

Harmonisation et procédure Lamfalussy

La régulation des services bancaires et financiers dans l'Union européenne*

Cet entretien entre Blanche Soussi et Élisabeth Delahousse

propose un double regard sur les méthodes de réglementation européennes : directives, règlements, recommandations, codes, harmonisation minimale ou maximale, comitologie et procédure Lamfalussy...

Blanche Soussi. De même que la construction européenne est la réponse de juristes au service d'un objectif politique et économique, une bonne compréhension des concepts qui fondent le marché unique des services financiers et une bonne connaissance des procédures d'adoption des textes européens sont indispensables pour faire entendre sa voix à Bruxelles.

Élisabeth Delahousse. Pourriez-vous nous rappeler les méthodes de régulation applicables aux services bancaires et financiers dans l'Union européenne ?

B. S. Selon la méthode législative traditionnelle, les directives sont adoptées en co-décision, par le Conseil et le Parlement européens qui sont donc co-législateurs. La Commission intervient à l'origine du texte puisque c'est elle qui le propose au Conseil et au Parlement. Elle intervient après l'adoption du texte pour veiller à son exécution dans les États membres. Pour préparer ses propositions de directives, la Commission s'est toujours appuyée sur des consultations, y compris désormais sous forme de consultations ouvertes par

voie électronique. Si, dans cette période préparatoire, la Commission estime que les esprits ne sont pas prêts à l'adoption d'un texte contraignant, au lieu de présenter une directive (ou pire, un règlement directement applicable dans les États), elle rédige une recommandation. Un tel texte n'exige rien, mais comme son nom l'indique, recommande aux États de prendre telle ou telle mesure, de mettre en place telle ou telle pratique, etc.. Cette méthode douce a souvent été très efficace pour faire admettre quelques années plus tard, que le temps d'une directive était venu : ainsi, la directive sur la garantie des dépôts avait été précédée d'une recommandation, comme la directive sur les grands risques. Il en a été de même pour les systèmes de paiement : les premiers textes ont été des recommandations.

Toujours dans le cadre de la méthode législative traditionnelle, il était évident que compte tenu des évolutions, il faudrait modifier certaines dispositions techniques de telle ou telle directive. Pour ces simples modifications techniques, dans un souci d'efficacité et de rapidité, a été instaurée dès 1987, la procédure de comitologie : il s'agit tout simplement de donner à la Commission assistée d'un comité composé de représentants des États membres, le pouvoir de modifier certaines dispositions d'une directive.

Aujourd'hui, dans le domaine des valeurs mobilières, c'est une variante de la comitologie qui est appliquée : on l'appelle procédure Lamfalussy du nom du Président du Groupe des Sages qui l'a proposée en 2001.

E. D. On peut ajouter au « panel » des instruments de régulation européens les codes de conduite.

Au moins dans le domaine de la banque commerciale, les codes de conduite européens ne nous apparaissent pas de nature à favoriser un marché des services financiers intégrés. Ils introduisent, pour les entreprises déjà soumises à une réglementation lourde, comme les banques françaises, des contraintes supplémentaires, voire des risques juridiques, tout en ne permettant pas une réelle harmonisation au niveau européen. Ils induisent un effet millefeuille en se superposant, voire en entrant en conflit avec la réglementation nationale. Ainsi, le code européen pour les prêts aux logements, négocié entre associations bancaires européennes et associations de consommateurs sous l'égide de la Commission européenne (qui l'a publié sous la forme d'une « recommandation » et contrôle son

BLANCHE SOUSSI
Professeur

Université Lyon 3
Chaire Jean Monnet

Droit bancaire et
monétaire européen

**ÉLISABETH
DELAHOUSSE**

Conseiller
Direction
des affaires juridiques

Crédit Agricole SA

* L'entretien initial entre Blanche Soussi et Élisabeth Delahousse est paru dans la revue « Horizons Bancaires » éditée par le Département des études économiques et bancaires de Crédit Agricole SA, n° 318 d'octobre 2003. La version publiée ici en présente de très larges extraits.

