoniser l'application des règles dans toute l'Union et de réduire les risques de discordance et de confusion, ainsi que les échappatoires potentielles.

Elle impose à chaque État membre de désigner une autorité administrative chargée de lutter contre les opérations d'initiés et les manipulations de marché. Elle introduit également des obligations de transparence qui imposent à ceux qui recommandent des stratégies de placement au public ou à des canaux de diffusion de présenter ces stratégies de manière équitable, de divulguer leurs propres prises de participation et les conflits d'intérêts éventuels. Concernant les opérations d'initiés, la directive s'applique également aux instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé d'un Etat membre mais dont la valeur dépend d'un instrument financier admis ou faisant l'objet d'une demande d'admission à la négociation sur un marché réglementé.¹⁴⁸

La directive énonce les principes essentiels. Les modalités techniques sont traitées séparément, au moyen de "mesures d'exécution" lesquelles la Commission a

¹⁴⁶ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), JOCE No. L 96 du 12.4.2003

¹⁴⁷ « La Commission européenne a lancé un appel à contributions pour le réexamen de l'application de la directive sur les abus de marché, qui présente des premiers résultats et des propositions d'amélioration et de simplification de cette directive. » Voyez Communiqué de presse de la Commission du 20 avril 2009 (IP/09/600) Bruxelles.

¹⁴⁸ Voyez, pour le système de la directive concernant les opérations d'initiés, Maria Papantoni « La Directive 'Abus de Marché' », **Cahiers de droit européen**, No : 1 – 2, Bruxelles, 2005 p.190 et suivant.

pris sous le contrôle du Comité européen des valeurs mobilières (CEVM) et tenant compte de l'avis technique du Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CERVM).

En 2003 les trois mesures d'exécution comprenant deux directives de la Commission et un règlement de la Commission ont été publiées. La première directive¹⁴⁹ de la Commission fixe les critères détaillés à appliquer pour déterminer quand une information est réputée à caractère précis et susceptible d'influencer les cours. De plus, elle spécifie une série de facteurs à prendre en considération lorsqu'on examine si un comportement donné pourrait constituer une manipulation du marché. On peut également tenir compte de facteurs supplémentaires en fonction des circonstances. Pour les émetteurs, cette directive d'exécution prescrit les modes et délais de publication des informations privilégiées et les cas précis dans lesquels les émetteurs sont autorisés à reporter cette publication pour protéger leurs intérêts légitimes.

La seconde directive¹⁵⁰ de la Commission fixe des normes pour la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts. Elle établit une distinction entre les personnes qui produisent des recommandations d'investissement (qui doivent respecter des normes plus strictes) et celles qui diffusent des recommandations produites par des tiers. Conformément à l'article 6 de la directive sur les abus de marché, cette seconde directive d'exécution tient compte des réglementations y compris des autorégulations auxquelles est soumise la profession de journaliste. Cela signifie que la sous-catégorie très spécialisée des journalistes financiers qui produisent ou diffusent des recommandations d'investissement doit respecter certains principes généraux. Toutefois, des mesures de sauvegarde sont prévues et le recours à des mécanismes autorégulateurs est

¹⁴⁹ Directive 2003/124/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) JOCE L 339 du 24.12.2003.

¹⁵⁰ Directive 2003/125/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) JOCE L 339 du 24.12.2003

autorisé pour déterminer comment ces principes de base doivent être appliqués. Il s'agit là d'une solution équilibrée qui préserve totalement la liberté de la presse tout en protégeant les investisseurs et les émetteurs contre tout risque de manipulation du marché par les journalistes qui exploiteraient dans leur intérêt personnel leur capacité parfois considérable d'influencer les cours.

Le règlement de la Commission dans cette série des mesures d'exécution fixe des conditions techniques relatives aux programmes de rachat d'actions et à la stabilisation d'instruments financiers. Conformément à l'article 8 de la directive sur les abus de marché, et sous réserve que ces opérations s'effectuent conformément à ces conditions, les interdictions prévues par ladite directive ne sont pas applicables.

Enfin, la Commission a également adopté une directive technique¹⁵¹ prévoyant des mesures d'exécution de la directive sur les abus de marché en 2004. Ces mesures couvrent les pratiques considérées comme des manipulations de marché, donnent une définition de l'information privilégiée par rapport aux instruments dérivés sur produits de base et prévoient l'établissement de listes d'initiés par les émetteurs et les personnes agissant en leur nom ou pour leur compte ainsi que la notification, aux autorités compétentes, des transactions suspectes comme des transactions conclues par les dirigeants des émetteurs.

Toutes ces mesures d'exécution créeront le corpus de règles techniques détaillées apparaissant nécessaires pour garantir que la directive sur les abus de marché atteigne son but.

