

La régulation bancaire et le libre-échange de services financiers au sein de l'OMC face à la crise financière de 2008

Mémoire réalisé par
Michel Lépine

Promoteur
Pr. Philippe Coppens

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je remercie mon promoteur, le Professeur Philippe Coppens, pour sa disponibilité et son soutien dans l'élaboration de ce travail.

Mes remerciements vont également à ceux de mes amis et de ma famille sur qui j'ai pu m'appuyer lors de la rédaction de ce texte et singulièrement à ma relectrice au dévouement sans faille.

La régulation bancaire et le libre-échange de services financiers au sein de l'OMC face à la crise financière de 2008

Table des matières

Remerciements.....	
Table des matières.....	
Acronymes.....	
Introduction.....	1
Chapitre 1 : Les services financiers en droit économique international.....	7
1.1.: Évolution de la part des services dans le commerce mondial.....	7
1.1.1. : Le concept de service en droit économique international.....	7
a) L'article premier de l'Accord général sur le commerce des services.....	7
b) Les services financiers au sein de l'AGCS.....	7
1.1.2. : Historique de l'importance des services.....	8
a) Part des services dans le commerce mondial.....	8
b) Négociations multilatérales et commerce des services.....	9
1.2. : L'Accord général sur le Commerce des Services (AGCS/GATS).....	11
1.2.1. : Champ d'application de l'AGCS.....	11
a) L'article 1.2 AGCS.....	12
b) Le document MTN.GNS/W/120 :.....	12
1.2.2 : Fonctionnement de l'AGCS.....	13
a) Trois objectifs et huit principes.....	13
b) L'impact de l'AGCS sur les membres de l'OMC.....	14
c) Obligations générales (in)conditionnelles et engagements spécifiques.....	15
1.3. Les services financiers au sein de l'AGCS.....	16
1.3.1. : Les différentes exemptions relatives aux services financiers.....	16
a) Les listes d'engagements spécifiques.....	16
b) Les exemptions des obligations énoncées à l'article 2 AGCS.....	18
c) Les exemptions pour raisons prudentielles.....	20
1.3.2. : La libéralisation du commerce des services : tour d'horizon.....	22
a) Les listes d'engagements spécifiques.....	22
b) Les exemptions des obligations énoncées à l'article 2 AGCS.....	24
c) Les exemptions pour raisons prudentielles.....	24
Chapitre 2 : La régulation bancaire en droit international et européen.....	29
2.1. : La structure du contrôle bancaire international.....	29
2.1.1. Les objectifs et acteurs de la régulation bancaire internationale.....	29
a) Les objectifs de la régulation bancaire.....	29
b) Les acteurs internationaux de la régulation bancaire.....	30
2.1.2. : Les outils de la régulation bancaire internationale.....	33
a) Régulation, supervision et intégrité.....	33
b) Régulation et réglementation : entre hard et soft law.....	33
2.2. : Le cadre institutionnel européen du contrôle bancaire.....	34

2.2.1. : Évolution institutionnelle européenne.....	35
a) Comitologie et harmonisation.....	35
b) La réforme de 2010 en matière de régulation financière.....	36
c) L'Union bancaire: MSU et MRU	38
Chapitre 3 : L'exemption prudentielle de l'AGCS et la régulation bancaire européenne	41
3.1. La libéralisation bancaire au sein de l'Union européenne.....	42
3.1.1. Le droit primaire européen	42
3.1.2. Le Manuel uniforme européen pour la surveillance.....	44
3.1.3. La libéralisation bancaire européenne <i>post</i> CRD & CRR	45
a) L'acquisition de participations qualifiées.....	45
b) L'agrément bancaire.....	46
c) Les libre établissement et prestations de services au sein de l'Union bancaire	47
d) La surveillance bancaire transfrontalière P.16 FACTS AND FIGURES EBF	48
3.1.4. Les succursales bancaires de sociétés issues de pays tiers.....	50
3.2. La notion d'intérêt général en droit bancaire européen	50
Conclusion.....	55
Bibliographie	59
Textes internationaux.....	59
OMC.....	59
Autres	60
Législation européenne	62
Divers UE	64
Jurisprudence (ORD/CJUE).....	66
Doctrine	67

Acronymes

- ABE/EBA: Autorité bancaire européenne/European Banking Authority
- ACN: Autorité compétente nationale
- AGCS/GATS: Accord général sur le commerce des services
- AGS/TiSA: Accord général sur les services/Trade in Services Agreement
- ANS: Autorité nationale de surveillance
- BCE/ECB: Banque centrale européenne/European Central Bank
- BRI/BIS: Banque des règlements internationaux/Bank for International Settlements
- CERS/ESRB: Comité européen du risque systémique/European Systemic Risk Board
- EBF: European Banking Federation
- FMI/IMF: Fonds monétaire international/ International Monetary Fund
- GATT: General Agreement on Tariffs and Trade
- ICAAP: Internal Capital Adequacy Assessment Process
- ILAAP: Internal Liquidity Adequacy Assessment Process
- JST: Joint Supervisory Team
- MRU/SRM: Mécanisme de résolution unique/Single Resolution Mechanism
- MSU/SSM: Mécanisme de surveillance unique/Single Supervisory Mechanism
- OMC/WTO: Organisation mondiale du commerce/World Trade Organisation
- ORD/DSB: Organe de règlement des différends/Dispute Settlement Body
- RAP: Risk Assessment Process

Introduction

Le secteur bancaire et financier est au cœur de l'économie mondiale actuelle. Si les événements et dérives de ces dernières années ont laissé planer le doute sur la connexion entre l'activité des banques et entreprises d'investissements et l'économie réelle, les établissements de crédit font toujours bien partie du paysage économique mondial. Chaque transaction commerciale, portant tant sur des marchandises que sur des services, est soutenue ou accompagnée à l'arrière-plan par un paiement constituant la contrepartie du bien échangé.

Le caractère mondialisé et extrêmement complexe du fonctionnement de la sphère financière a pour conséquence que cette dernière est parfois perçue par le grand public comme une zone de non-droit au sein de laquelle le seul profit fait office de régulateur, ce qui semble entraîner une méfiance qui resurgit à chaque fois qu'y sont associés des mots tels que *libre-échange*, *partenariats commerciaux* ou encore *libéralisation*. Cependant, le contrôle bancaire est au cœur des initiatives menées en vue de réaliser ce libre-échange. Le secteur fait l'objet d'une surveillance constante, que ce soit par les banques centrales ou d'autres autorités de contrôle, indépendantes ou non vis-à-vis du pouvoir exécutif des États. Les règles adoptées par ces États pour mener à bien leur surveillance des établissements de crédit sont autant de barrières potentielles aux échanges commerciaux des services proposés par lesdits établissements aux consommateurs. L'harmonisation des différents corps de règles nationaux existant en la matière, ou du moins l'absence de contradictions entre ces derniers, est une clé permettant aux consommateurs d'avoir accès à ces services bancaires, fussent-ils fournis par des sociétés étrangères, tout en continuant à bénéficier d'une protection au moins aussi efficace que si les banques et leurs contrôleurs n'opéraient qu'à l'intérieur d'un seul et même État. C'est la raison pour laquelle la description de ces règles de contrôle, ainsi que l'organisation des différentes autorités qui en sont chargées trouveront une place importante dans ce travail.

Les ensembles de règles mises en place pour encadrer l'exercice des activités bancaires reflètent différentes manières d'appréhender le rôle des banques dans les sociétés qui édictent ces règles. L'importance et la structure du secteur bancaire sont loin d'être des données uniformes au niveau mondial. On sait notamment que le financement de l'économie par le secteur bancaire est extrêmement important en Europe tandis que l'économie américaine est plus dépendante d'un financement par les marchés financiers. Différentes circonstances historiques et traditions politiques influencent la manière dont le rôle du secteur bancaire est perçu et encadré. Le lien avec l'intérêt public et le rôle de l'État dans ce pan de l'économie divergent fortement selon les lieux et les époques. Certains auteurs avancent le caractère de *biens publics* des services de paiement et du financement de l'économie par les banques pour justifier l'intervention des pouvoirs publics dans le secteur bancaire¹. Le refinancement des banques par les pouvoirs publics constitue également une preuve supplémentaire de la nécessité de la régulation et de la supervision du secteur afin que ses errements ne soient pas supportés *a posteriori* par les contribuables en cas de crise.

La crise financière de 2008 ne sera pas analysée en tant que telle, ni dans ses causes ni dans son déroulement. Elle constitue toutefois une lame de fond de la vie économique dont les conséquences sont encore perceptibles aujourd'hui dans les politiques économiques de nombreux pays et a fortiori dans le domaine de la régulation bancaire internationale. La structure du système bancaire a été lourdement impactée par les troubles financiers de ces dernières années, voyant le nombre total d'établissements de crédit, notamment en Europe, décliner fortement². De tels événements poussent à repenser des systèmes en place et amènent leur lot de changements en termes d'échanges économiques. Les politiques en matière de surveillance bancaire et financière, tant au niveau mondial qu'européen, ont vu émerger, suite à la crise, des initiatives tel le rapport du groupe d'experts présidé par Mr. de Larosière. Le but de ces initiatives était d'analyser les faiblesses et les atouts des mécanismes de

¹ R. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance; A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New-York, 1959, 628 p. cité par L. PANOURGIAS, *Banking Regulation and World Trade Law – GATS, EU and 'Prudential' Institution Building*, Hart Publishing, Portland, 2006, p. 20.

² Pour illustration, le nombre total d'institutions bancaires actives dans l'Union européenne est passé de 8558 en 2008 à 7267 en 2014, ce qui a entraîné la perte nette de 73.965 emplois; *EBF Facts & Figures 2015*, 14 décembre 2015, <http://www.ebf-fbe.eu/publications/statistics/>

surveillance afin de réformer les systèmes en place. Ces actions, à leurs niveaux respectifs, ont initié des réformes toujours en cours et dont il est actuellement difficile d'évaluer la pertinence. Notre objectif n'est donc pas de mesurer l'efficacité de ces réactions mais bien d'identifier des règles qu'ils ont contribué à mettre en place afin de comprendre la manière dont se conçoit et se construit le libre-échange dans le domaine des services financiers.

L'Organisation mondiale du Commerce, par la méthode de négociation multilatérale qui lui est propre, s'est attelée depuis ses débuts à harmoniser les échanges commerciaux au niveau mondial en réduisant substantiellement les barrières et obstacles au commerce ainsi qu'en supprimant les discriminations dans les relations commerciales internationales. Cet objectif sans cesse renouvelé s'est décliné dans différents champs d'action, prenant pour point de départ le commerce international de marchandises et s'étendant par après à celui des services, ceux-ci comprenant les services financiers, corollaires indiscutables de tout échange marchand.

Les défis et oppositions liés à la mission de l'OMC sont multiples. Les acteurs d'un système mettant en place les outils nécessaires à une libéralisation des échanges commerciaux au niveau mondial, via des accords tels que le GATT ou l'AGCS, ont pour délicate mission de réaliser une *balance* entre un objectif de libéralisation et la souveraineté de leurs membres, souveraineté nécessaire à la gestion interne de tout État. Autrement dit, un juste milieu doit être recherché entre les bienfaits escomptés d'une harmonisation des échanges et la crainte, catalysée par la survenance de crises économiques, de perdre des instruments nécessaires à la mise en place de politiques internes fortes et décisives. La réglementation du secteur bancaire mondial est un exemple saisissant de cette indispensable balance, tant par son importance pour le fonctionnement des échanges internationaux que par la menace que représentent ses possibles dysfonctionnements sur le plan interne. La balance opérée par les membres de l'OMC entre ces deux objectifs trouve sa concrétisation dans le texte de l'AGCS et plus particulièrement dans son annexe relative aux services financiers, en son second article autorisant une *exemption pour raisons prudentielles*, ce qui permet aux membres de l'OMC de déroger à leurs obligations issues de l'AGCS.

Notons également qu'au-delà de l'analyse technique des dispositions mettant en place le libre-échange de services financiers, il y a lieu de garder à l'esprit les objectifs qui sous-tendent leur rédaction. Le relèvement du niveau de vie et la réalisation du plein

emploi, mentionnés aux premières lignes de l'Accord instituant l'OMC en font partie et ne doivent pas être éclipsées par la complexité des moyens utilisés afin de les mettre en œuvre. L'attention du lecteur doit également être portée sur les différences, en termes de développement, entre les membres de l'OMC, particulièrement en ce qui concerne les taux de bancarisation. Un rapport de la Banque mondiale datant de 2014 indique en effet que 64% des adultes dans le monde disposent d'un compte bancaire, un pourcentage en hausse de par l'utilisation croissante de moyens de paiement mobiles, notamment dans les pays les plus pauvres où une infrastructure bancaire solide fait défaut. Cette étude révèle sans surprise que les pays d'Amérique du Nord, d'Europe occidentale et d'Océanie présentent les plus hauts taux d'inclusion financière tandis que les pays d'Afrique subsaharienne et d'Asie du Sud-Est présentent des taux singulièrement moins élevés. Ainsi, la majorité des deux milliards d'individus n'ayant pas accès à des services de dépôts de fonds et de paiement vivent dans des pays du Sud³.

Ces différences représentent un défi de taille en termes de développement, dès lors que l'on sait que l'accès aux services bancaires facilite l'entrepreneuriat et l'insertion dans l'activité économique pour les individus. Ces disparités illustrent également les difficultés auxquelles l'OMC est confrontée afin de faire aboutir des standards communs à ses différents membres en matière d'accès aux marchés, les moins nantis craignant la dépendance de leurs marchés internes en la matière envers des acteurs étrangers.

Le but de ce travail est d'abord de dresser les contours de la notion de *raisons prudentielles*. Cette notion est en effet la *clé de voûte* de la balance des intérêts mentionnée ci-dessus. A partir de ces contours précisés, il s'agira d'analyser les raisons qui mènent à l'adoption de mesures dites *prudentielles* en matière bancaire ainsi que de comparer l'impact que peuvent avoir ces dernières sur le fonctionnement des mécanismes de libre-échange économique. L'analyse des règles de l'AGCS en matière de services bancaires et financiers sera suivie de celles applicables au sein de l'Union européenne afin de mettre en lumière tant les différences que les points communs entre ces deux systèmes qui poursuivent le même objectif de favorisation

³ *The Global Findex Database 2014, Measuring Financial Inclusion around the World*, Policy Research Working Paper n° 7255, World Bank, Development Research Group - Finance and Private Sector Development Team, April 2015, 97 p.; <http://econ.worldbank.org>.

des échanges commerciaux. L'étude du texte de l'AGCS et de ses règles constitue un point de départ de notre réflexion. Cet accord ayant vocation à s'appliquer aux *mesures des Membres* de l'OMC, l'impact des règles issues des négociations multilatérales portant sur les services financiers sera ensuite mesuré par l'analyse des règles nationales et européennes applicables en matière d'échanges de services financiers. Cette démarche permettra, par l'exemple européen, de mieux mesurer les enjeux et les pistes de solutions que le modèle communautaire rencontre et propose.

Un premier chapitre sera consacré à l'analyse du texte de l'Accord général sur le Commerce des Services. L'évolution de la situation économique mondiale et les raisons ayant mené à l'intégration du commerce des services dans les négociations multilatérales de l'OMC feront l'objet d'une analyse succincte dans la première section. Celle-ci sera suivie de l'analyse du texte *in se*, de sa structure générale ainsi que du traitement réservé à la matière spécifique des services financiers. La question des exemptions ouvertes aux membres de l'OMC en matière de réglementation applicable aux services financiers fera également l'objet d'une attention particulière.

Un second chapitre sera consacré à un tour d'horizon des nombreux acteurs compétents en matière de régulation bancaire, tant au niveau mondial qu'europpéen, ce dernier échelon faisant l'objet d'une analyse plus poussée en raison de sa double qualité de membre de l'OMC et d'espace de libre-échange qui en fait un "laboratoire" de la libéralisation du secteur bancaire. Les objectifs et différents moyens d'action de ces acteurs seront également décrits, ce qui portera un éclairage sur les différentes manières dont les défis de la surveillance bancaire sont abordés à plusieurs niveaux de pouvoir.

Le troisième chapitre constitue une comparaison entre le fonctionnement de l'Union bancaire européenne d'une part et le texte de l'AGCS ainsi que sa mise en œuvre d'autre part. Cette approche a pour objectif de mettre en parallèle deux systèmes dont le but est identique, à savoir d'harmoniser les échanges de services financiers, au moyen d'outils et méthodes différentes. Il sera fait état des récentes modifications qu'a connues l'Union bancaire européenne. Ce chapitre se terminera par l'étude de la notion d'*intérêt général* en droit bancaire européen et des similarités que celle-ci

présente avec son équivalent en droit économique international, le *prudential carve-out*.

De nombreux termes sont utilisés pour désigner les banques dans la doctrine, la législation voire le langage courant. Les vocables « banque », « institution bancaire », « établissement bancaire », « établissement de crédit » seront dès lors utilisés indifféremment dans l'ensemble du texte, nonobstant certaines distinctions qui seront, en temps voulu, portées à l'attention du lecteur. De plus, la notion « d'activités bancaires et financières » recouvrant de nombreuses réalités, prises ou non en compte par les travaux de l'OMC, il est important de noter en quel sens ces dernières seront abordées dans le cadre de ce travail. Le texte de l'Accord général sur le commerce des services et son annexe relative aux services financiers ont un champ d'application extrêmement large. Les services dont la réglementation est ici abordée sont ceux directement liés à l'exercice des activités des banques dites « de dépôt », à l'exclusion de celles découlant de l'exercice d'activités d'investissement, à savoir l'acceptation de fonds et dépôts, les prêts et crédits ainsi que la fourniture de services de paiement, également désignés comme constituant les tâches d'intermédiation bancaire classique ou traditionnelle.