application), s'il présente un intérêt dans les pays non réglementés, ne permet pas la comparabilité des offres puisque l'assiette du taux n'a pas été harmonisée. Il induit par ailleurs un risque de contradiction avec notre offre « Scrivener » française (risque de publicité mensongère), alors même que les deux documents se ressemblent sur le fond comme des frères... Les codes sont, en outre, comme les directives, longs et délicats à négocier. Ils sont surtout difficiles à mettre en œuvre. Le rapport qui vient d'être publié sur le code logement le montre : 5 % seulement des consommateurs ont reçu une information personnalisée complète.

Toutefois, la profession bancaire française n'est pas défavorable à l'élaboration ponctuelle de codes de conduite au niveau européen, afin de préciser l'application sectorielle de certains textes ou d'édicter des règles de conduite dans des domaines non encore harmonisés. Mais elle y met certaines conditions : ces codes doivent relever de l'initiative des professionnels et ceux-ci doivent avoir toute latitude quant à leur contenu ; en outre, les codes de conduite doivent conserver leur caractère non contraignant et volontaire.

E. D. L'Union européenne vise à lever les obstacles à la libre circulation des personnes, des capitaux, des services et des marchandises. La coordination des lois des États membres est un outil essentiel à cet objectif. Mais les niveaux d'harmonisation varient selon les sujets, les enjeux et les volontés étatiques. Pourriez-vous évoquer les différents types d'harmonisation européens ?

B. S. L'harmonisation est dite minimale lorsque les États membres peuvent prévoir des dispositions nationales plus strictes ou plus contraignantes que celles prévues par une directive.

La difficulté est alors de savoir dans quelle mesure un État d'accueil peut exiger qu'un établisse-

ment agréé dans un autre État, mais exerçant sur son territoire, respecte de telles dispositions plus sévères. Il faut distinguer deux cas.

- **1^{er} cas :** la directive prévoit expressément que l'harmonisation minimale est doublée d'une reconnaissance mutuelle. L'État d'accueil ne peut pas exiger le respect de ses dispositions nationales plus sévères. L'exemple type est l'agrément d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement. L'agrément délivré dans un État vaut dans tous les autres, y compris dans les États dont la législation est plus sévère que la directive. L'harmonisation minimale se cumule avec une reconnaissance mutuelle des agréments. Chaque État admet les agréments délivrés par les autres, puisqu'ils ont été délivrés selon des conditions que tous ont jugées suffisantes.

- **2^e cas :** la directive ne prévoit qu'une harmonisation minimale. Dans ce cas, l'État d'accueil peut revendiquer le respect de ses dispositions nationales même si elles constituent une entrave à la libre prestation de services ou au libre établissement, mais dans des conditions définies par la Cour de justice des Communautés européennes : les dispositions en cause doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général.

En cas de litige, il faudra apprécier si ces conditions sont remplies ou pas. Cette appréciation se fera au cas par cas, et peut évidemment varier d'une juridiction à l'autre, ce qui n'est pas satisfaisant dans l'idée d'un marché unique.

Ainsi, l'harmonisation peut être minimale sans reconnaissance mutuelle ; elle peut être minimale avec reconnaissance mutuelle ; mais peut-on imaginer une reconnaissance mutuelle des législations qui ne seraient pas ou pas encore harmonisées ? C'est la méthode retenue dans la directive « Commerce électronique » par le jeu de son article 3 intitulé « Clause du marché intérieur ». L'har-

monisation est dite maximale (on parle aussi de pleine harmonisation) lorsque les États membres ne peuvent pas prévoir des dispositions nationales plus strictes ou plus contraignantes que celles prévues par une directive. C'est évidemment la méthode parfaite pour réaliser un *level playing field* puisque les mêmes exigences pèsent sur tous dans tous les États membres. Aucune discrimination n'est concevable, y compris à rebours contre ses propres ressortissants.