3. Directive sur les prospectus

Un prospectus est un document de publicité contenant des données financières et non financières clés, qu'une société met à la disposition des investisseurs potentiels

¹⁵¹ Directive 2004/72/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes [...] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) JOCE L 162 du 30.4.2004

lorsqu'elle émet des valeurs mobilières (actions, obligations, instruments dérivés, etc.) pour lever des capitaux et/ou lorsqu'elle veut faire admettre ses valeurs mobilières à la négociation sur un marché boursier. La directive relative aux prospectus permet aux sociétés de lever plus aisément et à moindre coût des capitaux dans toute l'Union européenne, sur la base de l'aval donné par l'autorité réglementaire d'un unique État membre («autorité compétente de l'État membre d'origine»). Elle renforce la protection offerte aux investisseurs en garantissant que tous les prospectus, où qu'ils soient émis dans l'UE, leur fournissent l'information claire et complète dont ils ont besoin pour prendre leurs décisions.

La directive instaure un « *passport unique* » pour les émetteurs, en vertu duquel les valeurs mobilières seront proposées aux investisseurs soit par une procédure d'offre au public, soit par voie d'admission à la négociation. Cela signifie qu'un prospectus, une fois approuvé par l'autorité compétente d'un État membre donné, doivent être acceptés partout ailleurs dans l'Union européenne. Afin de garantir la protection des investisseurs, cette approbation n'est toutefois donnée qu'à la condition que les prospectus satisfassent à des normes européennes communes relatives au contenu de l'information à publier et aux modalités de cette publication.

En ce qui concerne les investisseurs, la directive garantit une information de meilleure qualité et un accès facile aux documents de publicité, grâce à leur dépôt centralisé. La directive ne traite que des obligations de publicité initiale. Les conditions d'admission à une cote officielle restent régies par les exigences européennes et nationales en vigueur.

CONCLUSION

Dans cette étude, nous avons essayé de développer une vision compréhensive du système du contrôle des services financiers dans l'Union européenne. Le premier volet de ce sujet concerne les établissements d'un marché unique pour les services financiers. En effet, il est évident que la liberté d'établissement, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux forment le fondement de ceci.

En ce qui concerne les services financiers à proprement parler, nous observons une certaine « re-régulation » purement prudentielle, c'est-à-dire le rétablissement d'un pouvoir régulateur pour le contrôle prudentiel du marché financier mondial.

Effectivement, le système européen est en progrès continu qui se forme autour des développements au niveau mondial. L'adaptation de Bâle II est un exemple particulier de ceci. Les règles qui gouvernent les flux des capitaux dans le monde entier sont principalement émises par des institutions internationales dotées de pouvoirs consultatifs pour améliorer ce flux. De plus, il faut admettre que le système financier se fonctionne par ses propres règles et chaque intervention à ce système nécessite d'être bien élaboré. L'Union européenne se rend compte de ceux-ci et adopte des règles propres sans empêchant son fonctionnement international pour renforcer l'harmonisation.

Afin de renforcer ceci, le processus Lamfalussy prévoit certaines mesures comme le conseil réciproque et l'élaboration de normes afin d'obtenir des conditions plus convenable en fonction du marché.

Toutefois, il est possible de remarquer que l'on retrouve dans la Solvabilité II des spécificités qui se réfèrent au Bâle II, de ce fait on peut affirmer que la Solvabilité II est une modèle original qui a ses propres caractéristiques.

En effet, il faut remarquer que le système européen du contrôle est un moyen pour achever l'intégration financière. Cependant sa faiblesse se trouve dans la réalité de l'implémentation de ce système par des autorités compétentes des Etats membres. Il est vrai que les autorités nationales peuvent prendre des décisions plus appropriées grâce à leurs profondes connaissances des marchés où ils opèrent. Or, le système européen est ouvert aux applications variées.

Le pouvoir d'autorités nationales qui ont en main l'essentiel des responsabilités en matière de contrôle prudentiel est un obstacle à la réalisation d'un système de contrôle effective pour les services financiers, compte tenu de la diversité des règles et des pratiques existant en matière de contrôle prudentiel. Cependant, l'intégration des marchés financiers est un processus dynamique. Il est, donc, difficile de déterminer si les changements permanents au niveau de la législation sont suffisants pour garantir le bon fonctionnement du système de contrôle sur le système financier.