Chapitre 1 : Les services financiers en droit économique international

1.1.: Évolution de la part des services dans le commerce mondial

1.1.1. : Le concept de service en droit économique international

a) L'article premier de l'Accord général sur le commerce des services

Le *General Agreement on the Trade in Services* ou, en sa version francophone *Accord général sur le commerce des services*⁴ ne comprend pas de définition - au sens classique du terme - de ce qu'est un « service », les parties à la rédaction n'ayant pu aboutir à une définition unique de ce terme⁵. L'article premier de l'AGCS se borne à donner une description du « commerce des services », déclinant ce dernier en quatre modes de fourniture de services⁶. On peut toutefois définir un service en droit économique de manière négative, en se référant à la notion de « marchandise ». En procédant de la sorte, on peut définir un service comme : « l'objet d'une transaction commerciale qui ne serait pas une marchandise »⁷.

b) Les services financiers au sein de l'AGCS

Le concept de « service » n'a donc pas trouvé de définition unanime lors des négociations qui ont mené à la rédaction du texte de l'AGCS. Une autre approche, énumérative, a dès lors été privilégiée. Une liste reprenant les différents services couverts par l'Accord a ainsi été élaborée afin de circonscrire le champ d'application matériel des dispositions relatives au commerce des services⁸. Il convient toutefois de noter que dans le domaine particulier des services financiers, les innovations et l'apparition régulière de nouveaux types de services (les *new financial services*¹⁰)

⁴ Les deux appellations ainsi que leurs acronymes respectifs, *GATS* et *AGCS*, seront utilisés indifféremment dans la suite de ce document.

⁵ M. KRAJEWSKI, *Wirtschaftsvölkerrecht*, pp. 136-137, cité dans Zacharias D., *Part 1 – Scope and Definitions in WTO – Trade in Services*; Max Planck Commentaries on World Trade Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 38.

⁶ Voy. *infra*, 1.2.1; a).

⁷ D. ZACHARIAS, *Part 1 – Scope and Definitions in WTO – Trade in Services*; Max Planck Commentaries on World Trade Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 38.

⁸ Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

⁹ Voy. *infra*, 1.2.1., b).

¹⁰ WTO Secretariat, *Guide to the GATS, An Overview of the Issues for Further Liberalization of trade in Services*, The Hague, Kluwer, 2001, p. 334.

rendent parfois malaisée la mise en conformité des législations avec les prescrits de l'AGCS. Dans le cadre de ce travail, l'analyse portera essentiellement sur les services financiers et les réglementations qui y sont relatives. Parmi les services financiers, que l'on subdivise classiquement en trois catégories¹¹, nous laissera de côté l'étude des services d'assurance ainsi que des échanges de produits financiers pour nous concentrer sur les services bancaires *stricto sensu*.

1.1.2. : Historique de l'importance des services

a) Part des services dans le commerce mondial

En 1947, lors de l'entrée en vigueur du GATT, la tendance générale, dictée par les structures économiques de l'époque, menait à considérer la majorité des services et leur commerce comme des phénomènes essentiellement internes aux États, voire comme relevant de la politique publique de ces derniers tant pour des raisons techniques (importance des infrastructures, monopoles naturels,...) que politiques (notamment en matière de santé et d'éducation)¹². D'autres secteurs, tels que le transport et la finance internationale, n'étaient quant à eux perçus que comme des activités accessoires au commerce de marchandises.

L'évolution de la technologie au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, principalement en matière de communication et de transport, couplée à une activité mondialisée des acteurs commerciaux privés, ont à ce jour radicalement changé la donne. De nouveaux services, notamment dans le secteur bancaire, autrefois tributaire d'agents personnes physiques dans des agences, sont désormais accessibles à moindre frais aux consommateurs et ce, où qu'ils se trouvent. Cette mutation entraîne des échanges commerciaux internationaux complexes dans lesquels la rapidité de la circulation des services est cruciale. La rapidité, voire l'immédiateté de la fourniture de ces prestations, déjà bien ancrée dans les mœurs des individus auxquels ils bénéficient (du moins pour les 43% de la population mondiale ayant accès à internet¹³) est conditionnée par les règles assurant la libre circulation desdits services. Dans cette perspective, la tâche à relever par l'OMC est essentielle.

¹¹ L.E. PANOURGIAS, *Banking Regulation and World Trade Law*, Oxford and Portland, Hart, 2006, p. 7.

¹² Accord Général sur les Services, Introduction, OMC, Division du commerce des services, 2013, p. 2.

¹³ *The State of Broadband 2015*, ITU & UNESCO, Geneva, 2015, p. 8.

La part grandissante des services dans le commerce international peut s'expliquer de différentes manières. On peut tout d'abord postuler que l'élasticité de la demande relative aux services est intimement liée au niveau de richesse des individus qui consomment lesdits services. En d'autres mots, plus le niveau de richesse des habitants d'un Etat augmente, plus ces derniers consomment des services tandis que leur consommation de marchandises reste stable¹⁴. Cette hypothèse expliquerait tant la disparité entre les pays développés et ceux en développement que le ratio entre commerce de marchandises et commerce de services dans les économies plus développées (dans lesquelles le niveau moyen de richesse est plus élevé).

La manière dont sont organisées les économies modernes joue également un rôle quant à l'importance grandissante des services dans l'économie mondiale. Comme l'écrivait déjà Ronald Coase dans les années trente, les entreprises présentes sur les marchés ont un double choix pour mener à bien leur activité économique dans un objectif de maximisation du profit : la croissance en interne par l'intégration de nouvelles fonctions de production au sein de l'entreprise d'une part, et l'appel à des partenaires commerciaux ou sous-traitants sur le marché, d'autre part. Ce choix étant dicté par la recherche de l'alternative la moins coûteuse pour l'entreprise en question, il arrive une taille, dite d'*équilibre institutionnel*, à laquelle l'agrandissement de la firme génère des coûts qui rendent le mécanisme d'appel au marché économiquement plus intéressant que la croissance en interne¹⁵. L'évolution actuelle dans les économies occidentales révèle que de nombreuses activités, effectuées autrefois *in-house*, sont aujourd'hui réalisées par des entreprises dont l'activité principale est justement de prodiguer leurs services à d'autres entreprises qui se concentrent alors sur leurs activités phares¹⁶.

b) Négociations multilatérales et commerce des services

Analysé parallèlement au commerce des marchandises, le commerce international des services démontre des liens étroits avec son « aîné ». En effet, les structures

¹⁴ WTO Secretariat, *Guide to the GATS, An Overview of the Issues for Further Liberalization of trade in Services*, The Hague, Kluwer, 2001, p. 1

¹⁵ R. COASE, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386, 1937, cité par Bernard Swartenbroekx.

¹⁶ Eurostat Pocketbooks, *Key Figures on European Business with a special feature section on SME's, Data 1995-2005*, Luxembourg, Office for the Official Publication of the European Communities, 2006,

économiques et le niveau de développement des différents États définissent l'importance de ces deux domaines d'échanges économiques dans les PIB respectifs des États dans lesquels ils sont étudiés. Ces liens ont des effets paradoxaux sur la manière dont la libéralisation du commerce des services est abordée lors des négociations commerciales multilatérales¹⁷ au sein des cycles de négociation de l'OMC¹⁸.

D'une part, il apparaît que les pays développés ont, au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle, vu le commerce des services se tailler la part du lion dans leurs économies¹⁹, ce qui a poussé ces derniers à faire pression sur les pays en développement afin d'inclure cet aspect du commerce international dans les NCM, notamment dans le cadre du cycle de l'Uruguay²⁰.

D'autre part, certains pays en développement, ne connaissant pas une évolution similaire de leur économie et ce, pour des raisons diverses, se sont opposés à l'introduction du commerce des services dans les NCM, craignant de voir leur développement freiné au profit des États nord-américains et européens, omniprésents dans ces secteurs.

Pour illustration, au milieu des années nonante, la part des services dans le PIB des États-Unis était de 80%, tandis qu'elle ne s'élevait qu'à 40% en Zambie²¹. Ces disparités individuelles sont toutefois à nuancer dès lors que la part des pays en développement dans le commerce mondial des services est passée de 20% en 1980 à plus de 31% en 2010 et ce, en tenant compte de la seule balance des paiements²².

Un cycle de négociations de l'OMC incluant le commerce des services a été lancé le premier janvier 2000, les travaux préparatoires de ce dernier ayant débuté dès 1998. C'est néanmoins plus tôt, à partir des années quatre-vingt qu'est née une réelle volonté d'intégrer le commerce des services au sein des NCM. Cette initiative était

¹⁷ Ci-après : NCM

¹⁸ Voy. *infra*, 1.1.2, b).

²⁰ *Ibid.*

²¹ WTO Secretariat, *Guide to the GATS, An Overview of the Issues for Further Liberalization of trade in Services*, *op. cit.*, p. 1.

²² Accord Général sur les Services, Introduction, *op. cit.*, p.2.

portée principalement par les États-Unis, sur base du constat que la croissance des exportations de services dépassait largement celle des marchandises, jusqu'à atteindre le double de cette dernière dans les années 1980²³.

La volonté des États-Unis d'intégrer le commerce des services au cycle de négociations de l'Uruguay se solda à l'époque par un échec, dû notamment à l'opposition d'un groupe de 10 pays, emmenés par le Brésil et l'Inde. Ces 10 pays, dont la majorité étaient des pays en développement, basaient leur refus sur l'absence d'avantage comparatif dont ils auraient été victimes en cas de libéralisation systématique de ce pan du commerce international. Une appréhension compréhensible quand on sait qu'au début de la décennie suivante, en 1991, la part combinée des États nord-américains et d'Europe de l'Ouest dans l'exportation de services s'élevait toujours à 70%²⁴.

Le refus d'une partie des membres de l'OMC d'inclure le commerce des services dans les négociations de cycle d'Uruguay fut de courte durée. Ce pan du commerce mondial, non-repris dans le programme fixé à Genève en 1982 était toujours relégué au second plan en 1986 à Punta del Este, lors du lancement des négociations. Ce n'est qu'en 1988, à Montréal, lors de l'examen à mi-parcours de l'Uruguay Round que le « chapitre » relatif au commerce des services fut ouvert, pour être clôturé en 1993 et signé à Marrakech en 1994. Des négociations supplémentaires, menées dans le cadre du « programme incorporé » furent encore nécessaires pour arriver en 1997 à des résultats plus aboutis en ce qui concerne les services financiers.

1.2. : L'Accord général sur le Commerce des Services (AGCS/GATS)

1.2.1. : Champ d'application de l'AGCS

Le texte de l'AGCS délimite son champ d'application matériel et spatial en ses premiers articles²⁵. Afin de pouvoir apprécier au mieux la portée de ce texte, il convient de prendre en compte, outre l'article 1, § 2 susmentionné, un document annexe à l'accord intitulé « MTN.GNS/W/120 ».

²³ M. RAINELLI, *L'organisation Mondiale du Commerce*, 9^e éd, Paris, la Découverte, 2011, p. 49.

²⁴ *Ibid.*, p. 50.

²⁵ AGCS, art. 1^{er}.

a) L'article 1.2 AGCS

La disposition contenue dans cet article énonce quatre modes de fourniture de services qui entrent dans le champ d'application de l'accord. Elle ne concerne pas l'objet des services en question mais plutôt les différentes manières dont la fourniture de services survient lors de transactions internationales en fonction de la nationalité des acteurs en présence, de leur situation géographique au moment de la fourniture du service ainsi la durée dans laquelle s'inscrit la relation commerciale sous-jacente.

Les quatre modes de fourniture de services sont les suivants²⁶ :

1. *Commerce transfrontière* : dans les cas où un service est offert à partir du territoire d'un Membre à destination du territoire d'un autre Membre de l'OMC ;
2. *Consommation à l'étranger* ; Lorsque le service est proposé sur le territoire d'un Membre à des ressortissants d'autres Membres ;
3. *Présence commerciale* ; Si les services sont fournis par le biais d'un établissement dans un État autre que celui du fournisseur desdits services ;
4. *Présence de personnes physiques* ; Lorsque les services ne sont pas, contrairement au point 3, fournis via un établissement mais par la présence de personnes physiques de nationalité étrangère.

b) Le document MTN.GNS/W/120²⁷ :

C'est dans ce texte que sont énoncés de manière plus concrète les différents pans du commerce international des services auxquels l'AGCS a vocation à s'appliquer. Ils sont au nombre de douze et permettent de cerner plus en détail le champ d'application de l'AGCS. La septième catégorie de services, relative aux services financiers, est subdivisée en trois sous-catégories. La première est relative aux services d'assurance ; la seconde aux services bancaires et autres

²⁶ Nous renvoyons, pour une analyse plus poussée de ces modes de fourniture de services aux documents publiés par l'Organisation mondiale du commerce sur son site internet; WTO, Trade in Services Division, The General Agreement on Trade in Services - An Introduction, 31 January 2013, https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gsintr_e.pdf, spéc. p. 3.

²⁷ Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

services financiers non-relatifs aux assurances ; la troisième sous-catégorie a quant à elle une fonction résiduelle vis-à-vis des deux premières.

La seconde sous-catégorie, relative aux services bancaires, demande ici un examen plus approfondi. Elle comprend douze types de services, qui font tous l'objet d'une « immatriculation » Central Product Classification²⁸ de la division des statistiques des Nations Unies.

On trouve dans le dernier échelon de cette classification des services relatifs aux activités bancaires tant de dépôt que d'investissement, ces deux sphères de l'activité des banques étant aujourd'hui souvent regroupées sous le même toit²⁹, celui de la « banque universelle »³⁰.

1.2.2 : Fonctionnement de l'AGCS

a) *Trois objectifs et huit principes*

Le fonctionnement de l'AGCS est, dans les grandes lignes, similaire à celui du GATT, il revêt un triple objectif : Premièrement, la création d'un cadre multilatéral pour le commerce des services, dans la lignée du GATT ; deuxièmement, l'expansion du commerce des services en portant une attention particulière à la transparence et à la libéralisation des échanges de services ; et troisièmement la croissance dans l'ensemble des États membres de l'OMC, ainsi que le développement des pays les moins développés via le mécanisme des NCM³¹.

Au terme l'évaluation à mi-parcours de l'Uruguay Round en 1988³², huit principes généraux furent retenus pour orienter les NCM relatives aux services³³ :

1. La *transparence* quant à l'information entre membres de l'OMC ;
2. La *libéralisation progressive* du commerce des services ;

²⁸ Ci-après: CPC

²⁹ L. LEPETIT, "Banques universelles et participations des banques dans le capital des entreprises", *Revue Économique*, 54(4), 2003, pp., 857-885.

³⁰ J. SCHILDBACH, B. SPEYER, La banque universelle : un modèle menacé malgré son succès. *Revue D'économie Financière*, 112(4), 2013, pp. 125-158; Lepetit, L. (2003). Banques universelles et participations des banques dans le capital des entreprises. *Revue Économique*, 54(4), 857-885. doi:10.3917/reco.544.0857

³¹ Accord Général sur les Services, Introduction, *op. cit.*, p. 3.

³² Voy. *supra*, 1.1.2; b)

³³ M. RAINELLI, *L'organisation Mondiale du Commerce*, *op. cit.*, p. 51.

3. L'application de la règle du *traitement national*, dans la continuité du fonctionnement du GATT³⁴ ;
4. Le principe de l'*Application de la clause de la nation la plus favorisée*³⁵, également dans la continuité des mécanismes du GATT³⁶ ;
5. La volonté commune de ne pas restreindre l'*accès aux marchés* aux autres membres de l'OMC ;
6. La *participation croissante des PED* au commerce des services afin de combler les différences entre ces pays et les pays les plus développés
7. Le maintien de *sauvegardes et exceptions*, devant permettre aux États d'assurer, en parallèle de leurs obligations en matière de commerce international, la mise en place de politiques culturelles et de sécurité répondant à leurs besoins spécifiques ;
8. La possibilité d'aménager en interne la *situation en matière de réglementation* que les États jugent adéquate, moyennant le respect de leurs obligations issues des accords conclus sous l'égide de l'OMC.

b) L'impact de l'AGCS sur les membres de l'OMC

Le texte de l'AGCS contient vingt-neuf articles répartis en six parties distinctes. Il comprend également huit annexes, dont deux sont consacrées aux services financiers. Les articles ont pour but de clarifier la manière dont les trois objectifs et huit principes généraux cités ci-dessus³⁷ doivent être implémentés. L'article 1^{er}, § 1 du texte précise que les dispositions de l'accord s'appliquent aux mesures prises par les États en tant qu'elles affectent le commerce des services. Comme dit précédemment, le fonctionnement de l'AGCS est donc similaire à celui applicable aux marchandises en vertu du GATT. Les membres sont de ce fait tenus à la publication des mesures internes qui affectent le commerce des services d'une part, à l'application du traitement de la NPF d'autre part, ainsi que d'assurer l'accès aux marchés et de respecter le principe du traitement national.

Ces règles et principes doivent être respectés par les autorités publiques d'un Etat membre, qu'elles soient compétentes régionalement au sein de celui-ci ou qu'elles

³⁴ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Genève, 1947, art. 3.

³⁵ Ci-après: NPF

³⁶ *Ibid.*, art. 1.

³⁷ Voy. *supra*, 1.2.2., a)

légifèrent pour l'ensemble de son territoire, dès lors que ces autorités prennent des mesures³⁸ concernant³⁹ :

- L'achat, le paiement ou l'utilisation d'un service ;
- L'accès et le recours à des services ;
- La présence de nationaux d'un membre sur le territoire d'un autre dans le but de fournir ou de bénéficier desdits services.

c) *Obligations générales (in)conditionnelles et engagements spécifiques*

Le texte d'introduction à l'AGCS opère une distinction entre quatre types d'obligations découlant des dispositions relatives au commerce des services :

- Les obligations générales inconditionnelles ;
- Les obligations générales conditionnelles ;
- Les autres dispositions générales ;
- Les engagements spécifiques.

Les deux premiers types d'obligations ont, comme leur nom l'indique, vocation à s'appliquer de manière générale et constituent ainsi un socle pour tous les membres signataires de l'AGCS. Toutes ces obligations, conditionnelles ou non, sont reprises dans les articles II à XV (Partie 2 de l'Accord, intitulée *Obligations et discipline générales*). Nous renvoyons le lecteur à la lecture conjointe des articles cités ci-dessus et de l'introduction de l'AGCS pour l'analyse de ces dispositions.

La troisième catégorie porte sur des dispositions générales (également reprises dans la seconde partie de l'Accord) relevant plutôt de l'interprétation et de l'implémentation des deux premières.

La dernière catégorie retiendra plus longuement l'attention. Elle constitue un outil juridique de premier plan pour assurer la flexibilité des règles de l'AGCS, qui, rappelons-le, concernent l'ensemble des membres de l'OMC.

³⁸ Le terme "mesures", repris à l'article 1^{er}, § 3 de l'AGCS recouvre tout type d'actes pris par les pouvoirs publics, sans distinction quant à leur valeur légale ou la forme juridique qu'ils revêtent.

³⁹ Accord Général sur les Services, Introduction, *op. cit.*, p. 4.

C'est par le biais de ces listes d'engagements que les différents membres de l'OMC articulent la réalisation des objectifs *d'accès au marché* et de *traitement national*.