E. D. Si la reconnaissance mutuelle peut jouer un rôle, elle n'est, selon nous, pertinente que de façon résiduelle, après qu'un niveau d'harmonisation suffisant ait été atteint. Elle ne doit pas être considérée comme une alternative à la pleine harmonisation.

Dans le crescendo de méthodes d'harmonisation envisagées, les banques françaises ont maintes fois affirmé leur attachement à la technique de l'harmonisation maximale. Cette approche interdit aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions nationales plus strictes que celles figurant dans les directives, y compris pour leurs propres ressortissants. Elle assure les mêmes règles du jeu entre banques des différents États membres (exemple, la même assiette du TEG), sans distorsion de concurrence (c'est le fameux *level playing field*). Il ne s'agit pas d'harmoniser au niveau le plus haut de protection des consommateurs mais de protéger le consommateur à un niveau acceptable par tous, avec des règles qu'il connaît puisqu'elles sont les mêmes quelle que soit l'origine du prestataire. Nous préférons d'ailleurs désormais utiliser les expressions de « pleine harmonisation » ou « harmonisation optimale », pour éviter toute confusion. Nous ne demandons pas non plus que tout soit harmonisé. Il faut simplement harmoniser de façon complète ce qui permet un choix éclairé. La publicité et l'information précontractuelle doi-

vent permettre aux consommateurs de choisir en toute transparence, y compris en transfrontalier. Mais en aucun cas, bien sûr, il ne faut uniformiser le contenu des offres commerciales.

L'harmonisation optimale permet de dépasser le débat sur le droit applicable dans les domaines coordonnés et d'instaurer un véritable marché unique, une libre et effective prestation de services. Pourtant la directive « Commercialisation à distance » mais aussi les directives en travaux, notamment la proposition de directive « Crédits aux consommateurs », laissent entrevoir les difficultés pour atteindre une telle harmonisation. La Commission et le Conseil peuvent être tentés de confondre pleine harmonisation et harmonisation maximaliste (via le *law shopping*). Qu'en pensez-vous ? Comment éviter cet amalgame ?

B. S. Je partage avec vous l'idée que l'harmonisation maximale est la meilleure méthode pour réaliser le marché unique des services financiers car elle seule permet de créer un véritable *level playing field*. La Commission européenne a parfois proposé cette méthode, mais je rappelle qu'elle ne peut que la proposer et que le texte sera voté, amendé, voire rejeté, par le Parlement européen et le Conseil. Chacun connaît les difficultés pour faire adopter une directive d'harmonisation maximale : la directive commercialisation à distance des services financiers en est l'exemple même. Que reste-t-il aujourd'hui de l'harmonisation maximale qui imprégnait la proposition ?

E. D. Évoquons à présent, si vous le permettez, les nouvelles méthodes de régulation proposées pour régir le domaine des services financiers.

Afin de stimuler la croissance, la concurrence et l'innovation, l'intégration des marchés financiers de l'Union européenne est devenue primordiale. Le plan d'action des services financiers adopté en

mai 1999 est un grand pas dans cette voie. En parallèle, en juillet 2000, le Comité des sages présidé par le baron Lamfalussy, ancien président de l'Institut monétaire européen, recevait mandat pour engager une réflexion relative aux méthodes législatives européennes sur le sujet des valeurs mobilières. La volonté d'accélérer l'unification des marchés de capitaux en Europe et surtout de faciliter l'adaptation de la réglementation aux évolutions des marchés a conduit à adopter et mettre en œuvre la procédure préconisée par le Comité des sages, communément appelée procédure Lamfalussy ; celle-ci vise à réguler le domaine des valeurs mobilières via une délégation à la Commission européenne assistée de comités, pour l'adoption des mesures nécessaires à la mise en œuvre de directives cadres. Cette nouvelle démarche ne révolutionne pas les méthodes législatives européennes. Elle repose en effet sur la comitologie qui a été introduite par une décision du Conseil de 1987 et qui permet au Conseil de déléguer à la Commission européenne les pouvoirs d'exécution des textes qu'il adopte. Elle est cependant originale à plusieurs égards. Pourriez-vous nous rappeler les grandes lignes de la procédure Lamfalussy ?