BIBLIOGRAPHIE

A – Les documents officiels :

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire au sein de Banque des Règlements Internationaux; **Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres (dispositif révisé)**, Juin 2004

Commission des communautés européennes, **Décision de la commission du 23.1.2009 instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières**, Bruxelles, C (2009) 176 final, le 23.1.2009

Commission des communautés européennes, **Livre Blanc : l'achèvement de marché intérieur**, COM (85) 310, Bruxelles, 14.06.1985

Commission des Communautés européennes, **Livre blanc : Politique des services financiers 2005 – 2010**, SEC(2005)1574, Bruxelles, 1.12.2005

Commission des Communautés européennes, **Marchés financiers : La Commission se félicite de l'accord du Parlement sur les propositions de réforme Lamfalussy**, (Communiqué de press), IP/02/195, Bruxelles, 05.02.2002

Commission des Communautés européennes, **Services financiers: Elaborer un cadre d'action**, Bruxelles, 28.09.1998

Commission des Communautés européennes, **Services financiers: Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers: Plan d'action**, COM (1999) 232, 11.05.1999

Commission des Communautés européennes, **Système financier européen: adaptation au changement / Contribution de la Commission au Conseil européen**, COM (2008) 122 final, Bruxelles, 27.2.2008

Commission des Communautés européennes, « **Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières** », Comité présidé par Alexandre Lamfaussy, Bruxelles, le 15 février 2001

B – Les ouvrages :

ANTOINE Joseph et CAPIAU-HUART Marie-Claire, **Dictionnaire des marchés financiers**, Bruxelles, De Boeck, 2006

BERK Niyazi, **Sigorta Şirketlerinde Mali Yeterlilik ve Risk Yönetimi (Türkiye'de ve AB'de Yeni Düzenlemeler – Solvency II Projesi)**, Editör : Suna Oksay, Sigorta İnceleme ve Araştırma Yayınları – 2, İstanbul, TSRŞB, 2005

- CHALMERS, Damien, HADJIMANUIL, Christos, MONTI, Giorgio et TOMKINS, Adam, **European Union Law**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- CRAIG, Paul et De BÚRCA, Gráinne ; **EU Law, Text, Cases and Materials**, 2nd Edition, Great Britain, Oxford University Press, 1998
- DE BONDT, Gabe J. ; **Financial Structure and Monetary Transmission in Europe**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2000
- DIERICK, Frank; **The Supervision of Mixed Financial Services Groups in Europe**, Occasional Paper Series, European Central Bank, No.20 / Frankfurt am Main, 2004 disponible sur www.ecb.int
- DINAN, Desmond ; **Ever Closer Union : An Introduction to European Integration**, Editors: Neill Nugent, William E. Paterson, Vincent Wright, 3rd Edition, The European Union Series, Hampshire, Palgrave MacMillan, 2005
- FAVRET, Jean-Marc ; **Droit Communautaire du Marché intérieur**, Mémentos, Gualino éditeur, Paris, 2001
- HEEM Virginie & HOTTE David; **La lutte contre le blanchiment des capitaux**, L.G.D.J. Collection : Systèmes, Paris, Décembre 2004
- LAMFALUSSY Alexandre, **Les Marchés Financiers en Europe**, Paris, Presses Universitaires de France, 1968
- LE MIRE Pierre ; **Droit de l'Union européenne et politiques communes**, 4eme édition, Dalloz, 2005, Paris
- OKSAY Suna et ACAR, Onur, **Avrupa Birliği ve Türk Sigorta Sektöründe Denetim**, Sigorta ve İnceleme Yayınları 9, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayın, 2007, İstanbul
- ÖZSAR KUMCU Berna ; **Avrupa Birliği Sigorta Müktesebatı Rehberi**, , 2nci Baskı, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, 2007, İstanbul

C – Les articles :

- BEHRENS, Peter ; « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », **Revue Internationale de Droit Économique**, De Boeck Université, t. XVII 2003/3-4, 2003, p.339 – 356
- CEYLANTEPE, Tolga; « La lutte contre le blanchiment d'argent dans l'Union européenne », **Sigorta Araştırmaları Dergisi**, Türkiye Sigorta Enstitüsü Vakfı, Sayı : 4, Nisan 2008, p. 32 – 43