1.3. Les services financiers au sein de l'AGCS

1.3.1. : Les différentes exemptions relatives aux services financiers

Le fonctionnement de l'AGCS et du processus de libéralisation qu'il met en place pour les membres de l'OMC est relativement simple, du moins en comparaison avec les mécanismes préexistants issus du GATT et relatifs au commerce des marchandises.

Néanmoins, d'autres mécanismes, spécifiques au commerce des services, ont vu le jour lors des NCM relatives à la libéralisation de ce pan du commerce international. Ces derniers permettent aux membres de l'OMC d'ajuster la libéralisation du commerce des services à la structure économique individuelle de chaque pays en tenant compte des différences marquées entre les différents secteurs de services auxquels l'AGCS tend à s'appliquer⁴⁰.

Nous analyserons trois de ces mécanismes : Les listes d'engagements spécifiques, les exemptions des obligations énoncées à l'article 2 AGCS⁴¹ et les exemptions pour raisons prudentielles⁴². Les deux premiers s'appliquent à l'ensemble du commerce des services et on fait l'objet d'une remise à jour en 1999 dans le cinquième protocole annexe à l'AGCS⁴³, tandis que le troisième n'est applicable qu'aux services financiers.

a) Les listes d'engagements spécifiques

Les troisième et quatrième parties de l'AGCS portent sur les engagements spécifiques que doivent prendre les membres de l'OMC. En vertu de l'article XX de l'Accord, lu en combinaison avec les articles XVI et XVII, chaque

⁴⁰ Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

⁴¹ Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II; Seconde annexe sur les services financiers.

⁴² Annexe sur les services financiers, art. 2 ; a).

⁴³ R. WOLFRUM, Part II, General Obligations and Disciplines, *in* WTO – Trade in Services; Max Planck Commentaries on World Trade Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 643.

membre est tenu de rédiger une telle liste. Annexées à l'AGCS, ces listes sont rendues publiques et ont pour but de « personnaliser », pays par pays, la manière dont seront mis en œuvre les principes d'*accès aux marchés* et de *traitement national*⁴⁴ dans les différents secteurs concernés par l'Accord et ce, pour les quatre modes de fourniture des services repris à l'article I, § 2. L'article XX de l'AGCS énonce l'obligation susmentionnée de prendre de tels engagements mais ne définit pas leur nombre ni même les secteurs auxquels ont vocation à s'appliquer lesdits engagements. On relèvera ainsi que les engagements des membres de l'OMC diffèrent fortement, tant au niveau des secteurs concernés que par le nombre d'engagements pris par les pays concernés⁴⁵.

Concrètement, les listes d'engagements des membres, consultables sur le site Internet de l'OMC⁴⁶, comprennent huit rubriques par secteur ; les engagements sont ainsi répartis selon qu'ils concernent l'accès aux marchés ou le traitement national, d'une part, et en fonction du mode de fourniture⁴⁷ auquel ils s'appliquent, d'autre part. L'on peut ainsi retrouver, par secteur et mode de fourniture des services, quels secteurs font l'objet d'un engagement relatif à l'accès aux marchés ou au traitement national ainsi que les limitations souhaitées par les États pour lesdits secteurs et modes de fourniture des services.

Ces listes peuvent être modifiées par les membres moyennant un préavis de trois mois et sous réserve de la possibilité pour les membres affectés par la modification d'obtenir une compensation pour les dommages subis des suites de ladite modification⁴⁸. De plus, les membres peuvent inclure dans ces listes des engagements additionnels, ne concernant ni l'accès aux marchés ni le traitement national et ce, en vertu de l'article XVIII de l'AGCS.

La *ratio legis* de l'instauration de ces listes part de l'idée qu'une harmonisation des échanges commerciaux de services ne peut être atteinte que par le biais de mécanismes légaux permettant à chaque membre de façonner les processus de libéralisation en fonction de ses spécificités et de celles des

⁴⁴ Voy. *supra*, 1.2.2., a), 3 & 5.

⁴⁵ Accord Général sur les Services, Introduction, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/serv_commitments_f.htm

⁴⁷ Voy. *supra*, 1.2.2., b).

⁴⁸ AGCS, art. XXI.

secteurs concernés afin d'éviter l'apparition de disparités entre les membres qui pourraient survenir par une libéralisation immédiate.

En vertu de l'article XIX, les engagements pris par les membres seront renégociés successivement afin d'assurer une libéralisation progressive des échanges par la modification des listes nationales. Il est également à noter que le Mémorandum d'accord aux engagements relatifs aux services financiers a fait l'objet d'une intégration à cette liste par de nombreux pays⁴⁹, octroyant ainsi à son contenu une valeur équivalente à celle de l'ensemble des dispositions du GATS⁵⁰. Une fois intégré à la liste d'engagements d'un pays, ce Mémorandum et ses différentes dispositions constituent un socle minimal pour la libéralisation du commerce des services financiers en-deçà duquel le pays concerné ne peut descendre afin de ménager une situation de *standstill* quant aux mesures en question et à leurs éventuelles exemptions⁵¹. Le Mémorandum constitue ainsi une clé, facultative, il est vrai, pour l'interprétation et la rédaction des listes d'engagements en matière de services financiers.

b) Les exemptions des obligations énoncées à l'article 2 AGCS

Ainsi qu'il en est question plus avant⁵², une des catégories de services de l'AGCS est consacrée aux services financiers⁵³. L'annexe relative aux services financiers sert de socle à la rédaction par les différents membres de l'OMC de leurs listes d'engagements relatifs aux services concernés, selon la méthodologie exposée ci-dessus⁵⁴.

Le second article de l'Accord prévoit lui aussi un régime d'exemptions mais, là où les listes d'engagements visées à l'article XX sont centrées sur l'accès aux marchés et le traitement national, l'article II concerne l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée qui, rappelons-le, a vocation à s'appliquer à l'ensemble du commerce des services au vu de son insertion au

⁴⁹ A. VON BOGDANDY, J. WINDSOR ; Understanding on Commitments in Financial Services, *in* WTO – Trade in Services; *op. cit.*, p. 651; Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, LT/UR/A/1, 15 April 1994, p. 645.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, p. 653.

⁵² Voy. *supra*, 1.2.1., b).

⁵³ Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

⁵⁴ Voy. *supra*, 1.2.2, d)

début de la seconde partie du texte de l'AGCS relative aux « obligations et disciplines générales »⁵⁵. Pour rappel, ce principe, dans sa version relative aux services, postule que « *chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services d'un autre Membre*⁵⁶ ».

Le traitement de la nation la plus favorisée, repris à l'article premier du GATT de 1947, a notamment pour objectif de *multilatéraliser les relations bilatérales*⁵⁷ existant entre les membres de l'OMC afin d'harmoniser la libéralisation du commerce entre l'ensemble de ses membres. Dans le domaine des services financiers, cet article doit être lu en combinaison avec le paragraphe premier de la seconde Annexe relative aux services financiers ainsi qu'avec le texte de l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II.

Le second paragraphe de l'article deux permet aux membres de l'OMC de *maintenir* certaines mesures incompatibles avec le traitement de la nation la plus favorisée, moyennant le respect du prescrit de l'annexe sur les exemptions énoncées à l'article II. Ce texte additionnel à l'AGCS avait donc vocation à s'appliquer lors de l'entrée en vigueur de l'AGCS et prévoyait un réexamen périodique des exemptions en question^{58, 59}. En 2001, 424 exemptions étaient listées par l'ensemble des membres de l'OMC, dont 53 - soit 13% du total - concernaient les services financiers⁶⁰. La liste d'exemptions des Communautés européennes⁶¹ contenait par exemple, en matière financière, des mesures relatives au traitement fiscal des transactions entre l'Italie et certains pays d'Europe de l'Est. Le maintien de ces mesures, visant à faciliter la transition vers une économie de marché de ces pays, était

⁵⁵ R. WOLFRUM, Part II, General Obligations and Disciplines, *in* WTO – Trade in Services; *op. cit.*, p. 72.

⁵⁶ AGCS, art. II, § 1er.

⁵⁷ R. WOLFRUM, Part II, General Obligations and Disciplines, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁸ Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II

⁵⁹ R. WOLFRUM, Part II, General Obligations and Disciplines, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 571.

⁶¹ GATS/EL/31, 15 avril 1994.

prévu pour une période de dix ans, soit jusqu'en 2004, année à laquelle elles feraient l'objet d'un réexamen par le Conseil du commerce des services⁶².

De plus, il convient de mentionner que des exemptions comparables peuvent être réalisées, sur base des articles IV, § 3, XIV, XIII, ainsi que sur base du troisième paragraphe de l'article II de l'AGCS, dans des situations et domaines particuliers que nous n'aborderons pas ici⁶³.

c) Les exemptions pour raisons prudentielles

L'article 2, a) de l'Annexe sur les services financiers⁶⁴ stipule qu'« *un Membre ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons prudentielles, y compris pour la protection des investisseurs, des déposants, (...) ou pour assurer la stabilité du système financier* ».

Une première lecture de cette disposition appelle une question : Qu'entendre par *raisons prudentielles* ? En effet, la formulation vague de cet article laisse entrevoir une possibilité pour les Membres de l'OMC de contrevenir aux dispositions de l'AGCS sans que des limites claires et concrètes y soient prévues.

Le concept de « *raisons prudentielles* » a fait et fait toujours actuellement débat, tant au sein des NMC qui ont mené à la rédaction de l'Annexe sur les services financiers⁶⁵ qu'au sein de la doctrine⁶⁶. Ce qui est par contre certain, c'est l'importance d'une telle exception pour la souveraineté intérieure des différents Membres. En effet, la liste non-exhaustive de domaines dans lesquels des mesures pour raisons prudentielles sont envisageables, reprise à l'article 2, a), mentionne, *inter alii*, la protection des déposants ainsi que le maintien de la stabilité du système financier qui sont tous deux des outils

⁶² Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II, § 3; § 4.

⁶³ R. WOLFRUM, Part II, General Obligations and Disciplines, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁴ Voy. *supra*, 1.1.1., b)

⁶⁵ Les Communautés européennes avaient réagi négativement à la proposition de l'Australie visant à clarifier, au sein de l'Annexe sur les services financiers, le contenu de la notion de *raisons prudentielles*, avec comme argument que l'élaboration d'une telle définition aurait comme effet de vider la disposition de son contenu, compte tenu des différences de vues entre les différents membres à ce sujet ; Committee on Trade in Financial Services, WTO, Report of the Meeting Held on 25 May 2000, S/FIN/M/26, June 29, 2000; Committee on Trade in Financial Services, WTO, Report of the Meeting Held on 13 July 2000, S/FIN/M/27, August 23, 2000.

⁶⁶ L.E. PANOURGIAS, *Banking Regulation and World Trade Law*, Oxford and Portland, Hart, 2006, pp. 9-21.

indispensables aux États pour mener leurs politiques économiques et monétaires.

L'importance de l'enjeu attaché à la notion de « *raisons prudentielles* » rend sa définition malaisée. Néanmoins, certains auteurs se sont efforcés d'en tracer les contours, arrivant à une conclusion commune : Les termes de « *supervision prudentielle* » et de « *réglementation prudentielle* » sont vagues, si bien qu'il en découle une certaine insécurité juridique tout autant qu'un frein à une libéralisation du système bancaire par le biais des négociations multilatérales propres à l'OMC⁶⁷. Il semble toutefois que l'on puisse opérer, au sein des réglementations prudentielles, une distinction entre les mesures *protectives* d'une part et les mesures *préventives* d'autre part⁶⁸. Ces deux volets de la régulation prudentielle ont comme objectif commun la stabilité des établissements bancaires et donc du système bancaire d'un État, les mesures *préventives* visant à instaurer un cadre légal pour le fonctionnement général du système bancaire tandis que les mesures *protectives* ont vocation à s'appliquer en cas de crise afin d'assurer la survie d'un système bancaire⁶⁹. Certains auteurs distinguent la régulation *prudentielle* de la régulation *systémique*, la première étant selon eux axée sur la surveillance des établissements de crédit visant la protection des consommateurs tandis que la seconde aurait pour but de maintenir la stabilité d'un système dans son ensemble en vue d'éviter les conséquences négatives sur une économie⁷⁰. D'autres considèrent la stabilité systémique comme le fondement de toute mesure prudentielle et dépassent la distinction mentionnée ci-dessus, se basant plutôt sur le concept de *safety and soundness* des institutions bancaires, tant au niveau individuel que systémique, afin de définir de manière téléologique ce que sont des mesures prudentielles⁷¹. La *safety and soundness* peut à son tour être définie comme le niveau acceptable de liquidité et de stabilité d'une institution bancaire, d'une classe d'institutions bancaires, voire d'un système bancaire dans son ensemble⁷².

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ R. CRANSTON, *Principles of Banking Law*, second ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 84.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ C. GOODHART, *Financial Regulation: Why, how and where now?*, Routledge, London, 1998, p. 5

⁷¹ J. J. NORTON, "Capital Adequacy Standards: A Legitimate Regulatory Concern for Prudential Supervision of Banking Activities?", *Ohio State Law Journal*, 1989, n.4 pp. 1299-1304.

⁷² *Ibid.*

C'est à cette deuxième option que nous nous rattachons, considérant que, bien qu'intervenant à des degrés différents, la protection du consommateur - ici déposant, emprunteur ou utilisateur de services de paiement - et le maintien de la stabilité systémique sont intrinsèquement liés. En effet, selon le schéma bancaire classique, dans lequel les établissements se financent par des dépôts afin d'octroyer des crédits, le consommateur se situe aussi bien en amont qu'en aval de ces opérations et le fonctionnement du système repose sur la confiance de ce dernier dans les institutions bancaires.

La Banque centrale européenne⁷³, qui a parmi ses missions statutaires le maintien de la stabilité du système bancaire européen⁷⁴, distingue quant à elle la *supervision micro-prudentielle* et l'*analyse macro-prudentielle*, toutes deux composantes de son activité en matière prudentielle⁷⁵.

Au vu de la multiplicité des définitions existantes pour le concept de *prudentiel*, nous opterons, dans la suite de ce travail, pour une définition fonctionnelle de ce terme incluant toutes les mesures s'appliquant à des institutions bancaires et réalisant des objectifs tant de stabilité systémique que de protection des consommateurs.

1.3.2. : La libéralisation du commerce des services : tour d'horizon

Après l'exposé des trois types d'exemptions prévues par l'AGCS, il est utile d'analyser comment les différents Membres de l'OMC accommodent leurs législations en faisant usage des moyens mis en place lors des NCM. Nous analyserons ici principalement l'usage fait par le législateur communautaire des différents mécanismes d'exemptions abordées plus avant⁷⁶, avec une attention particulière pour les services bancaires offerts par le biais d'une présence commerciale d'un autre Membre de l'OMC⁷⁷.

a) Les listes d'engagements spécifiques

Pour rappel, les listes d'engagements spécifiques constituent un moyen pour les Membres de l'OMC d'aménager leurs engagements en matière d'*accès aux*

⁷³ Ci-après: La BCE

⁷⁴ Voy. *infra*, Chapitre II

⁷⁵ European Central Bank, "The Role of Central Banks in Prudential Supervision", March 2001, <http://www.ecb.int/pub/pdf/prudentialsupcbrole_en.pdf>

⁷⁶ Voy. *supra*, 1.3.1.

⁷⁷ Voy. *supra*, 1.2.1, a), 3°.

*marchés et de traitement national*⁷⁸. Dans le cadre de l'Union européenne, une liste commune est mise en place, reprenant tant les engagements communs des États-membres de l'Union que leurs engagements individuels⁷⁹.

En ce qui concerne la présence commerciale, troisième mode de fourniture de services, la liste d'engagements de l'Union européenne contient une mention générale relative au traitement national de tous les types de services de l'AGCS. Cette mention générale énonce que le traitement réservé dans un État-membre de l'Union européenne à une filiale d'une société d'un État tiers à l'Union ne peut être étendu à ses succursales également présentes sur le territoire européen. Il en découle que le traitement national, de manière générale, n'a vocation à s'appliquer que pour les sociétés sous contrôle étranger bénéficiant de la personnalité juridique acquise selon le droit d'un des États-membres de l'Union européenne.

En ce qui concerne les services financiers, la liste d'engagements de l'Union européenne mentionne l'adhésion au Mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers évoqué plus avant⁸⁰. Cette mention intègre donc ledit Mémorandum énonçant de manière détaillée le contenu des obligations de *traitement national* et d'*accès aux marchés* aux engagements spécifiques de l'Union. En ce qui concerne l'accès aux marchés, ce texte exige des Membres qu'ils octroient aux fournisseurs d'autres Membres un droit d'établissement et d'accroissement de leurs activités sur leur territoire, y compris par le biais du rachat d'entreprises existantes. En matière de *traitement national*, le Mémorandum prévoit que l'accès aux systèmes de règlement et de compensation ainsi qu'à toute autre structure à laquelle doivent s'affilier les sociétés offrant des services financiers pour exercer leurs activités, soit garanti aux fournisseurs de Membres tiers⁸¹.

Il est à noter que la condition pour l'établissement d'un fournisseur de services de revêtir une certaine forme juridique est explicitement mentionnée comme ne constituant pas une mesure discriminatoire vis-à-vis des obligations en matière d'*accès aux marchés* et de *traitement national*.

⁷⁸ AGCS, Art. XVI – XVII.

⁷⁹ GATS/SC/31

⁸⁰ Voy. *supra*, 1.3.1., a)

⁸¹ Mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers, B. 5-6 ; C 1-2.

Les limitations individuelles des États-membres de l'Union relatives à la présence commerciale d'établissements bancaires sont nombreuses et variées. Certaines portent sur la composition des conseils d'administration et de l'actionnariat desdits établissements, d'autres sur le respect de standards nationaux en matière de structure du capital. Il est néanmoins intéressant de noter que ces limitations imposées aux États non-européens portent surtout sur des conditions liées à des activités connexes aux activités de dépôt et de crédit, à savoir majoritairement des activités de titrisation et de conseil en investissement.

b) Les exemptions des obligations énoncées à l'article 2 AGCS

Les exemptions aux obligations énoncées à l'article 2 de l'AGCS portent sur le principe NPF et trouvent une base légale dans l'Annexe qui leur est spécialement consacrée ainsi que dans la seconde Annexe relative aux services financiers⁸². Ces exemptions doivent correspondre à des situations juridiques internes non compatibles avec le second article de l'Accord lors de l'entrée en vigueur de ce dernier. Elles ont un caractère temporaire – leur validité étant limitée à dix ans – et doivent être révisées dans les cinq ans qui suivent leur publication⁸³.

c) Les exemptions pour raisons prudentielles

Contrairement aux exemptions mentionnées aux deux points précédents, les exemptions pour raisons prudentielles ont un caractère général. C'est à dire que les membres faisant usage de l'exemption prudentielle peuvent contrevenir à leurs obligations résultant de l'AGCS, quelle que soit leur nature, pour autant que les raisons ayant mené à leur adoption correspondent à la qualification de *raisons prudentielles*⁸⁴. L'article 2, a) de l'Annexe sur les services financiers comprend une liste non exhaustive⁸⁵ d'objectifs correspondant à cette notion

⁸² Voy. *supra*, 1.3.1., b)

⁸³ OECD, Trade in Services, A Roadmap to GATS MFN Exemptions

⁸⁴ Ce caractère général peut notamment être déduit de la formulation de l'article qui stipule que les mesures prises en vertu de l'exemption pour raisons prudentielles pourront être adoptée "*Nonobstant toute autre disposition de l'accord*".