B. S. La procédure Lamfalussy systématise, dans le secteur financier, la faculté pour le Conseil et le Parlement européens de déléguer des pouvoirs d'exécution à la Commission européenne. Le comité des sages, dans son rapport, préconisait de scinder le processus législatif applicable aux valeurs mobilières en deux, en distinguant d'une part, la législation européenne dite primaire (lois cadres) et d'autre part la législation secondaire que constituent les arrêtés d'application. On distingue alors quatre niveaux :

– le niveau 1 est caractérisé par le maintien de la méthode tradition-

nelle : le Conseil et le Parlement adoptent, en codécision, des textes (directives ou règlements) fixant les principes cadres ;

– le niveau 2 permet à la Commission, sur délégation du Conseil et du Parlement, d'adopter les mesures d'exécution du texte cadre avec l'aide d'un comité de réglementation : l'ESC (comité des valeurs mobilières composé des représentants des États membres), et recueille l'avis du CESR (comité des régulateurs des marchés de valeurs mobilières composé des autorités nationales des marchés) ;

– le niveau 3 a pour but la mise en œuvre des dispositions prises aux niveaux 1 et 2 en coopération avec les régulateurs nationaux. Sous l'égide du CESR, ce niveau vise à établir une interprétation et une application uniforme des mesures dans les États membres ; je souligne dès à ce présent que les mesures adoptées en niveau 3 n'ont aucun caractère contraignant ;

– enfin, le niveau 4 consacre le rôle traditionnel de la Commission pour assurer le suivi de la bonne application des textes.

L'approche Lamfalussy permet une consultation systématique des intéressés dès le début de la procédure. Elle a été approuvée par le Conseil de Stockholm, dans sa résolution du 23 mars 2001.

E. D. La procédure Lamfalussy a été immédiatement mise en œuvre et appliquée dans le domaine des valeurs mobilières, aux directives « Abus de marché », « Prospectus », « Transparence » et à la directive sur les services d'investissements. Aujourd'hui, le niveau 2 de la procédure est quasiment achevé pour la directive « Abus de marché ».

La FBF et l'AFEI se sont exprimées en avril 2003 afin de demander une amélioration de la procédure. Il est souhaité, au niveau 2 de la procédure, une consultation des professionnels non seulement par le CESR, mais aussi par la Commission, avec des délais de réponse plus longs ; une réflexion

sur la définition et les critères de partage entre niveaux 2 et 3 et enfin, le renforcement de l'harmonisation au niveau 3. Quelles sont vos premières réactions face à la mise en œuvre de la procédure Lamfalussy ?

B. S. Ma première réaction a été de dénoncer le risque que la procédure Lamfalussy soit une méthode douce pour détricoter l'harmonisation européenne. Je l'ai expliqué dans un article paru au « Recueil Dalloz » (du 19 décembre 2002). En résumé, je pense qu'il faut veiller à ce que les mesures prévues en niveau 2 ne soient pas renvoyées en niveau 3 où elles n'auraient aucun caractère contraignant, ce qui évidemment irait à l'encontre de l'idée d'harmonisation ou de coordination. Je sais que mon point de vue est partagé par tous ceux qui ont le souci d'un *level playing field*. Il convient donc de limiter le plus possible les mesures adoptées en niveau 3, mais surtout d'éviter la tentation d'un glissement des mesures prévues en 2 vers le niveau 3 : le Parlement européen saura sans doute être vigilant.

D'autres critiques ont été formulées à l'encontre de la procédure Lamfalussy dans sa mise en œuvre au niveau 2 : insuffisances des moyens, délai trop court pour répondre à des consultations très détaillées et techniques... Ces difficultés expliquent d'ailleurs la tentation de faire glisser en niveau 3 des mesures qu'on ne parvient pas à adopter en niveau 2.