- CHAPNELLE, Ariane, HÜBNER, Georges et PETERS, Jean-Philippe; « Le Risque Opérationnels : Implication de l'accord de Bâle pour le secteur financier », **Cahiers Financiers**, Lancier, 2006, p.7 – 12
- Claude J. Berre « Droit européen des assurances (Cadre généraux) : Assurances terrestres », **Juris Classeur – Europe Traité**, Volume 6, Fascicule 1010, Paris, Lexis Nexis, 2001
- CLERC, Laurent ; « Credit risk management and financial stability » **Financial Stability Review**, No.5, Banque de France, Novembre 2004
- DELSAUX, Pierre « L'indispensable régulation des marchés financiers », **Reflets et perspectives de la vie économique**, De Boeck Université, Tome XLIII 2004/2, p.43 – 56
- DEMARET, Paul ; « (Mondialisation et accès aux marchés) L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », **Revue internationale de droit économique**, t. XVI 2002/2-3, De Boeck Université, 2002, p.259-291
- FERON, Benoit, « Intermédiaires et marchés financiers » (Chronique) **Journal des Tribunaux – droit européen**, Janvier 2007, p.8 – 12
- FONTEYNE, Wim ; « UE: de l'union monétaire a l'union financière », **Finance & Développement**, IMF, Volume 43, No.2, Juin 2006 (imf.org /external/pubind)
- HATIPOĞLU, Ayşe Gül ; « Basel II (Yeni Sermaye Uzlaşısı) ve Gelişmekte Olan Ülkeler Üzerindeki Etkisi »; **Vergi Dünyası**, Sayı 325, Eylül 2008, p. 150 – 185
- HUGLO, Jean-Guy ; **Droit d'établissement et libre prestation de services**, in Juris Classeur - Europe, Volume 4, Fascicule 710, Lexis Nexis, 2008
- JUILLARD, Patrick ; « Libre circulation des capitaux » **Juris Classeur – Europe Traité**, Volume 4, Fascicule 900, Lexis Nexis, 2003
- L'Académie des Sciences et Techniques Comptables et Financières « Le financement des entreprises après Bâle II », **Cahiers de l'Académie**, N°.10, Janvier 2008, Paris www.lacademie.info
- KOENIG Gilbert, « La gestion européenne de la crise », **Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe**, Editorial de Michel Dévoluy, no.19, Strasbourg, l'Université de Strasbourg, Hiver 2008, p. 14-21
- LOUIS, Jean-Victor, « Mondialisation et contrôle prudentiel: centralisation ou décentralisation? » **Revue internationale de droit économique**, t. XVI 2002/2-3, De Boeck Université, 2002, p. 529-557
- MOINY, Yves « Aperçu de la jurisprudence communautaire développé dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international », **Revue du droit de l'Union européenne**, Editions Clément Juglar, 1-2009, Paris, p.35 – 54

- PAPANTONI, Maria « La directive ‘Abus de Marché’ », **Cahiers de droit européen**, No : 1 – 2, Bruxelles, 2005 p.179 – 215
- PRATO, Olivier « Mieux appréhender les risques du portefeuille de négociation », **Revue de la stabilité financière** N° 8, Banque de France, Mai 2006, p. 53 – 65.
- PRIETO, Catherine, « Liberté d’établissement et de prestation des services », **Revue trimestrielle de droit européen**, Paris, Dalloz, 2006, p.868 – 892
- ROTH, Felix; « **The Effect of The Financial Crisis on Systemic Trust** » CEPS working Document No. 316, Centre for European Policy Studies, July 2009 disponible sur www.ceps.eu
- STERZYNSKI, Maciej « The European Single Insurance Market: Overview and impact of the liberalization and deregulation processes », **Belgian Actuarial Bulletin**, Vol. 3, No. 1, 2003, p.43 – 44
- STRÖMQVIST, Maria « Hedge funds and financial crises », **Sveriges Riksbank Economic Review**, 2009/1, Stockholm, 2009, p.87 – 106
- THROVAL, Pierre-Yves, « The Basel II framework: the role and implementation of Pillar 2 », **Financial Stability Review** No. 9, Banque de France, Decembre 2006, p. 125 – 132
- VIGNERON, Philippe et STEINFELD, Philippe ; « Arrêt Fidium Finanz : Un frein à l’effet ‘erga omnes’ de la libre circulation des capitaux ? », **Cahiers de droit européen**, No : 1-2, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.239 – 253

BIOGRAPHIE

Huseyin Arslan est né à Alanya en 1980. Il a fait ses études primaires et secondaires à Alanya et il a gradué d'Alanya Anadolu Lisesi. Il a complété ses études en droit à l'Université d'Ankara en 2004. Il a fait son stage au Barreau d'Istanbul. Après son assermentation, il a travaillé, pour un an, comme associé dans un cabinet d'avocat.

Il est actuellement responsable des affaires légales et de la poursuite de la législation sur l'assurance dans l'Association des sociétés d'assurance et de réassurance de la Turquie, depuis Avril 2008. Il suit les développements législatifs, et s'intéresse spécialement au droit d'assurances au niveau communautaire et national. Il est membre de l'Association turque de droit d'assurance.

Ses écrits publiés sont les suivants :

- Avrupa Birliği Sigortacılık Komiteleri (Birlikten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, İstanbul, sayı: 2008/2)
- Avrupa Birliği'nde Dolandırıcılıkla Mücadele Amacıyla Kurulan Bir Örgüt: OLAF (Birlikten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, İstanbul, sayı: 2008/3)
- GDO'ların Zararları ve Sigorta (Birlikten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, İstanbul, sayı: 2008/4)
- Ürün Sorumluluk Sigortası (Birlikten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, İstanbul, sayı : 2009/1)
- Avrupa Sistem Riskleri Konseyi (Birlikten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, İstanbul, sayı : 2009/2)