⁸⁵ Le texte de l'article précise notamment qu'un membre "*ne sera pas empêché de prendre des mesures pour raisons prudentielles, y compris (entre ellos/including)...*", cette formulation étant complétée par la liste, par conséquent non exhaustive des différentes raisons prudentielles; WT/DS453/R; Argentine –

de *raisons prudentielles*. Cette énumération peut être divisée en deux sous catégories: La protection des consommateurs d'une part et le maintien de la stabilité et l'intégrité du système financier d'autre part. Alors que la première catégorie est complétée par des exemples de différents types de consommateurs dont la protection constituerait une *raison prudentielle* (investisseurs, déposants, titulaires de polices d'assurances, personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers), le texte de l'Annexe ne fournit aucun exemple de types de mesures qui pourraient être prises pour assurer la stabilité et l'intégrité du système financier.

Certains auteurs soutiennent que ces mesures recouvreraient notamment des normes fixant des exigences de liquidité pour les établissements bancaires, les restrictions imposées quant à la concentration du crédit, des exigences de transparence et de *reporting* ainsi que les mesures visant à prévenir le blanchissement d'argent à grande échelle ou encore les délits d'initiés⁸⁶.

Une affaire portée fin 2012 devant l'ORD par le Panama et concernant la présumée non-conformité de certaines mesures prises par le législateur argentin en matière de services financiers pourrait apporter un éclairage sur les applications possibles de l'exemption pour raisons prudentielles. Les mesures attaquées par le Panama, concernant la réglementation argentine en matière de services de réassurance et d'accès aux marchés de capitaux est en effet défendue par l'Argentine comme étant conforme au prescrit de l'AGCS car adoptée pour des raisons prudentielles. Il s'agit d'une première, aucune procédure portée devant l'ORD n'ayant jusque-là porté sur la conformité de mesures avec l'exemption pour raisons prudentielles⁸⁷

Le rapport du Groupe spécial rédigé le 30 septembre 2015⁸⁸ à l'occasion de ce litige considère que les mesures citées ci-dessus sont contraires à l'article II, § 1^{er} de l'AGCS établissant l'obligation de traitement NPF en matière de services. Au surplus, le rapport rejette la justification de cette discrimination

Mesures concernant le commerce des Marchandises et des services; Rapport du Groupe spécial, § 7.819.

⁸⁶ A. MATTOO, "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role », *World Econ.* N° 23, 2000, pp. 351-354 ; *Guide to The GATS*, *op.cit.*, pp. 341-343.

⁸⁷ WT/DS453/R; *op. cit.*, § 7.810 - 7.812: "*Cette disposition n'a jamais été interprétée par l'Organe d'appel ni par des groupes spéciaux antérieurs. C'est donc à nous qu'incombe la tâche ardue de l'interpréter pour la première fois*"

⁸⁸ *Ibid.*, §

sur base de l'exemption pour raisons prudentielles, sur base de la constatation qu'il n'existait pas de corrélation entre les mesures prises et les raisons prudentielles présentées par l'Argentine dans sa défense comme constituant la *ratio legis* de leur adoption. Il est à noter que cette interprétation n'a pas été portée devant l'Organe d'appel par l'Argentine⁸⁹.

L'analyse des conditions à remplir pour qu'une mesure puisse être considérée comme prise pour des raisons prudentielles, telle qu'avancée par l'Argentine et confirmée par le Groupe spécial⁹⁰, se décline en trois volets: Premièrement, il y a lieu d'établir que la mesure en cause affecte la fourniture de services financiers par un membre. La deuxième condition consiste à déterminer si la mesure a été prise pour des raisons prudentielles. En d'autres mots, il y a lieu de vérifier si une *relation rationnelle* existe entre la mesure et son objectif prudentiel. Enfin, l'adoption de la mesure ne doit pas avoir été motivée par une volonté d'éviter les obligations de l'AGCS, tel que mentionné à l'article 2, b) de l'Annexe sur les services financiers.

Le Groupe spécial établit dans son rapport que la première condition est remplie mais relève que la seconde ne l'est pas et conséquemment, n'aborde pas la troisième, ces conditions devant toutes trois être respectées pour que le respect de l'article 2, a) soit établi. L'analyse du respect de la deuxième condition constitue, tel que décrit dans le rapport, l'essentiel du différend: "*Le nœud de la question est par conséquent ce que signifie qu'une mesure a été prise "pour des raisons prudentielles"*"⁹¹. Après une analyse de la signification des termes de "*raisons*" et de "*prudentiel*" en espagnol, anglais et français, le groupe spécial conclut que la notion de *raisons prudentielles* peut être interprétée comme correspondant à des *raisons de prévention et de précaution*⁹². Fort de ce constat et rappelant que de telles raisons sont susceptibles d'interprétations variables dans le temps⁹³, le Groupe spécial

⁸⁹ AB-2015-8; Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services; Rapport de l'Organe d'Appel.

⁹⁰ WT/DS453/R; *op. cit.*, § 7.781 - 7.788; § 7.851 - 7.852.

⁹¹ WT/DS453/R; *op. cit.*, § 7.860.

⁹² *Ibid.*, § 7.868.

⁹³ Voy. spéc. § 7.873.: "*Pour cette raison, nous convenons avec les tierces parties de la nature évolutive de la notion de "raisons prudentielles". Ainsi, pour l'Union européenne, cette notion est de "nature intrinsèquement évolutive" et le fait que les Membres sont convenus d'une liste non exhaustive de raisons en est la preuve. Selon l'Union européenne, comme la récente crise financière l'a révélé, il n'est pas toujours possible d'anticiper les conséquences des turbulences sur les marchés financiers ou*

procède à un raisonnement en deux temps. Il analyse premièrement l'existence de raisons prudentielles dans les matières visées par les mesures et examine ensuite si les mesures attaquées ont réellement été prises sur base de ces raisons prudentielles.

L'existence des raisons prudentielles dans les matières concernées, à savoir le secteur de la réassurance et celui des marchés de capitaux est considérée par le Groupe spécial comme établie, principalement en raison des risques de manque de transparence et d'insécurité pour les consommateurs ainsi que pour les risques systémiques que présentent ces activités⁹⁴. Le rapport indique par contre que l'adoption des mesures attaquées n'est pas basée sur ces raisons prudentielles, tant pour la réassurance que pour les marchés de capitaux.

Le manque d'adéquation entre les raisons prudentielles existantes (non contestées) et les mesures portées par le Panama devant l'ORD découle d'une différence de traitement opérée par le législateur Argentin entre les pays dits coopératifs et ceux qui ne le sont pas. Sont coopératifs les pays ayant conclu des accords d'échange d'informations fiscales et des Conventions préventives de double imposition avec l'Argentine ou qui sont en négociation pour ce type d'accords. L'accès aux activités de réassurance et aux marchés de capitaux argentins est facilité pour les sociétés issues des pays coopératifs tandis que les sociétés de pays non-coopératifs doivent remplir de nombreuses conditions supplémentaires constituant des barrières à l'entrée pour lesdits marchés. Le Groupe spécial conclut que le mécanisme est en principe défendable au regard de l'article 2, a) de l'Annexe sur les services financiers mais que sa mise en œuvre et les critères sur lesquels est établie la distinction entre pays coopératifs et non-coopératifs ne contribuent pas à prévenir les risques avancés à titre de raisons prudentielles par l'Argentine. En effet, sur base des dispositions argentines, certains pays pourraient être considérés comme coopératifs sur seule base de l'engagement de négociations d'accords d'échange d'informations fiscales sans qu'il y ait d'échange effectif desdites informations. Ces pays entamant les négociations avec l'Argentine seraient dès lors avantagés vis-à-vis des pays non-coopératifs alors même que ces deux

dans le système financier, ni de les éviter, et l'arsenal de mesures prudentielles est en évolution constante, comme le montre la multitude de recommandations faites par les organismes financiers internationaux ces dernières années."

⁹⁴ WT/DS453/R; *op. cit.*, § 7.937.

catégories d'États n'échangent pas d'informations avec les autorités fiscales argentines⁹⁵.

⁹⁵ WT/DS453/R; *op. cit.*, § 7.906 - 7.944, spéc. 7.912 - 7.918.

Chapitre 2 : La régulation bancaire en droit international et européen

2.1. : La structure du contrôle bancaire international

2.1.1. Les objectifs et acteurs de la régulation bancaire internationale

La survenance de crises répétées et prolongées fait de la régulation bancaire un sujet cruellement actuel, donnant parfois l'impression que le secteur bancaire et financier est une zone de non-droit dans laquelle différents acteurs agissent en toute impunité avec les conséquences que l'on connaît sur l'économie dite « réelle ». Deux questions majeures émergent dès lors que l'on se penche sur ce sujet : la première est relative aux objectifs poursuivis en la matière et la seconde porte sur les différents acteurs en charge de la rédaction des normes en la matière.

a) Les objectifs de la régulation bancaire

Comme exposé précédemment⁹⁶, la prévention des risques systémiques et la protection des consommateurs - en particulier la protection des déposants - sont au centre de nombreuses règles en matière bancaire. Ces deux aspects sont intimement liés. En effet, en cas de crise systémique, le scénario catastrophe consisterait en une suite de faillites en chaîne des différentes banques, catalysée par l'interruption des prêts interbancaires, ce qui aurait un impact direct sur le sort des dépôts des épargnants ainsi que sur l'octroi de crédits, ce qui équivaldrait en définitive à une paralysie générale de l'économie. La confiance qui doit régner entre les différentes institutions bancaires ainsi que celle qui doit prévaloir entre une banque et ses clients impliquent dès lors un des objectifs qui sous-tendent la rédaction de toute norme en matière de régulation bancaire : l'aléa moral⁹⁷ et le sentiment de justice ou d'injustice qu'il engendre. Une mise en balance entre les intérêts des acteurs du monde de la banque et ceux de la collectivité dans son ensemble doit être au cœur de la régulation bancaire afin de « *donner aux intermédiaires financiers des incitants suffisamment*

⁹⁶ Voy. *supra*, Chap. 1.

⁹⁷ TH. BONNEAU, "Aléa moral et régulation financière", *Bull. Joly Bourse*, décembre 2012, § 220, p. 526.

forts pour qu'ils cessent de prendre des décisions qu'ils ne prendraient pas s'ils devaient en subir pleinement les conséquences...⁹⁸». L'encadrement de l'aléa moral et la recherche d'un sentiment de justice, tous deux liés au climat de confiance nécessaire au fonctionnement du système bancaire, semblent dès lors constituer les objectifs actuels de la régulation bancaire.

Dans une approche plus technique, le contenu des notions de surveillance micro- et macroprudentielle a été défini dans un document rédigé conjointement par le CSF, le FMI et la BRI. La surveillance macroprudentielle consisterait en *“une politique qui recourt principalement aux outils prudentiels pour limiter le risque systémique ou touchant l'ensemble du système financier, atténuant par ce biais l'incidence des perturbations dans la fourniture de services financiers essentiels, qui pourraient avoir de graves conséquences sur l'économie réelle”*, tandis que le qualificatif « microprudentiel » désignerait les mesures destinées *“à protéger les institutions financières individuelles et à préserver leur solidité”*. Ce document rappelle également la nécessité d'articuler ces deux aspects de la politique de régulation afin d'atténuer le risque systémique⁹⁹.

b) Les acteurs internationaux de la régulation bancaire

Comme le souligne D. Carreau, *« aucun problème majeur n'est aujourd'hui purement national et ne peut recevoir de solution elle-même purement nationale¹⁰⁰ »*. Cette assertion reflète bien la manière dont s'articule la régulation en matière bancaire. En pourtant, l'encadrement international¹⁰¹ de l'activité bancaire est extrêmement morcelé. De nombreux organismes coexistent à des degrés et sous des formes différentes, avec un champ d'action plus ou moins large selon leur structure.

Tout d'abord, la Banque des règlements internationaux¹⁰², créée en 1930 afin d'encadrer les réparations dues par l'Allemagne en vertu du traité de Versailles au sortir de la première guerre mondiale se présente aujourd'hui plutôt comme un forum dédié au dialogue entre les banques centrales. Ensuite, le Fonds monétaire

⁹⁸ M. PETITJEAN, “Biais comportementaux, aléa moral et juste réparation”, *RBF*, 1/2009, p. 63.

⁹⁹ *Macroprudential policy tools and frameworks, Update to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 14 february 2011, <http://www.bis.org/publ/othp13.pdf> ; *Macroprudential Policy Tools and Frameworks, Progress Report to G20*, 27 october 2011, <http://www.bis.org/publ/othp17.pdf>

¹⁰⁰ D. CARREAU, “La régulation de la globalisation par les acteurs privés”, publ. 31 janvier 2011, *Forces du droit*, spéc. p. 2.

¹⁰¹ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Collection Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 21-37.

¹⁰² Ci-après : La BRI; En anglais : BIS; Bank for International Settlement.

international¹⁰³, né des accords de Bretton Woods en même temps que la Banque mondiale a pour rôle de développer un système monétaire international stable ainsi que de pallier aux difficultés monétaires des États en difficulté¹⁰⁴.

Le Groupe des 10, ou G10, vocable désignant à la fois le groupe de onze pays (*sic*) signataires des accords généraux d'emprunt de 1961 sous l'égide du FMI¹⁰⁵ et le groupe des gouverneurs des banques centrales de ces onze même pays¹⁰⁶. Ces deux G10, n'en formant qu'un seul, sont chapeautés par la BRI sans y être liés juridiquement. Ils y ont leurs locaux et y tiennent leurs rencontres mensuelles¹⁰⁷. Il s'agit d'un groupe informel, au même titre que les autres G7, G8,... dont le rôle principal est de constituer une plateforme permettant les échanges d'informations et de points de vues relatifs - dans le cas du groupe des gouverneurs du G10 - la politique monétaire ainsi que la supervision bancaire et financière.

La création du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire¹⁰⁸ découle du travail de ce groupe des gouverneurs du G10¹⁰⁹. Ce Comité est né en 1974 des suites d'une série d'importantes faillites bancaires ainsi que de la prise de conscience de l'existence de risques systémiques à l'origine desdites faillites¹¹⁰. Il est à noter que le Comité de Bâle n'a pas de personnalité juridique et que son fonctionnement, autant que l'articulation de ses différentes missions sont dictés principalement par la coutume¹¹¹. Les travaux et publications du Comité n'ont pas de force obligatoire. Néanmoins, leur influence est non négligeable et les standards internationaux qu'ils édictent trouvent leur place dans les législations nationales en matière de régulation bancaire¹¹². Les accords de Bâle en sont la preuve : Déclinés en trois séries d'accords¹¹³ (Bâle I, II et

¹⁰³ Ci-après: FMI; En anglais: International Monetary Funds; IMF.

¹⁰⁴ PH. SAUNIER, "Organisations internationales à compétences monétaire et financière. Le Fonds monétaire international", fasc. 135-3, *Juris-class.*, Droit international, spéc; n° 2.

¹⁰⁵ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 382.

¹⁰⁶ Ces pays sont les suivants : la Belgique, le Canada, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon, les Pays-Bas, l'Allemagne, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse. Il est également à noter que ces onze pays n'ont pas tous intégré les deux "sous-groupes" du G10 de manière simultanée.

¹⁰⁷ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, *op. cit.*, n° 386.

¹⁰⁸ Ci-après: le Comité de Bâle; en Anglais: Basel Committee

¹⁰⁹ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, *op. cit.*, n° 389.

¹¹⁰ *Ibid.*, n° 387.

¹¹¹ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Collection Droit de l'Union européenne, *op. cit.*, pp. 21-37.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ L'adoption d'un quatrième accord, dit "Bâle IV", précédemment annoncée, ne semble aujourd'hui plus à l'ordre du jour tant que l'implémentation de l'Accord "Bâle III" ne sera pas plus aboutie; V.

III, adoptés respectivement en 1988, 2008 et 2010), leurs recommandations en matière de ratios de fonds propres et d'exigences de liquidité ont été traduites dans de nombreuses réglementations. S'adressant initialement aux autorités de supervision, ces recommandations sont désormais formulées directement à l'intention des établissements bancaires, cette évolution marquant le passage du Comité d'instance de coopération internationale au statut de régulateur édictant des règles formelles¹¹⁴.

Le Comité de Bâle est également membre du *Joint Forum*, plateforme de coopération à laquelle participent également l'IOSCO¹¹⁵ et l'IAIS¹¹⁶ ainsi que les instances nationales des pays membres des trois entités, afin d'assurer une cohérence dans l'évolution de leurs champs d'action respectifs, à savoir le secteur bancaire, celui des valeurs mobilières et celui de l'assurance¹¹⁷. Ce *Joint Forum* est également abrité par la BRI¹¹⁸.

Le G20, constitué de dix-neuf pays et de l'Union européenne, créé en 1999 afin de pallier à l'absence de pays en développement dans la structure informelle du G10, gagne en influence vis-à-vis de ce dernier en matière de gouvernance¹¹⁹. Il soutient et oriente les nombreux organismes internationaux en charge de la régulation du monde financier¹²⁰. Le G20 est également à l'origine de la création, au lendemain de la crise de 2008, du Conseil de la stabilité financière¹²¹ qui a pour objectif la coordination au niveau international en matière de régulation du système bancaire et financier. Le CSF compte parmi ses membres l'ensemble des pays membres du G20 ainsi que de nombreuses organisations internationales compétentes en matière financière¹²².