Il se trouve qu'un premier bilan a été possible, très récemment, lorsque les textes préparés en niveau 2 dans l'application de la directive « Abus de marché » ont été examinés pour avis par la Commission économique et monétaire du Parlement européen. C'était la première fois qu'une telle occasion se présentait et le rapporteur a souligné (dans un document de travail du 27 août 2003) la lenteur de la procédure,

ce qui est un comble pour une procédure dont l'objectif était la rapidité : il indique en effet que la proposition de directive a été présentée en mai 2001 et que les textes d'application ne seront adoptés « *dans le meilleur des cas, qu'en octobre 2003* ». Et de conclure « *on peut nourrir certains doutes quant au caractère soit disant efficace et réactif des procédures Lamfalussy* ».

E. D. Les parlementaires européens ont très tôt formulé des critiques à l'égard de la procédure Lamfalussy, qui les exclut de l'adoption des mesures d'exécution alors qu'ils participent, dans la majorité des cas, à l'adoption des lois cadres en codécision avec le Conseil. Ils ont exprimé leur souhait de pouvoir contrôler les actes adoptés au niveau 2 afin de vérifier leur correspondance avec les textes adoptés au niveau 1. C'est ce que l'on appelle le droit de *call back*. Ce problème a resurgi à l'annonce d'une possible extension de la procédure Lamfalussy à l'ensemble du secteur bancaire et des compagnies d'assurance, lors du Conseil Ecofin du 8 octobre 2002. Le Parlement souhaite obtenir au préalable une modification de l'article 202 du traité CE afin de disposer d'une part, au même titre que le Conseil, du pouvoir de déléguer à la Commission des compétences d'exécution et d'autre part, du fameux droit de *call back* concernant les mesures adoptées au niveau 2. Quel est votre sentiment sur l'extension de la procédure envisagée ?

B. S. Le Parlement européen s'est effectivement battu pour que la procédure Lamfalussy ne porte pas atteinte au contrôle démocratique : j'ai suivi de très près les arguments et les prises de position de la Commission économique et monétaire dont il faut saluer l'extrême vigilance. Comme vous l'indiquez, le débat portait notamment sur la nécessité de donner au Parlement les mêmes pouvoirs que le Conseil sur le contrôle des mesures d'exécution

déléguées et de modifier en conséquence l'article 202 du Traité CE : c'était là une condition que le Parlement mettait pour qu'il accepte l'extension de la procédure Lamfalussy au domaine bancaire. J'ai parlé de quiproquo et de faux débat car les directives bancaires n'exigent pas, contrairement à celles concernant les valeurs mobilières, des modifications fréquentes et rapidement adoptées. La comitologie traditionnelle, que j'ai évoquée plus haut, est satisfaisante. En réalité, le Parlement avait saisi l'occasion de ce débat sur l'extension de cette procédure Lamfalussy pour obtenir la modification de l'article 202 du Traité. C'était de bonne guerre et il a eu gain de cause, comme en témoigne le projet de Constitution présenté par la Convention présidée par Valéry Giscard d'Estaing. Dès lors, le Parlement n'a plus cette raison de refuser l'extension de la procédure Lamfalussy : pourtant, je maintiens qu'en matière bancaire, il ne s'agit pas d'instaurer une nouvelle procédure, mais seulement de clarifier et de rationaliser la procédure législative existante. C'est d'ailleurs ce que la Commission européenne vient d'entreprendre avec l'ensemble des mesures qu'elle a présentées en novembre 2003, parmi lesquelles la création au 1^{er} janvier 2004 du Comité européen des contrôleurs bancaires, le CECB.

E. D. Pour conclure, la perspective de l'adhésion, au premier mai prochain, de nouveaux États membres nous amène à nous interroger sur la capacité de l'Union à poursuivre le chemin vers le marché unique des services financiers.

B. S. Je n'ai aucun souci sur ce point. Les textes essentiels prévus dans le Plan d'action pour les services financiers auront été adoptés avant l'adhésion des 10 nouveaux États. Il faudra ensuite avec eux, mais aussi avec tous les autres, travailler à la mise en œuvre effective de ces textes dans ce marché unique élargi. ■