CHOCRON, "Banques : la réforme réglementaire de Bâle IV n'aura pas lieu", *Les Echos*, 31 mars 2016; <http://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/021805623118-banques-la-reforme-reglementaire-de-bale-iv-naura-pas-lieu-1210517.php?HdLmC4G2uZweOEcz.99>

¹¹⁴ H. KOUYATE, *L'encadrement juridique international du secteur bancaire. Entre recherche du réalisme et confrontation à la réalité*, thèse doct, Paris I, 2010, p. 214.

¹¹⁵ International Organization of Securities Commissions

¹¹⁶ International Association of Insurance Supervisors

¹¹⁷ AMF, *Rapport 2009*, p. 211.

¹¹⁸ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Collection Droit de l'Union européenne, *op. cit.*, pp. 21-37.

¹¹⁹ H. BEN HAMMOUDA ; M. SADNI JALLABN, *Le G20 et les défis de la gouvernance globale*, Bruxelles, De Boeck, 2011, p. 60.

¹²⁰ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Collection Droit de l'Union européenne, *op. cit.*, pp. 21-37.

¹²¹ Ci-après: CSF; en anglais: Financial Stability Board, FSB.

¹²² Pour une énumération exhaustive des membres du CSF, nous renvoyons au site internet de ce dernier; <http://www.fsb.org/about/fsb-members/>

2.1.2. : Les outils de la régulation bancaire internationale

a) Régulation, supervision et intégrité

Il y a lieu de distinguer entre « régulation » d'une part et « supervision » d'autre part, la première désignant l'ensemble des règles applicables aux institutions financières, règles qui ont pour but de maintenir la stabilité d'un système financier et d'assurer la protection, tandis que la seconde vise le contrôle du respect de ces règles par les acteurs concernés^{123, 124}.

Il est à noter que des acteurs différents peuvent être en charge de la régulation et de la supervision. Une certaine répartition des tâches peut ainsi émerger entre législateur et autorités de surveillance. Dans le cas de l'Union européenne, la Commission européenne et le Parlement, par le biais de directives, règlements et décisions, élaborent tant des principes généraux que des règles détaillées. Les autorités de contrôle, tant nationales qu'européennes prennent part à cette élaboration mais sont surtout responsables du contrôle du respect des règles ainsi établies¹²⁵. Il est important de mentionner également la notion d'*intégrité* du système bancaire et financier, dont le groupe d'action financière¹²⁶, créé en 1989 se veut le garant. Mené en parallèle des travaux visant à établir un socle international commun en matière de supervision et de régulation bancaire et financière, l'action du GAFI dans ce domaine vise essentiellement la lutte contre les abus de marché, la corruption, le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent¹²⁷.

b) Régulation et réglementation : entre hard et soft law

Le *soft law* trouve une place de choix dans les règles applicables au secteur bancaire et financier en raison de la souplesse de sa mise en œuvre. Bien que ce type de règles n'ait pas de définition unanime, on les oppose classiquement aux règles de *hard law*,

¹²³ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Collection Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 7.

¹²⁴ J. De Larosière, Rapport, *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, Bruxelles, 25 février 2009, spéc. n° 153 à 166.

¹²⁵ Lamfalussy report

¹²⁶ Ci-après: GAFI; En anglais: FATF; Financial Action Task Force

¹²⁷ "L'action du GAFI", in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2011-2012, p. 85 ; Mandat du Groupe d'action financière, 2012-2020, 20 avril 2012, Washington DC., <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/MANDAT%20GAFI%202012-2020.pdf>

ces dernières étant édictées par des entités qui ont les compétences pour imposer des règles obligatoires¹²⁸. Ces règles de *soft law*, dont les dénominations techniques sont multiples, peuvent être regroupées sous le vocable de *réglementation* afin de les distinguer de la *régulation* au sens strict, composée de normes de type obligatoire¹²⁹. L'articulation entre *hard law* et *soft law* est cependant à relativiser. Elle induit une distinction qui peut paraître artificielle en ce qu'elle opère entre les niveaux internationaux et internes voire, dans le cas de l'Union européenne, régionaux. Cette distinction entre *hard* et *soft law* est principalement présente en droit interne. En effet, les normes prises au niveau international comprennent essentiellement de règles de *soft law*, édictées par des instances internationales mues par une volonté commune d'établir une coopération entre États afin de définir des standards et principes communs^{130,131}. C'est donc en droit interne qu'il faut distinguer entre la *régulation* créant des obligations légales pour les institutions bancaires et la *réglementation* sous toutes ses formes, ces deux types de normes découlant de la volonté des États et des acteurs du secteur bancaire et financier soucieux de traduire le fruit de négociations internationales dans l'ordre juridique interne.

2.2. : Le cadre institutionnel européen du contrôle bancaire

L'Union européenne a un statut particulier au sein du droit de l'OMC. Bien que n'étant pas un État, elle a un statut de Membre de l'OMC et constitue une zone de libre-échange économique sans cesse en évolution. Les États-membres de l'Union européenne sont donc soumis à des règles ayant pour but une libéralisation des échanges commerciaux issues de différentes instances. D'une part, les États-membres sont tenus au respect des règles issues des différentes NCM et d'autre part, ils ne peuvent aller à l'encontre du droit primaire et secondaire de l'Union européenne. Une double conformité au droit économique international est donc nécessaire : Une conformité des normes internes des États-membres et une conformité du droit primaire et secondaire de l'Union. Une analyse des systèmes respectifs de l'OMC et

¹²⁸ R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, op. cit., n° 70.

¹²⁹ Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, 25 février 2005, COM (2005) 59 final.

¹³⁰ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p. 41; Pour illustration, la Charte du Conseil de stabilité financière mentionne en son préambule que "*the Charter is not intended to create any legal rights or obligations*"; Art. 16, Financial Stability Board Charter.

¹³¹ TH. BONNEAU ET F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Paris, Economica, 2010, n° 1308.

de l'Union européenne quant à l'établissement de ces règles ainsi que des mécanismes mis en place pour assurer leur respect dépasserait largement le cadre de ce travail. Toutefois, en matière de supervision bancaire, un rapprochement entre le prescrit de l'AGCS et la situation au sein de l'Union européenne permettra de mettre en lumière les différentes manières de réaliser des objectifs de libre-échange dans ce secteur particulier où les prétentions mues par la souveraineté nationale sont particulièrement aiguës.

2.2.1. : Évolution institutionnelle européenne

a) Comitologie et harmonisation

L'Union européenne a, pendant longtemps, été dénuée d'institutions ou d'organismes centraux ayant pour mission d'assurer l'harmonisation de la régulation bancaire et financière des différents États-membres. Il est apparu, à la fin du vingtième siècle, que cette absence d'harmonisation constituait un désavantage compétitif du marché intérieur vis-à-vis d'autres pôles économiques plus unifiés en la matière et singulièrement en comparaison aux États-Unis¹³². La mise en place de l'Union monétaire au début du millénaire, couplée à la nécessité d'établir des procédures rapides permettant à l'Union européenne de réagir adéquatement au climat d'évolution permanente de la sphère financière, ont conduit à l'élaboration d'un Plan d'action pour les services financiers au mois de mai 1999¹³³. Un des constats découlant de ce plan était que le manque d'harmonisation entraînait une lourdeur et une longueur des procédures d'élaboration de normes, lourdeur rendant impossible l'adéquation de la législation européenne avec des marchés financiers sans cesse en mutation¹³⁴. En effet, les seuls outils de l'Union pour réaliser ces objectifs d'harmonisation, à savoir les directives et règlements, nécessitaient des périodes de débats parlementaires et d'élaboration allant de deux à trois ans, voire beaucoup plus en fonction des sujets traités, auxquels s'additionnaient des périodes de transposition¹³⁵.

¹³² Communication de la Commission – Services financiers : élaborer un cadre d'action, COM (1998) 0625 final, disponible sur le site EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.html>

¹³³ Communication de la Commission – Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : plan d'action, COM (1999) 0232 final, disponible sur le site EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>.

¹³⁴ T. TOBRELUTS, *L'évolution de la comitologie dans l'Union européenne à travers la modernisation de la régulation des services financiers*, p. 32

¹³⁵ *Ibid.*

Une alternative au mécanisme d'élaboration législative alors en vigueur fut apportée par le *Rapport Lamfalussy* du 15 février 2001¹³⁶, issu du travail du Comité des sages et portant le nom de son président, Alexandre Lamfalussy. L'approche privilégiée dans ce rapport consistait à instaurer différents comités qui assisteraient la Commission, le Conseil et le Parlement, chacun dans un domaine particulier et selon une procédure en quatre niveaux¹³⁷.

Des décisions de la Commission de 2001 et de 2003¹³⁸ ont fait naître, dans les domaines des valeurs mobilières, de la banque et des assurances et pensions, trois comités dits « ordinaires » ainsi que trois comités dits « Lamfalussy »¹³⁹. Cette procédure, marquant une avancée intéressante dans l'intégration européenne au niveau du droit financier, a cependant perdu de son influence avec la création des autorités de surveillance européennes¹⁴⁰.

b) La réforme de 2010 en matière de régulation financière

Le groupe « de Larosière » du nom de son président, Jacques de Larosière, créé en octobre 2008 après le premier choc de la crise financière sous l'impulsion de la Commission européenne¹⁴¹ s'est attelé à la rédaction du rapport du même nom, publié le 25 février 2009¹⁴². L'impact des événements de 2007-2008 sur l'économie européenne et le manque d'efficacité des mécanismes de contrôle avant, et de

¹³⁶ Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, 15 février 2001, disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_fr.pdf.

¹³⁷ Ces quatre niveaux reprenaient respectivement : 1) L'adoption de principes-cadres par voie de directives ou de règlements ; 2) L'adoption de mesures d'exécution par voie de directives ou de règlements ; 3) La mise en place de la coopération entre régulateurs nationaux ; 4) Le contrôle de l'exécution des mesures en question par la Commission ; ¹³⁷ Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹³⁸ Déc. 2001/528/CE de la Commission du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des valeurs mobilières, *J.O.C.E.*, n° L. 191/45 du 13 juillet 2001 ; Déc. 2001/527/CE de la Commission du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *J.O.C.E.*, n° L. 191/45 du 13 juillet 2001 ; Déc. 2004/10/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité bancaire européen *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, p. 36-37 ; Déc. 2004/5/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité européen des contrôleurs bancaires *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, p. 28-29 ; Déc. 2004/9/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité européen des assurances et des pensions professionnelles, *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, p. 34-35 ; Décision 2004/6/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, pp. 30-31.

¹³⁹ Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 51

¹⁴¹ Communication de la Commission de la crise financière à la reprise : un cadre d'action européen, COM/2008/0706 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52008DC0706&qid=1460386500684>

¹⁴² *High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Report, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf.

sauvetage pendant cette crise sont à l'origine de cette initiative. Reprenant les acquis du *Lamfalussy process*, le rapport de Larosière préconisait une solution européenne intégrée reposant sur une coopération renforcée entre les différents acteurs intéressés par la régulation financière au niveau mondial :

“Nous devons travailler avec nos partenaires pour converger vers des normes mondiales rigoureuses, avec l'aide du FMI, du FSF, du comité de Bâle et des procédures du G20. C'est indispensable. Mais reconnaissons que la mise en œuvre et l'application de ces normes ne seront effectives et durables que si l'Union européenne, avec les principaux marchés des capitaux du monde, dispose d'un système européen de réglementation et de surveillance robuste et intégré”¹⁴³.

Une réforme des mécanismes de régulation du secteur financier a, des suites de ce rapport, été mise en place dans le droit de l'Union européenne¹⁴⁴. De nombreux textes furent publiés en 2010 pour donner corps aux résultats du rapport de Larosière et ce, afin de mettre en place de nouvelles institutions dans les secteurs bancaires, assurantiels et des valeurs mobilières¹⁴⁵.

Ces règlements ont repris la distinction entre surveillance macro- et microprudentielle issue notamment du Rapport de Larosière¹⁴⁶. Le Conseil européen du risque systémique¹⁴⁷ correspond à la nécessité du recours à un acteur unique en matière macroprudentielle tandis que l'Autorité européenne des marchés financiers¹⁴⁸,

¹⁴³ J. DE LAROSIÈRE, *High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, op. cit., Avant-propos, p.3.

¹⁴⁴ TH. BONNEAU, “La réforme de la supervision financière européenne”, *R.L.D.A.*, n° 56, janvier 2011, p. 31.

¹⁴⁵ Règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *J.O.U.E.*, L 331 du 15 décembre 2010, p. 1–11 ; Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 331 du 15.12.2010, p. 12–47 ; Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission *J.O.U.E.*, L 331 du 15.12.2010, p. 48–83 ; Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 331 du 15 décembre 2010, p. 84–119 ; Règlement (UE) n° 1096/2010 du Conseil du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, *J.O.U.E.*, L 331 du 15.12.2010, p. 162–164.

¹⁴⁶ Pour une définition des concepts de réglementation macro- et microprudentielle, voy. *supra*, 3.1.1, a).

¹⁴⁷ Ci-après: CERS; en anglais: European Systemic Risk Board; ESRB

¹⁴⁸ Ci-après: AEMF; en anglais: European Markets and Securities Authority; ESMA

l'Autorité bancaire européenne¹⁴⁹ et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles¹⁵⁰ sont chargées, dans leurs domaines respectifs, de la surveillance microprudentielle¹⁵¹. Le contenu des notions de surveillance micro- et macroprudentielle a été défini dans un document rédigé conjointement par le CSF, le FMI et la BRI¹⁵².

L'EBA, ESMA et EIOPA sont, en parallèle de leurs missions respectives, membres du *comité mixte des autorités européennes de surveillance*¹⁵³ où siègent les présidents de ces autorités afin d'assurer une cohérence entre leurs actions. Avec la BCE¹⁵⁴ et l'ESRB ainsi qu'avec l'ensemble des autorités nationales, ces différentes entités forment le système européen de surveillance financière¹⁵⁵, véritable *réseau intégré*¹⁵⁶ de la surveillance financière au sein de l'Union européenne. Les missions du réseau sont centrées autour d'un objectif : "*veiller à ce que les règles applicables au secteur financier soient mises en œuvre de manière adéquate, à préserver la stabilité financière et à garantir la confiance dans le système financier (...) et une protection suffisante des consommateurs*"¹⁵⁷.

c) L'Union bancaire: MSU et MRU

L'Union bancaire européenne a été mise en place par l'adoption du règlement 1024/2013 du 15 octobre 2013 et est effective depuis le 4 novembre 2014¹⁵⁸. Son texte fondateur confie des compétences à la Banque centrale européenne en matière de surveillance microprudentielle des établissements de crédit. Cette Union bancaire,

¹⁴⁹ Ci-après: ABE; en anglais: European Banking Authority; EBA

¹⁵⁰ Ci-après: AEAPP; en anglais: European Insurance and Occupational Pension Authority; EIOPA

¹⁵¹ Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., p. 58.

¹⁵² *Macroprudential policy tools and frameworks, Update to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 14 february 2011, <http://www.bis.org/publ/othp13.pdf>

¹⁵³ Règl. n° 1093/2010 du 24 novembre 2010 du Parlement et du Conseil instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), op. cit., art. 45

¹⁵⁴ Règlement (UE) n° 1022/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la Banque centrale européenne en application du règlement (UE) n° 1024/2013, art. 2, § 2, f).

¹⁵⁵ Ci-après: SEFS; en anglais: European System of Financial Supervision, ESFS.

¹⁵⁶ Règl. n° 1093/2010, du 24 novembre 2010 du Parlement et du Conseil instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), op. cit., consid n° 9.

¹⁵⁷ *Ibid.*, art. 2

¹⁵⁸ Règl. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.U.E.*, L 287, p. 63.

bâtie autour de la monnaie unique, et donc centrée sur la zone euro¹⁵⁹, est concrétisée par la création de deux mécanismes : Le Mécanisme de surveillance unique¹⁶⁰ et le Mécanisme de résolution unique¹⁶¹. Ces deux innovations juridiques ont procuré à la BCE des pouvoirs accrus en matière de surveillance prudentielle et ont donné de la substance et des outils au Système européen des banques centrales ou SEBC, composé de la BCE et des banques centrales des différents Etats-membres de l'Union européenne¹⁶², ¹⁶³. La BCE est donc en charge de la politique monétaire européenne d'une part et de la surveillance microprudentielle de ses établissements de crédit d'autre part¹⁶⁴. Le volet microprudentiel de la mission de la BCE est assumé en son sein par le Conseil de surveillance prudentiel¹⁶⁵. Ce dernier, présidé par un professionnel du secteur bancaire élu à cet effet, se compose de représentants de la BCE ainsi que de membres de son directoire mais également de représentants des autorités des Etats-membres chargées au niveau national de la surveillance microprudentielle¹⁶⁶. Son indépendance, tant vis-à-vis de l'action monétaire de la BCE que des autorités nationales compétentes en la matière ressort fortement du texte l'instituant¹⁶⁷. Ses missions et les pouvoirs qui lui sont donnés afin de mener ses dernières à bien sont nombreux et constituent pour la plupart des transferts de compétences auparavant réservées aux autorités nationales de contrôle des établissements de crédit.

Parmi ses missions les plus importantes, on notera l'octroi et le retrait des agréments bancaires, la gestion des notifications d'acquisitions de participations importantes dans le secteur bancaire ainsi que, de manière générale, le contrôle du respect des

¹⁵⁹ E. Wymeersch, « The single supervisory mechanism or « SSM », part one of the banking Union », *Law working paper*, n° 240/2014, février 2014, spéc. n° 23.

¹⁶⁰ Ci-après: MSU; en anglais : Single Supervisory Mechanism: SSM.

¹⁶¹ Ci-après: MRU; en anglais : Single Resolution Mechanism: SRM.

¹⁶² Les différentes Banques centrales des États-membres de l'Union européenne sont, dans la législation européenne désignées par le vocable *Autorité compétente nationale* ou son acronyme, ACN; Guide relatif à la surveillance bancaire, Banque centrale européenne, 2014, Francfort-sur-le-Main, <https://www.bankingsupervision.europa.eu>

¹⁶³ Règlement BCE/2014/17 du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la BCE, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales *J.O.U.E.*, L 141, 14 mai 2014, p. 51.

¹⁶⁴ Sur la coexistence et les éventuels conflits entre ces deux fonctions, voy. : Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶⁵ Règl. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, *op. cit.*, art 26 ; Règlement intérieur du conseil de surveillance prudentielle de la BCE, *J.O.U.E.*, n° L 182/56 du 21 juin 2014.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Règl. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, *op. cit.*, art 19; Voy. également art. 107 TUE.

prescrits communautaires en diverses matières touchant au fonctionnement des établissements de crédit¹⁶⁸. L'ensemble de ces compétences concernant le contrôle direct des établissements bancaires, mis à part celles relatives aux agréments et à la notification des participations, s'exerce toutefois de manière partagée avec les autorités nationales compétentes en la matière. En effet, le contrôle des établissements de crédit n'est effectué directement par le Conseil de surveillance prudentielle que pour les banques dites *d'importance systémique*, soit celles disposant de plus de 30 milliards d'euros d'actifs ou lorsque ceux-ci représentent plus de vingt pourcents du PIB national de l'Etat-membre dans lequel l'entité est établie¹⁶⁹. Les pouvoirs dont est doté le Conseil de surveillance prudentielle sont importants et correspondent à ceux classiquement donnés aux autorités nationales de surveillance. Ils comprennent notamment des pouvoirs d'enquête, d'inspection et de sanctions pécuniaires¹⁷⁰

Le MRU est quant à lui destiné à apprécier et à solutionner les problèmes survenant au niveau individuel pour un établissement de crédit. Il prévoit différentes mesures de sauvetages pouvant être prises par le Conseil de résolution unique qui est au MRU ce que le Conseil de surveillance prudentiel est au MSU et ce, sous la supervision de la Commission et du Conseil et en collaboration avec les autorités compétentes en la matière au niveau national¹⁷¹.

¹⁶⁸ Pour une énumération de ces pouvoirs, voy. Règl. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, *op. cit.*, art. 4 et s.

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 6.

¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 10, 11, 12 et 18.

¹⁷¹ TH. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, p. 88.

Chapitre 3 : L'exemption prudentielle de l'AGCS et la régulation bancaire européenne

Comme analysé plus avant¹⁷², l'article 2, a) de l'Annexe sur les services financiers de l'AGCS prévoit une exemption pour raisons prudentielles. Cette exemption doit être analysée selon deux points de vue différents. Premièrement, si l'on se place du côté du membre de l'OMC qui entend légiférer en matière bancaire et financière, cette possibilité d'exemption signifie que l'opportunité est ouverte pour le législateur de prendre des mesures qui ne seraient pas compatibles avec le prescrit de l'AGCS, en vue de préserver certains outils de sa politique économique intérieure. Deuxièmement, si l'on se place du côté de l'OMC, alors considérée comme organisation chargée du développement d'un système assurant la libéralisation des échanges entre l'ensemble de ses membres, cette exemption a pour conséquences, d'une part d'autoriser le maintien et l'adoption de mesures internes incompatibles avec cet objectif de libéralisation et d'autre part, d'obliger ses membres à reconnaître lesdites mesures adoptées par les autres membres¹⁷³.

Un troisième point de vue peut également être abordé : Celui des établissements bancaires eux-mêmes. Cet angle d'attaque révèle deux hypothèses permettant de jauger l'état de la libéralisation du commerce de services financiers au sein du marché européen en matière d'accès au marché. Nous nous pencherons d'une part sur le cas des établissements ou des groupes bancaires déjà présents dans l'Union européenne qui souhaitent s'implanter dans un autre État-membre de l'Union. D'autre part, nous aborderons le corpus de règles européennes relatives à l'établissement d'institutions bancaires issues d'États tiers à l'Union européenne au sein de cette dernière.

La difficulté majeure de ce système est la notion même de *raisons prudentielles*, volontairement¹⁷⁴ non-définie par le texte de l'Annexe sur les services financiers¹⁷⁵ et que nous comparerons avec celle d'*intérêt général* en droit européen. L'objet de ce chapitre est d'analyser, au sein de l'Union européenne, la latitude laissée par le

¹⁷² Voy. *supra*, Chapitre 1; 1.3.1., c).

¹⁷³ GATS, art. 3.

¹⁷⁴ Voy. *supra*, note n° 66

¹⁷⁵ Voy. *supra*, Chapitre 1; 1.3.2., c).

législateur communautaire aux États membres afin d'adopter certaines mesures de type prudentiel dans leur ordre juridique interne.

Une telle possibilité laissée aux législateurs nationaux constituerait un équivalent au *prudential carve-out* prévu par l'AGCS. Une analyse complète des différentes mesures prudentielles en vigueur n'étant pas envisageable, nous nous concentrerons uniquement sur des mesures prudentielles préventives telles que définies dans le Chapitre relatif à l'analyse du texte de l'AGCS et de ses annexes¹⁷⁶ et ayant un impact sur les IDE, impact se traduisant par l'établissement d'une présence commerciale en matière bancaire¹⁷⁷, sous forme de filiales, succursales ou autres.

3.1. La libéralisation bancaire au sein de l'Union européenne

Le droit primaire européen donne les bases et principes sur lesquels cet espace de libre-échange économique est construit. C'est sur base de ces dispositions, complétées par le droit secondaire, que se dessine le cadre européen d'un marché bancaire harmonisé, organisé autour des institutions mentionnées au chapitre précédent. Ce corpus de règles sera, dans le cadre de ce chapitre, comparé aux règles de l'AGCS. Pour ce faire, une rapide analyse des règles de l'Union contenues dans ses traités fondateurs sera suivie par une analyse des règles concrètes issues des règlements et directives pertinentes en la matière.

3.1.1. Le droit primaire européen

L'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁷⁸ dispose que :

"L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités.

Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités".

Cet article est complété par l'article 49 du même Traité, qui précise le contenu de l'article 26 en matière de droit d'établissement entre les différents États-membres. Une interdiction des restrictions à ce libre établissement y est énoncée. Cette interdiction

¹⁷⁶ Voy. *supra*, Chap. 1, 1.3.1., c).

¹⁷⁷ Pour rappel, la présence commerciale est un des quatre modes de fourniture de services repris dans l'article 1.2. de l'AGCS; voy. *supra*, 1.2.1.a).

¹⁷⁸ Ci-après: TFUE

"s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre".

L'article 50 organise quant à lui la procédure selon laquelle doit être réalisée cette "non-restriction", à savoir par l'adoption de règles prises de concert par la Commission, le Parlement et le Conseil.

Les articles 54 et 55 du TFUE sont également d'une importance capitale en ce qu'ils consacrent respectivement l'assimilation des *"sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union (...) aux personnes physiques ressortissantes des États membres"* (art. 54) ainsi que l'obligation de traitement national à laquelle sont tenus les États-membres vis-à-vis desdites sociétés en matière de participation financière au capital de ces sociétés (art 55). Cette obligation de traitement national, énoncée ici de manière spécifique relative à la participation au capital, appelle un parallèle avec l'obligation de traitement national de l'AGCS, articulée autour des listes d'engagements des membres de l'OMC¹⁷⁹. L'article 55 est également important en ce qui concerne le contrôle de l'acquisition de participations importantes dans les groupes bancaires et financiers. Cet aspect sera analysé ci-dessous.

Enfin, les articles 56 à 62 édictent des principes similaires en matière d'interdiction des restrictions à la libre prestation de services à l'égard des ressortissants de l'Union. Ces différents articles ont donné lieu à une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne quant à l'interprétation à donner à la notion de « liberté d'établissement dans le marché intérieur »¹⁸⁰. Par ces arrêts, la Cour assimile le respect de la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne à l'obligation de traitement national en ces mots: *"Des dispositions nationales d'un État membre régissant l'exercice d'une activité économique constituent des restrictions à la liberté d'établissement interdites, (...), dès lors qu'elles sont de nature à mettre l'opérateur*

¹⁷⁹ Voy. *supra*, Chap. 1, 1.3.1., a)

¹⁸⁰ C.J.U.E., 5 octobre 2004 (CaixaBank France c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie), C-442/02, *J.O.U.E.*, 4 décembre 2004, C300, p. 15; C.J.C.E., 30 novembre 1995, (Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano), C-55/94, *J.O.C.E.*, 1995 I, 4187; C.J.C.E., 31 mars 1993, (Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg), C-19/92, *J.O.C.E.*, 1993 I-01663, C.J.C.E., 11 mai 1999, (Pfeiffer Großhandel GmbH c. Löwa Warenhandel GmbH), C-255/97, *J.O.C.E.*, 1999 I-02835.

exerçant cette liberté dans des conditions de droit ou de fait défavorables par rapport à un opérateur déjà établi dans cet État"¹⁸¹.

Cet ensemble de dispositions forme les fondations sur lesquelles reposent l'ensemble des règles de droit secondaire européen applicables au libre-échange en droit européen au sens large. Les règlements et directives pertinentes en matière de contrôle prudentiel analysées ci-dessous en sont donc la traduction, tant au niveau de l'organisation institutionnelle que des règles applicables aux établissements de crédit sur base individuelle.

3.1.2. Le Manuel uniforme européen pour la surveillance

Elaboré par l'ABE¹⁸², le Manuel uniforme ou *Single Rulebook* en anglais, se compose de trois textes législatifs ayant pour but de constituer un ensemble de règles prudentielles applicables à l'ensemble des institutions bancaires et financières de l'Union européenne. Ce projet fut initié en 2009 par le Conseil et matérialise une réaction au caractère disparate des réglementations nationales issues des directives réglementant auparavant la matière¹⁸³. En effet, la largeur du champ de transposition des textes en question avait mené à un *patchwork* de législations prudentielles rendant le fonctionnement uniforme de l'Union bancaire extrêmement complexe¹⁸⁴.

Le *Single Rulebook* comprend deux directives et un règlement: La directive 2013/36/UE ou *Capital Requirements Directive* (CRD), le règlement n° 575/2013 ou *Capital Requirements Regulation* (CRR) et la directive 2014/59/EU ou *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD)¹⁸⁵. Nous nous concentrerons sur les deux

¹⁸¹ C.J.C.E., 31 mars 1993, *op. cit.*

¹⁸² Voy. *supra*, Chap. 2, 2.2.1., b).

¹⁸³ Dir. 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, *J.O.U.E.*, L 177, 30 juin 2006, p. 1–200 ; Dir. 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 *J.O.U.E.*, L 177, 30 juin 2006, p. 201 et s. ; 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 du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 35, 11 février 2003, p. 1–27.

¹⁸⁴ Rapport spécial n° 5 - La surveillance bancaire européenne prend forme ; L'ABE évolue dans un contexte mouvant, Cour des Comptes européenne, Luxembourg, 2014, p. 8 et s.

¹⁸⁵ Règl. (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, *J.O.U.E.*, L 176, 27 juin 2013, p. 1 ; Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE *J.O.U.E.*, L

premières et laisserons de côté la troisième, consacrée aux mesures de "sauvetage" des établissements de crédit.

3.1.3. La libéralisation bancaire européenne *post* CRD & CRR

La CRD et le CRR sont deux textes importants en termes de volume : Comptant respectivement près de cent et plus de trois cent pages au Journal officiel de l'UE, ils ont un champ d'application extrêmement large. Nous nous concentrerons ici sur les exigences pour l'accès à l'activité de crédit au sein de l'Union, d'une part, et sur la liberté d'établissement ainsi que sur la libre prestation de services, d'autre part. Ces matières font l'objet de deux titres distincts de la CRD qui en établissent les principes et lignes directrices et renvoient au CRR, ce dernier édictant les règles applicables aux différents cas d'espèce. Seront analysées successivement : L'acquisition de participations qualifiées, les agréments bancaires, les réglementations relatives au libre établissement des banques par le biais de succursales et de filiales ainsi que les prestations de services bancaires fournies à partir d'un État membre. L'analyse sera approfondie par l'examen de certaines dispositions de droit belge permettant de cerner l'impact concret des règles sur l'ordre interne des États membres concernés.

a) L'acquisition de participations qualifiées

La surveillance de l'acquisition de participations qualifiées dans des sociétés et groupes de sociétés constitue un volet important de la surveillance prudentielle européenne. L'enjeu de cette surveillance réside dans l'identification des actionnaires de ces sociétés. Une prise de participation conséquente dans une société exerçant dans le domaine bancaire peut avoir des conséquences sur la gestion de ladite société et peut entraîner la fusion de celle-ci au sein d'un groupe. Tout comme lors de l'octroi de l'agrément permettant l'accès à l'exercice d'activités bancaires¹⁸⁶, une image claire de la structure de l'actionnariat doit être fournie aux autorités compétentes afin de

176, 27 juin 2013, p. 338 ; Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) no 1093/2010 et (UE) no 648/2012, *J.O.U.E.*, L 173, 12 juin 2014, p. 190.

¹⁸⁶ Voy. b) ci-dessous.

"cartographe" l'actionnariat en question¹⁸⁷. Une notification préalable doit être communiquée à l'ACN compétent

- dès lors qu'une acquisition planifiée fait dépasser la participation au capital de l'acquéreur les seuils de vingt, trente ou cinquante pourcent
- ou lorsqu'une telle acquisition a pour résultat que la société-cible devienne une filiale de l'acquéreur¹⁸⁸.

L'ACN compétente procède à une évaluation de la notification sur base de critères détaillés dans la CRD et portant sur l'honorabilité du candidat acquéreur, sa solidité financière ainsi que sur l'absence d'indice de pratiques assimilées au blanchiment de capitaux. Une obligation similaire est applicable aux établissements cessionnaires. De plus, un rapport annuel de la structure de l'actionnariat des établissements de crédit est imposé par l'article 23 § 4 de la CRD. La directive prévoit également un mécanisme de coopération entre États membres au sein duquel est prévu un système d'échange d'informations relatives aux cessions et acquisitions de participations¹⁸⁹.

b) L'agrément bancaire

L'autorisation d'accès à l'activité bancaire sur un territoire donné, accordée par les ACN dans les différents États, prend la forme d'octroi d'un agrément qui est défini par le CRR comme *"un acte des autorités conférant le droit d'exercer les activités d'un établissement bancaire"*¹⁹⁰. Différentes conditions sont à remplir pour pouvoir exercer les activités d'un établissement de crédit, attendu que ces activités, consistent à *"recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte"*¹⁹¹. L'enjeu majeur en matière d'agréments bancaires au sein de l'Union est d'assurer, comme le rappelle le considérant n° 15 de la CRD, la reconnaissance mutuelle des agréments *"en permettant la délivrance d'un agrément unique valable dans toute l'Union"*. Cet agrément unique devrait permettre aux établissements bancaires l'ayant reçu dans leur État d'origine *"d'exercer, dans toute l'Union, tout ou partie des activités (...) qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle en établissant des succursales ou par voie de prestation de services"*¹⁹². Les activités

¹⁸⁷ CRD, art. 22 à 27.

¹⁸⁸ Le terme "filiale" est ici entendu au sens de la définition qui en est donnée à l'article 4, § 1^{er}, 16 CRR.

¹⁸⁹ CRD, art. 24.

¹⁹⁰ CRR, art. 4, § 1^{er}, 42).

¹⁹¹ CRR, art. 4, § 1^{er}, 1).

¹⁹² CRD, consid. n° 19.

bénéficiant de la reconnaissance mutuelle visée sont reprises dans une annexe à la CRD et comprennent entre autres la réception de dépôts et l'octroi de crédits.

Les conditions minimales à respecter pour obtenir un agrément bancaire au sein d'un État membre de l'Union européenne sont fixées aux articles 8 à 21 de la CRD. Ces articles fixent les standards minimaux et font l'objet d'une transposition par les États-Membres. L'octroi de l'agrément est ensuite effectué par l'ACN compétente qui en informe la BCE. Outre la mention d'un programme d'activités et l'obligation de communiquer aux ACN les noms et qualités des principaux actionnaires de la banque demandant l'agrément, les standards minimaux comprennent des montants minimaux de capitaux et de fonds propres ainsi que des exigences en matière de structure de ces fonds propres calculées sur base des recommandations du Comité de Bâle en la matière¹⁹³.

c) Les libre établissement et prestations de services au sein de l'Union bancaire

L'agrément bancaire et son octroi appellent peu de questions lorsqu'ils concernent de nouveaux établissements bancaires planifiant d'exercer sur le territoire d'un État sous forme d'une société fondée conformément au droit de l'État en question. Par contre, l'insertion d'un élément d'extranéité dans ce processus et les règles qui s'appliquent en de telles situations méritent un examen plus approfondi. Dans cette matière et au niveau de l'Union européenne, il y a lieu de distinguer trois voies ouvertes aux entreprises opérant dans le secteur bancaire qui désirent étendre leur marché à d'autres États membres que celui dans lequel est basé leur activité initiale. Les banques peuvent tout d'abord créer des filiales, entités bénéficiant d'une personnalité juridique distincte de celle de leur société-mère mais liées économiquement à cette dernière par le biais de participations au capital. Cette hypothèse ne relève toutefois pas à proprement parler du libre établissement tel qu'entendu ici. En effet, de telles filiales sont créées dans un État membre selon le droit applicable dans ce dernier et sont donc assimilables aux établissements de l'État en question. Le lien d'extranéité mentionné plus haut est alors surtout à rechercher dans la composition de l'actionnariat et la structure des groupes concernés.

Une seconde option consiste à exercer les activités d'établissement par le biais d'une succursale. Dans cette hypothèse, toujours au niveau intracommunautaire, une banque

¹⁹³ CRD, art. 12 *juncto* CRR, art. 26.

établie dans un État membre exerce son activité dans un autre État membre, sans qu'il soit nécessaire que cette succursale, matérialisée par une implantation physique, ait une personnalité juridique distincte de sa société-mère. Il est alors question de liberté d'établissement et de restrictions à cette liberté

Enfin, il est également possible pour une banque établie dans un État membre de dispenser des services de dépôt et de crédit dans un autre État de l'Union sans y établir de présence physique, en procédant notamment par le biais d'internet, auquel cas il est question non plus de liberté d'établissement mais de liberté de prester des services.

Ces trois notions de droit européen¹⁹⁴ doivent être rapprochées de celles des quatre modes de fourniture de services de l'AGCS¹⁹⁵ que sont le *commerce transfrontières*, la *consommation à l'étranger*, la *présence commerciale* et la *présence de personnes physiques*. La consommation à l'étranger mise à part car découlant de la liberté de circulation inhérente à la qualité de citoyen européen¹⁹⁶, il apparaît que le commerce transfrontière tel que décrit par le texte de l'AGCS corresponde *mutatis mutandis* à la notion de *libre prestation de services* des règles européennes tandis que la présence commerciale équivaudrait à la *liberté d'établissement* par le biais de succursales. Il n'y aurait pas, du moins pas spécifiquement dans les règles en matière bancaire¹⁹⁷, d'équivalent au mode de fourniture de services par la présence de personnes physiques.

d) La surveillance bancaire transfrontalière P.16 FACTS AND FIGURES EBF

Dans le cadre d'activités bancaires transfrontalières, un problème en matière de compétence de l'autorité de surveillance se pose, tant pour les banques opérant par le biais de succursales que pour celles opérant par le biais de prestations de services sur le territoire d'un Membre de l'Union n'étant pas son État d'origine. Pour permettre aux établissements bancaires d'exercer leurs activités en évitant d'être soumis à deux corps de règles différents appliqués par des acteurs nationaux du pays d'origine et du pays d'accueil, la Directive bancaire de 2006 prévoyait le mécanisme du *Home country*

¹⁹⁴ CRD, art. 33 à 39; CRR, art. 4, § 1er, 15) à 17).

¹⁹⁵ AGCS, art. 1.2.; Voy. *supra*, Chap. 1, 1.2.1., a)

¹⁹⁶ TFUE, art. 20-21.

¹⁹⁷ La question de la fourniture de services par la présence de personnes physiques n'est pas abordée en tant que telle par la CRD mais ressort de la liberté de circulation des services prévue par les articles 49 et suivants du TFUE.

control, ainsi qu'un système de reconnaissance mutuelle¹⁹⁸. La reconnaissance mutuelle était organisée pour quatorze activités reprises dans une Annexe à la Directive. Cette liste est aujourd'hui portée à quinze activités reprises dans l'Annexe de la CRD¹⁹⁹. Les principales activités des établissements de crédit y sont reprises, telles que la réception de dépôts, l'octroi de différents types de prêts et crédits, la mise à disposition de services de paiement,...²⁰⁰

L'article 17 de la CRD dispose que "*Les États membres d'accueil n'exigent pas d'agrément (...) pour les succursales d'établissements de crédit agréés dans d'autres États membres*". Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, applicable aux quinze activités évoquées plus haut, implique que leur exercice par un établissement de crédit dans son pays d'origine emporte le droit de les exercer par voie de prestation de services transfrontaliers ou par l'établissement de succursales, pour autant que l'agrément obtenu dans ce pays d'origine autorise l'exercice des activités en question.

Un processus d'échange d'informations entre l'établissement de crédit et les ACN des États membres d'origine et d'accueil est organisé par la directive. La première étape consiste en une notification à l'ACN de l'État d'origine par l'établissement de crédit de son souhait d'étendre son activité par la création d'une succursale²⁰¹. Dans un second temps, un échange d'informations entre l'ACN du pays d'origine et celui du pays d'accueil est organisé²⁰². Enfin, après réception de tous les documents, l'ACN du pays d'accueil dispose de deux mois pour préparer le cadre de surveillance tel que prévu dans la CRD²⁰³. Une procédure analogue - mais néanmoins simplifiée - concernant la libre prestation de services relatifs à des activités reprises dans son annexe est également organisée²⁰⁴.

Une fois établie, la succursale est contrôlée, au même titre que la société-mère dont elle dépend, par l'État membre d'origine de cette dernière²⁰⁵, la CRD prévoyant même la possibilité pour l'ACN de l'État membre d'origine de déplacer son personnel

¹⁹⁸ 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, *J.O.U.E.*, L 177, 30 juin 2006, pp. 1-200.

¹⁹⁹ CRD, art. 33.

²⁰⁰ Nous renvoyons à ladite annexe pour une énumération exhaustive des activités concernées par le mécanisme de reconnaissance mutuelle.

²⁰¹ CRD, art. 35, § 1^{er}.

²⁰² CRD, art. 35, § 3.

²⁰³ CRD, art. 36, § 1^{er}.

²⁰⁴ CRD, art. 39.

²⁰⁵ CRD, art. 49. Notons toutefois que l'article 40 de la CRD prévoit la possibilité pour l'État membre d'accueil d'exiger de la société-mère de fournir un rapport des activités menées sur son territoire par sa succursale. Il est également à noter que la surveillance des succursales par l'ACN de l'État membre d'accueil ne peut faire obstacle à la surveillance sur base consolidée des groupes.

responsable de la surveillance dans l'État membre d'accueil afin d'effectuer les différents contrôles prudentiels dans les succursales concernées. La CRD organise également les différents processus d'échange d'informations nécessaires pour mener ces missions à bien.

3.1.4. Les succursales bancaires de sociétés issues de pays tiers

Le traitement des succursales issues de pays tiers à l'Union européenne est également abordé par la CRD, qui prévoit en son considérant n° 23 que *"le régime appliqué aux succursales d'établissements de crédit ayant leur administration centrale dans un pays tiers devrait être analogue dans tous les États membres"* étant entendu que ce régime *"ne peut pas être plus favorable que celui qui est appliqué à ceux provenant d'un État membre"*.

La formulation de la seconde partie de ce texte rappelle celle du traitement de la nation la plus favorisée, repris à l'article II de l'AGCS, selon lequel *"chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays"*. Il est intéressant de noter que le texte du considérant de la CRD cité plus haut semble poursuivre un double objectif : D'une part, le traitement analogue des succursales issues de pays tiers dans l'espace économique européen et, d'autre part, une volonté de ne pas traiter ces mêmes succursales de pays tiers de manière plus avantageuse que celles issues d'États membres de l'Union européenne. Ce dernier volet semble être en contradiction totale avec l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée de l'AGCS. Il est pourtant repris à l'article 47 § 1er de la CRD, réalisant ainsi une sorte de traitement à deux vitesses de la nation la plus favorisée qui traduit une volonté d'égaliser le traitement des succursales issues de l'Union plutôt qu'un objectif d'exclusion des succursales dont l'administration centrale serait basée dans un pays tiers.

3.2. La notion d'intérêt général en droit bancaire européen

Les exigences de reconnaissance mutuelle inhérentes au processus de libéralisation en matière bancaire mis en place par l'Union européenne par le biais des CRD et CRR portent tant sur le fond que sur la forme des règles applicables en la matière. La latitude laissée aux États membres pour "personnaliser" ces règles se concrétise par le

biais de la transposition du droit secondaire européen. Pourtant, dans l'Union européenne, tout comme au niveau de l'OMC, la réglementation du secteur bancaire touche à l'organisation des économies nationales et pose donc des questions tout aussi délicates en termes de souveraineté, laquelle doit, une fois encore, être mise en balance avec les objectifs d'harmonisation des règles communes aux États membres. Si l'exemption pour raisons prudentielles - ou *prudential carve-out* - répond à ces préoccupations au sein de l'AGCS, il paraît en être de même pour l'*intérêt général* en droit européen. Ainsi, le considérant n° 22 de la CRD annonce que "*les États membres devraient veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle soient exercées (...) pour autant qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'État membre d'accueil*". La notion d'intérêt général en matière de libéralisation des prestations de services a fait l'objet d'une communication interprétative de la Commission en date du 20 juin 1997²⁰⁶. Cette dernière dresse les contours de l'*intérêt général* en rappelant les enseignements de la Cour de Justice en la matière. La Commission rappelle également que l'adoption de règles nationales dans un but de protection de l'intérêt général est à même de générer des barrières pour les échanges commerciaux. Ces barrières se soldent par la restriction du choix offert au consommateur et par une augmentation des prix pour ce dernier. Tout comme l'exemption pour raisons prudentielles de l'AGCS, la notion d'intérêt général en droit européen semble être un concept *flottant*²⁰⁷, évoluant dans le temps en fonction des situations économiques et législatives. Les contours de la notion d'intérêt général se retrouvent dans un arrêt de la Cour de Justice rendu en 1997 et considéré comme "classique"^{208, 209}. Le litige à la base de cet arrêt porte sur la nullité d'un prêt accordé à une société française par une banque bénéficiant d'un agrément pour exercer ses activités aux Pays-Bas. Les arguments appuyant cette nullité étaient issus du constat que la banque néerlandaise ne répondait pas au prescrit légal français et ne bénéficiait donc pas de l'agrément nécessaire pour exercer ses activités sur le sol français. La

²⁰⁶ Communication de la Commission, COM/97/0309 final, Services financiers: renforcer la confiance des consommateurs - Suites données au Livre vert intitulé "Services financiers: répondre aux attentes des consommateurs", 26 juin 1997

²⁰⁷ E. BALATE, "L'intérêt général en droit bancaire: 20 ans après" in *20 ans de Loi bancaire - 1993-2013*, Cahiers AEDBF/EVBFR n° 26, Antwerpen, Anthemis, 2013, pp. 183-187.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ C.J.C.E., 9 juillet 1997 (Société civile immobilière PARODI c. Banque Albert de Bary et Cie), C 222/95, *Rec.*, pp. 1-3899.

conclusion de la Cour est la suivante : Exiger d'un établissement bancaire agréé dans un État membre qu'il obtienne dans un autre État membre un second agrément afin de pouvoir y exercer ses activités est contraire aux dispositions du droit primaire européen, à moins que cette exigence soit dictée par un souci de protection des consommateurs. Le contenu de cette protection est précisé de la sorte dans l'attendu n° 22 de l'arrêt : *"il est nécessaire de protéger ces derniers (les consommateurs) contre le préjudice qu'ils pourraient subir du fait d'opérations de banque qui seraient effectuées par des établissements ne respectant pas les exigences relatives à la solvabilité ou dont les dirigeants ne posséderaient pas les qualifications professionnelles ou morales nécessaires"*. La Cour semble donc lier directement la protection des consommateurs à la notion d'*intérêt général*, la première constituant le fondement de la seconde.

Force est de constater que l'argument de l'*intérêt général*, tout comme l'article 2, a) de l'AGCS, constitue un moyen pour les États membres de faire primer leur législation prudentielle nationale vis-à-vis des règles européennes en matière de libéralisation bancaire. Les ACN publient à l'attention des établissements de crédits opérant sur leur territoire des listes de dispositions de droit internes relevant de l'*intérêt général*²¹⁰. Ces listes, dans leur mouture belge, se déclinent en deux versions, l'une à destination des établissements de crédit opérant par le biais de succursales, l'autre s'adressant aux établissements de crédit menant leurs activités en vertu de la libre prestation de services. Le contenu de ces listes est similaire et non exhaustif et trouve son origine dans le Livre III de la nouvelle loi bancaire²¹¹ relatif au traitement des activités des établissements de crédit de droit étranger²¹². La mention des règles relevant de l'*intérêt général* n'est pas neuve : elle figurait déjà dans la loi bancaire du 22 mars 1993²¹³ qui assurait alors la transposition de la deuxième directive

²¹⁰ *Dispositions susceptibles de s'appliquer aux succursales enregistrées en Belgique d'établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen*, Banque nationale de Belgique, 9 mars 2010, <https://www.nbb.be/doc/cp/fr/ki/bep/pdf/ab1.pdf>

²¹¹ Loi assurant la transposition en droit belge de la Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'activité des établissements de crédit et la surveillance des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *J.O.U.E.*, 27 juin 2013, pp. 338-436.

²¹² Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 7 mai 2014, p. 36794, art. 315, § 1^{er}, al. 2; Ci-après : Nouvelle Loi bancaire.

²¹³ Loi du 22 mars 1993 relative aux statut et contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 19 avril 1993, p. 8650; Ci-après: Loi bancaire

bancaire²¹⁴. Les règles mentionnées sont variées et portent sur de nombreux types d'obligations et d'interdictions pour les établissements de crédit : Organisation d'un service bancaire de base, conditions pour l'utilisation des termes désignant l'activité bancaire à l'intention du public, communication et publication d'informations, pouvoir de sanction de l'ACN²¹⁵²¹⁶.

L'enjeu pour la Cour de Justice de l'Union européenne est d'encadrer cette notion d'*intérêt général*, afin qu'elle ne puisse se profiler comme une clé passe-partout permettant en quelque sorte d'ouvrir la porte de sortie de l'Union bancaire aux États membres²¹⁷. A son niveau, comme au niveau de l'OMC en ce qui concerne le *prudential carve-out*, l'interprétation et les règles pouvant être adoptées en vertu de l'*intérêt général* doivent être le résultat d'une balance effectuée entre la volonté de libéralisation des échanges en vue de d'unifier les marchés d'une part, et la souveraineté des États dans la régulation de l'activité bancaire mue par un souci de protection des consommateurs, d'autre part.

²¹⁴ Directive n°89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, *J.O.C.E.*, L 386, 30 décembre 1989, pp. 1-13.

²¹⁵ Loi bancaire, art. 6 § 1er, dernier al.; art. 65, 67 à 77; art. 91 et 92; art.102 à 104; art. 106 et 107.

²¹⁶ Une version de ces listes, assurant la correspondance des dispositions avec celles de la Nouvelle Loi bancaire, en vigueur au 5 mai 2014, n'est pas encore disponible à ce jour.

²¹⁷ E. BALATE, "L'intérêt général en droit bancaire : 20 ans après", *op. cit.*, p. 189.

Conclusion

L'approche privilégiée dans ce travail consiste en une analyse de l'encadrement du secteur bancaire sur deux plans : Une première partie de l'analyse porte sur les règles de l'AGCS, issues des négociations menées au sein de l'OMC, qui visent à éviter les différentes discriminations qui surviennent dans les échanges internationaux de services bancaires et financiers. La seconde partie est quant à elle consacrée aux règles européennes organisant la mise en place effective d'un libre marché de services bancaires, *l'Union bancaire*.

Les normes issues des négociations multilatérales de l'OMC et les règles européennes menant à la libéralisation du commerce des services financiers abordées dans le texte font ressortir des différences mais également certains points communs entre ces deux régimes.

Une première série de différences découle de la nature même de ces deux acteurs. L'OMC compte 162 membres répartis sur les cinq continents et connaissant des situations économiques et politiques extrêmement variées. L'Union européenne quant à elle compte actuellement 28 membres répartis dans une zone géographique nettement plus restreinte et qui connaissent une situation économique relativement homogène. Les modes de fonctionnement de ces deux acteurs sont donc également très différents: Là où l'OMC se base sur les négociations multilatérales par cycles pour faire naître des accords entre ses membres, l'Union européenne dispose d'un système démocratique d'élaboration de normes contraignantes communes à tous ses États membres ainsi que de nombreuses institutions centrales chargées de collaborer à la rédaction, à la mise en œuvre et à l'évaluation de ces règles. Les institutions européennes compétentes à des degrés divers en matière de surveillance du secteur bancaire (élaboration des normes, évaluation des procédures, centralisation des informations, reporting,...) sont nombreuses et dotées de réels pouvoirs d'action. La mise en place de cet ensemble institutionnel et les pouvoirs qui lui sont conférés par la législation communautaire constituent une délégation importante du pouvoir des États

membres, notamment au profit de la Banque centrale européenne, entre autres chargée d'effectuer une grande part des contrôles autrefois laissés aux bons soins des autorités de contrôle nationales des 28.

Les règles issues des négociations multilatérales prévoient quant à elles pour les membres de l'OMC, comme le veut le fonctionnement de cette organisation, des obligations basées sur des principes tels que le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Ces principes et les développements particuliers qu'ils connaissent dans les différents accords multilatéraux constituent ainsi des balises à respecter et permettent d'éliminer les barrières aux échanges de services.

Une structure institutionnelle telle que celle gravitant autour de l'Union bancaire européenne n'existe pas au niveau mondial et sa mise en place ne relève pas des missions de l'OMC, ni d'aucune autre organisation internationale et il semble peu imaginable qu'il en naisse une. La nécessité, sur le plan théorique, d'une telle construction pour assurer la mise en œuvre d'un espace de libre-échange sur le modèle de l'Union bancaire est d'ailleurs loin d'être démontrée. Comme mentionné plus avant, l'entrée en vigueur des différentes directives et règlements qui assurent la mise en place de cette structure institutionnelle récente constituent une réaction à la crise financière de 2008. De plus, le seul volet institutionnel ne peut être considéré comme l'élément de la réussite ou de l'échec de l'Union bancaire. Un panel d'autres éléments sont à prendre en compte, tels l'existence de relations commerciales historiques entre les États européens, l'existence de la monnaie unique ou encore les libertés de circulation des personnes, biens, services et capitaux préexistants dans l'Union européenne. Il semble toutefois que l'on puisse affirmer que ces institutions communes aux États membres de l'Union européenne constituent un avantage indéniable pour atteindre un objectif tel que la libéralisation du commerce des services en matière bancaire.

La lecture du texte de l'AGCS fait ressortir que les obstacles pouvant survenir lors d'échanges de tels services prennent la forme de réglementations prudentielles instaurées par les États pour différents motifs liés à la protection de leurs économies. L'analyse des motifs donnant lieu à l'adoption de ces réglementations prudentielles mène rapidement à un constat : Tous les États adoptent de telles mesures prudentielles qui visent par essence à protéger leur économie nationale

contre les risques inhérents à l'exercice de l'activité bancaire dans un contexte d'échanges financiers mondialisés. Se dégage alors la thématique centrale de ce travail : la recherche d'un juste milieu ou d'une balance entre protection de l'économie nationale et construction du libre-échange. La réalisation de cette balance des intérêts incombe principalement aux États, tant au niveau de l'OMC que de l'Union européenne. C'est par le biais de l'*exemption pour raisons prudentielles* pour l'OMC et de l'*intérêt général* en droit européen que se dessinent les limites pouvant être fixées par les États aux différents processus de libéralisation.

Ces notions sont toutes deux difficiles à appréhender, tant par leur absence de définition dans les textes qui les mentionnent que par leur caractère mouvant et tributaire des politiques internes aux États qui s'en servent comme autant de pare-feu contre une perte de pouvoir dans leur ordre interne. Ce caractère évolutif rend leur étude peu aisée : on imagine en effet mal que la conception de *raison prudentielle* ou celle d'*intérêt général*, toutes deux partiellement basées sur l'objectif de protection des consommateurs de services financiers, n'aient pas évolué depuis la survenance des faillites bancaires issues de la crise de 2008 et les différentes réactions qu'elle a suscitées aux quatre coins du monde.

Un autre élément essentiel ressort de l'analyse conjointe des systèmes de l'OMC et de l'Union européenne : l'encadrement par l'ORD et la Cour de Justice de l'Union européenne des notions de *raison prudentielle* ainsi que d'*intérêt général* sont d'une importance cruciale pour que les textes qui les mentionnent puissent avoir une réelle effectivité. Ces notions sont en effet susceptibles d'être brandies par les États pour esquiver leurs obligations et ces deux instances se voient confier la délicate tâche de reconnaître ou non le caractère prudentiel ou le lien avec l'intérêt général aux mesures nationales adoptées en matière de réglementation des échanges de services financiers.

En conclusion, il semble que tant l'Union européenne que l'Organisation mondiale du Commerce, agissant avec leurs outils juridiques respectifs mais mus par le même objectif de libéralisation des échanges, se heurtent à une barrière politique de taille. Cette barrière, érigée par la volonté de leurs membres de maintenir leur souveraineté dans des matières hautement sensibles, constitue en quelque sorte la

limite de leurs champs d'action respectifs. La survivance de cette limite semblant être le pendant de l'existence des États eux-mêmes, il paraît peu probable qu'elle disparaisse jamais. Cependant, la manière dont elle est encadrée, par l'application des notions d'*intérêt général* et de *raisons prudentielles* par la Cour de Justice de l'Union européenne et l'ORD peut, elle, évoluer. L'interprétation que donnent ces deux instances à ces notions est cruciale pour que les textes en dessinant les contours gardent une vraie efficacité et contribuent à une ouverture des marchés.

Bibliographie

Textes internationaux

OMC

- Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, Acte final, Annexes 1A, 1B, 1C, 2, 3 et 4, Décisions et Déclarations, et Mémorandum d'Accord sur les engagements relatifs aux services financiers signé à Marrakech le 15 avril 1994, approuvé par la loi du 23 décembre 1994, *M.B.*, 23 janvier 1997, p. 1272.
- Cinquième Protocole annexé à l'Accord général sur le Commerce des Services, signé à Genève le 27 février 1998, approuvé par la loi du 12 janvier 1999, *M.B.*, 11 décembre 1999, p. 46272
- Committee on Trade in Financial Services, WTO, Report of the Meeting Held on 25 May 2000, S/FIN/M/26, June 29, 2000; Committee on Trade in Financial Services, WTO, Report of the Meeting Held on 13 July 2000, S/FIN/M/27, August 23, 2000.
- Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)", adoptées par le Conseil du commerce des services le 23 mars 2001, https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/sl92.doc
- O.M.C., Council for Trade in Services Economic Effects of Services Liberalization: Overview of Empirical Studies; S/C/W/26/Add.1, 29 May 1998.
- O.M.C., Communautés européennes et leurs Etats membres - Liste finale d'exemptions de l'article II (NPF), GATS/EL/31, 15 avril 1994.
- O.M.C., Council for Trade in Services Special Session, Communication from the European Communities and their Member States; TN/S/W/26, 17 January 2005.
- O.M.C., Council for Trade in Services, Council Review of MFN Exemptions - Report of the Meeting held on 29 may 2000, S/C/M/44, 21 june 2000.
- O.M.C., Council for Trade in Services, Report to the General Council on Activities During 1998; S/C/6, 7 December 1998.

- O.M.C., Doha Work Programme, WT/L/579, 2 Août 2004.
- O.M.C., *Elements for political guidance*, WT/MIN(11)/W/2, 1 Décembre 2011.
- O.M.C., Etats-Unis d'Amérique, Liste finale d'exemptions de l'article II (NPF), Commerce des Services, GATS/EL/90, 26 février 1998.
- O.M.C., Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, LT/UR/A/1, 15 April 1994.
- O.M.C., Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.
- O.M.C., Rapport annuel 2015, Organisation mondiale du Commerce, https://www.wto.org/french/res_f/reser_f/annual_report_f.htm
- O.M.C., Rapport annuel de l'OMC, 2014, https://www.wto.org/french/res_f/publications_f/anrep14_f.htm, 156 p.
- Portail des listes d'engagements en matière de libéralisation des services; https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/serv_commitments_f.htm
- WTO Secretariat, *Guide to the GATS, An Overview of the Issues for Further Liberalization of trade in Services*, The Hague, Kluwer, 2001, p. 334.

Autres

- “L’action du GAFI”, in *Rapport moral sur l’argent dans le monde*, 2011-2012, Mandat du Groupe d’action financière, 2012-2020, 20 avril 2012, Washington DC., <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/MANDAT%20GAFI%202012-2020.pdf>
- B.I.S., Charte constitutive de la Banque des Règlements Internationaux du 20 janvier 1930, <https://www.bis.org/about/charter-f.pdf>
- B.I.S., Convention concernant la Banque des Règlements Internationaux du 20 janvier 1930, Société des Nations, Recueil des Traités, vol. 104, p. 441.
- B.I.S., *Macroprudential Policy Tools and Frameworks, Progress Report to G20*, 27 october 2011, <http://www.bis.org/publ/othp17.pdf>
- B.I.S., *Macroprudential policy tools and frameworks, Update to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 14 february 2011, <http://www.bis.org/publ/othp13.pdf> ;

- B.I.S., Protocole relatif aux immunités de la Banque des Règlements Internationaux du 30 juillet 1936
- B.I.S., Statuts de la Banque des Règlements Internationaux du 20 janvier 1930
- Basel Committee, Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems Basel Committee on Banking Supervision, December 2010, <http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>
- Basel Committee, Basel III: The Liquidity Coverage Ratio and liquidity risk monitoring tools, Basel Committee on Banking Supervision, January 2013, <http://www.bis.org/publ/bcbs238.pdf>
- Basel Committee, Basel III: the net stable funding ratio, Basel Committee on Banking Supervision, October 2014, <http://www.bis.org/bcbs/publ/d295.pdf>
- Basel Committee, Charte du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, janvier 2013, http://www.bis.org/bcbs/charter_fr.pdf
- Basel Committee, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace*, Septembre 2012, <http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>
- Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, approuvée par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993, p. 28706.
- Liste des membres du CSF; <http://www.fsb.org/about/fsb-members/>
- OECD, « Chapitre 4. Minimiser les risques de déséquilibre au sein du système bancaire européen », *Etudes économiques de l'OCDE* 2010/20 (n° 20), p. 137-181, <http://www.cairn.info/revue-etudes-economiques-de-l-ocde-2010-20-page-137.htm>
- OECD, Pour l'ouverture des marchés de services: L'Accord général sur le Commerce des Services, 2002, <http://www.oecd.org/fr/tad/35327985.pdf>
- OECD, Trade in Services, A Roadmap to GATS MFN Exemptions, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=td/tc/wp\(2001\)25/final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=td/tc/wp(2001)25/final)
- *The Global Findex Database 2014, Measuring Financial Inclusion around the World*, Policy Research Working Paper n° 7255, World Bank, Development Research Group - Finance and Private Sector Development Team, April 2015, 97 p.; <http://econ.worldbank.org>.
- *The State of broadband 2015*, ITU & UNESCO, Geneva, 2015, p. 8.

- B.I.S., *Macroprudential policy tools and frameworks, Update to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 14 february 2011, <http://www.bis.org/publ/othp13.pdf>
- Séparation de la banque de détail et de la banque d'investissement : attention aux effets pervers, *Flash Economie - Recherche économique*, 09 novembre 2011 – N° 825, Natixis; <http://cib.natixis.com/flushdoc.aspx?id=60845>.

Législation européenne

- TUE
- TFUE
- Protocole (n° 4) additionnel au Traité sur l'Union européenne et au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sur les statuts du système européen de banques centrales et de la banque centrale européenne, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, p. 230.
- Directive n°89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, *J.O.C.E.*, L 386, 30 décembre 1989, pp. 1-13.
- 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, *JO* L 126, 26 mai 2000, p. 1.
- 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 du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 35, 11 février 2003, p. 1–27.
- 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, *J.O.U.E.*, L 177, 30 juin 2006, pp. 1-200.

- Règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *J.O.U.E.*, L 331 du 15 décembre 2010, p. 1–11
- Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 331 du 15.12.2010, p. 12–47
- Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission *J.O.U.E.*, L 331 du 15.12.2010, p. 48–83
- Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 331 du 15 décembre 2010, p. 84–119.
- Règlement (UE) n° 1096/2010 du Conseil du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, *J.O.U.E.*, L 331 du 15.12.2010, p. 162–164.
- Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'activité des établissements de crédit et la surveillance des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *J.O.U.E.*, 27 juin 2013, pp. 338-436.
- Règlement (CE) n°1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.U.E.*, 29 octobre 2013, p. 64.

- Règlement (UE) n ° 1022/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (UE) n ° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la Banque centrale européenne en application du règlement (UE) n° 1024/2013, *J.O.U.E.*, 29 octobre 2013, pp. 5–14.
- Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) no 1093/2010 et (UE) no 648/2012, *J.O.U.E.*, L 173, 12 juin 2014, p. 190.
- Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) no 1093/2010
- Règlement BCE/2014/17 du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la BCE, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales *J.O.U.E.*, L 141, 14 mai 2014, p. 51.
- Décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, 23 décembre 1994, p. 336.

Divers UE

- *A modular approach to the architecture of a plurilateral agreement on services*, European Commission, September 2012, trade.ec.europa.eu/doclib/html/152686.htm
- Banque centrale européenne, *Financial Integration in Europe – 2015*,

<http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/financialintegrationineurope201504.en.pdf>, 148 p.

- Banque centrale européenne, Le Rôle des banques centrales en matière de contrôle prudentiel,
https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/prudentialsupcbrole_fr.pdf?2c011024ef531daca07dd152aaff4993
- Banque centrale européenne, *Le rôle des banques en matière de contrôle prudentiel*, 2001,
- Communication de la Commission – Mise en oeuvre du cadre d'action pour les services financiers: plan d'action, COM (1999) 0232 final, disponible sur le site EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>.
- Communication de la Commission – Services financiers: élaborer un cadre d'action, COM (1998) 0625 final, disponible sur le site EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.html>
- Communication de la Commission de la crise financière à la reprise: un cadre d'action européen, COM/2008/0706 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52008DC0706&qid=1460386500684>
- Déc. 2001/527/CE de la Commission du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *J.O.C.E.*, n° L. 191/45 du 13 juillet 2001
- Déc. 2001/528/CE de la Commission du 6 juin 2001 instituant le Comité européen des valeurs mobilières, *J.O.C.E.*, n° L. 191/45 du 13 juillet 2001
- Déc. 2004/10/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité bancaire européen *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, p. 36–37
- Déc. 2004/5/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité européen des contrôleurs bancaires *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, p. 28–29
- Déc. 2004/6/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, pp. 30–31.
- Déc. 2004/9/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le Comité européen des assurances et des pensions professionnelles, *J.O.C.E.*, L 3 du 7 janvier 2004, p. 34–35

- European Central Bank, “The Role of Central Banks in Prudential Supervision”, March 2001,
http://www.ecb.int/pub/pdf/prudentialsupcbrole_en.pdf
- *Eurostat Pocketbooks, Key Figures on European Business with a special feature section on SME's, Data 1995-2005*, Luxembourg, Office for the Official Publication of the European Communities, 2006.
- Guide relatif à la surveillance bancaire, Banque centrale européenne, 2014, Francfort-sur-le-Main, <https://www.bankingsupervision.europa.eu>
- *High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Report,
http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf.
http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/prudentialsupcbrole_fr.pdf, 11 p.
- J. De Larosière, Rapport, *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, Bruxelles, 25 février 2009, spéc. n° 153 à 166.
- Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, 25 février 2005, COM (2005) 59 final.
- Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, 15 février 2001, disponible sur le site de la Commission:
http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_fr.pdf.
- EBA, The European Banking Authority at a Glance,
<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1401372/EBA+AT+A+GLANCE.pdf/e8686db2-6390-4c52-ad06-bc8d24b7aeb5>
- Cour des Comptes européenne, La surveillance bancaire européenne prend forme - L'ABE évolue dans un contexte mouvant, Rapport spécial n° 5,
http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR14_05/SR14_05_FR.pdf

Jurisprudence (ORD/CJUE)

- ORD, Argentine - Mesures concernant le commerce des marchandises et des services - Rapport du Groupe spécial, WT/DS453/R, 30 septembre 2015.
- ORD, Argentine - Mesures concernant le commerce des marchandises et des services, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS453/AB/R, 14 avril 2016.
- C.J.C.E., 31 mars 1993, (Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg), C-19/92, *J.O.C.E.*, 1993 I-01663.

- C.J.C.E., 30 novembre 1995, (Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano), C-55/94, *J.O.C.E.*, 1995 I, 4187.
- C.J.C.E., 9 juillet 1997 (Société civile immobilière PARODI c. Banque Albert de Bary et Cie), C 222/95, *Rec.*, pp. 1-3899.
- C.J.C.E., 11 mai 1999, (Pfeiffer Großhandel GmbH c. Löwa Warenhandel GmbH), C-255/97, *J.O.C.E.*, 1999, I-02835.
- C.J.U.E., 5 octobre 2004 (CaixaBank France c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie), C-442/02, *J.O.U.E.*, 4 décembre 2004, C300, p. 15.

Doctrine

- ALGOET K., "Twintig jaar Bankwet - Het banktoezicht bij de Nationale Bank van België" in *20 ans de Loi bancaire - 1993-2013*, Cahiers AEDBF/EVBFR n° 26, Antwerpen, Anthemis, 2013, pp. 113-120.
- BALATE E., "L'intérêt général en droit bancaire: 20 ans après" in *20 ans de Loi bancaire - 1993-2013*, Cahiers AEDBF/EVBFR n° 26, Antwerpen, Anthemis, 2013, pp. 183-187.
- AUBOIN MARC, BLENGINI ISABELLA, *The Impact of Basel III on Trade Finance: The Potential Unintended Consequences of the Leverage Ratio*, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2014-02, Geneva, 2014, 17 p.
- BARKER A., "EU Ministers Set to Define banking Union", Financial Times, 17 Décembre 2013, <http://www.ft.com/cms/s/0/c552f182-6736-11e3-a5f9-00144feabdc0.html#axzz48SRx8mQd>
- BEN HAMMOUDA H.; SADNI JALLABN M., *Le G20 et les défis de la gouvernance globale*, Bruxelles, De Boeck, 2011, 223 p.
- BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 798 p.
- BONNEAU TH. ET DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, Paris, Economica, 2010, 848 p.
- BONNEAU TH., "Aléa moral et régulation financière", *Bull. Joly Bourse*, décembre 2012, § 220, p. 526.
- BONNEAU TH., *Régulation bancaire et financière européenne et*

internationale, 2^e éd., Collection Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, 469 p.

- CARREAU D., "La régulation de la globalisation par les acteurs privés", publ. 31 janvier 2011, *Forces du droit*, spéc. p. 2.
- COASE RONALD, *The Nature of the Firm*, *Economica* 386, 1937.
- CRANSTON ROSS, *Principles of Banking Law*, second ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, 520 p.
- GKOUTZINIS APOSTOLOS, *How Far is Basel from Geneva? International Regulatory Convergence and the Elimination of Barriers to International Financial Integration*, <http://www.ssrn.com/en/>
- GOODHART CHARLES, *Financial Regulation: Why, how and where now?*, Routledge, London, 1998, 272 p.
- HOUSSA CATHERINE, "L'exercice d'une activité bancaire en Belgique par un établissement de crédit relevant du droit d'un autre Etat membre", in *20 ans de Loi bancaire - 1993-2013*, Cahiers AEDBF/EVBFR n° 26, Antwerpen, Anthemis, 2013, pp. 173-182.
- IOANNIDOU V., "Banking Union, Risks and Challenges" in *European Banking Union - The New Regime*, International Banking and Finance Law Series, vol. 27, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 17.:
- KOUYATE H., *L'encadrement juridique international du secteur bancaire. Entre recherche du réalisme et confrontation à la réalité*, thèse doct., Paris I, 2010, 214 p.
- LABYE A. "Quel avenir pour la banque universelle? Une analyse empirique appliquée à la zone euro", *L'actualité économique, revue d'analyse économique*, vol. 89, n° 1, mars 2013, pp. 58-86.
- LEPETIT, L., Banques universelles et participations des banques dans le capital des entreprises. *Revue Économique*, 2003, 54, pp. 857-885.
- MATTOO A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role », *World Econ.* N° 23, 2000, pp. 351-354.
- MUNIN NELLIE, *Legal Guide to GATS*, Global Trade Law Series, vol. 31., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, 494 p.
- NORTON JOSEPH J., "Capital Adequacy Standards: A Legitimate Regulatory

- Concern for Prudential Supervision of Banking Activities?”, *Ohio State Law Journal*, 1989, n.4, pp. 1299-1304.
- PANOURGIAS LAZAROS E., *Banking Regulation and World Trade Law – GATS, EU and ‘Prudential’ Institution Building*, Hart Publishing, Portland, 2006, 272 p.
 - PETITJEAN M., “Biais comportementaux, aléa moral et juste réparation”, *RBF*, 1/2009, p. 63.
 - RAINELLI MICHEL, *L’organisation Mondiale du Commerce*, 9^e éd., Paris, la Découverte, 2011, 113 p.
 - RAINELLI MICHEL, *Le commerce international*, 11^e éd., Paris, la Découverte, 2009, 128 p.
 - RASQUAIN C., *Les enjeux d’une séparation des activités des banques de dépôt et des banques d’investissement*, Louvain School of Management, Université catholique de Louvain, 2015. Prom. : Henrard, Luc.
 - SAUNIER PH., “Organisations internationales à compétences monétaire et financière . Le Fonds monétaire international”, fasc. 135-3, *Juris-class.*, Droit international, spéc; n° 2.
 - SCHILDBACH, J., & SPEYER, B. (2013). La banque universelle : un modèle menacé malgré son succès. *Revue D’économie Financière*, 112(4), pp. 125-158.
 - TISON MICHEL, "Grensoverschrijdende activiteiten door Belgische kredietinstellingen: Draagwijdte en limieten van het Europees paspoort" in *20 ans de Loi bancaire - 1993-2013*, Cahiers AEDBF/EVBFR n° 26, Antwerpen, Anthemis, 2013, pp. 155-160.
 - TOBRELUITS T., *L’évolution de la comitologie dans l’Union européenne à travers la modernisation de la régulation des services financiers*, 94 p.
 - VERBOOMEN A., DE BEL L., *Bâle II et le risque de crédit; Les règles actuelles et leur évolution sous Bâle III*, Cahiers Financiers, Bruxelles, Larcier, 2011.
 - WYMEERSCH E., « The single supervisory mechanism or « SSM », part one of the banking Union », *Law working paper*, n° 240/2014, février 2014, spéc. n° 23.
 - YOKOI-ARAI MAMIKO, *GATS’ Prudential Carve Out in Financial Services and*

its Relation with Prudential Regulation, ICLQ vol. 57, July 2008 pp. 613–648, 36 p., <http://ssrn.com/abstract=1358619>.

- X., *Les récentes réformes de droit bancaire et financier: quel impact pour les établissements de crédit, leurs clients et leurs responsables?*, Bruxelles, Larcier, 2015, 270 p.
- ZACHARIAS D., "Part 1 – Scope and Definitions" in *WTO – Trade in Services; Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 38.