

Objet: Projet de loi relative à la surveillance des conglomérats financiers, portant transposition dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et dans la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances de la 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, 93/96/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.(2994BJO)

(Saisine : Ministre du Trésor et du Budget - 14 novembre 2005)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Résumé

Le projet de loi n°5520 a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la 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, (ci-après, la « Directive »).

Il transpose par ailleurs les modifications apportées par la directive 2002/87/CE aux directives 73/239/CEE (« première directive assurance non-vie »), 79/267/CEE (« première directive assurance vie »), 92/49/CEE (« troisième directive assurance non-vie »), 92/96/ CEE (« troisième directive assurance vie »), 93/6/CEE (« adéquation des fonds propres »), 93/22/CEE (« services d'investissement »), 98/78/CE (« surveillance complémentaire des groupes d'assurances ») et 2000/12/CE (« directive consolidant les directives sous rubrique sur l'accès à la profession pour les établissements de crédit »).

Les conglomérats financiers remettent en question l'organisation de la supervision en Europe. Jusqu'à présent, le contrôle de l'activité des conglomérats a été opéré de manière nationale et compartimentée. La diversification et la modification des risques financiers que permet l'effet de taille des groupes bancaires et d'assurance conduit à s'interroger sur les formes que doit prendre le contrôle de ces entités, l'évolution de la supervision prudentielle et de la coopération entre régulateurs nationaux.

La Chambre de Commerce reconnaît que le projet de loi sous rubrique, parallèlement au droit communautaire, opère une amélioration de la réglementation prudentielle, répondant au mouvement permanent d'innovation au sein des établissements financiers.

Le projet de loi sous avis effectuant une transposition fidèle de la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002, la « Directive », la marge de manœuvre de ses auteurs est forcément limitée puisqu'il opère un ajustement total de ses dispositions dans l'ordre juridique luxembourgeois. Il attribue ainsi à la CSSF et au Commissariat aux Assurances, (le « CAA »), la responsabilité en matière de surveillance complémentaire dans les domaines concernant la situation financière du conglomérat en général, l'adéquation des fonds propres en particulier, sur les transactions intragroupe ainsi que sur les dispositifs de contrôle interne et les procédures de gestion des risques mis en place au niveau du conglomérat financier.

En ce qui concerne les responsabilités imparties aux entités surveillées, la Chambre de Commerce approuve l'objectif de la Directive et du projet de loi d'encourager les banques et les établissements de crédit à renforcer leur capacité de mesure, de gestion et de couverture de leurs

risques afin de préserver leur solvabilité et renforcer leur stabilité financière. Du point de vue de la surveillance complémentaire, elle admet que le projet de loi sous rubrique n'intéresse qu'un nombre limité de conglomerats de droit luxembourgeois tombant sous la responsabilité des autorités de contrôle luxembourgeoises. Néanmoins, elle considère qu'il sera très difficile de mettre en œuvre en pratique le dispositif du calcul d'exigences minimales de fonds propres, dans ses aspects transfrontières, compte tenu des infrastructures techniques et administratives existant au niveau des entités surveillées.

Examinée sous l'angle des implications économiques sur les entreprises, la Chambre de Commerce exprime ses inquiétudes quant au fait que la surveillance complémentaire génère une charge administrative et des frais supplémentaires imposés à ces entités sans que cette surveillance n'ajoute nécessairement à la crédibilité d'établissements dont l'activité est déjà extrêmement réglementée et contrôlée.

Pour ces raisons, elle recommande l'adoption de solutions pratiques ménageant un juste équilibre entre la nécessité de garantir par un cadre légal la stabilité financière et la protection des investisseurs et celle de s'acquitter des contraintes déclaratives mises à la charge du secteur bancaire et des assurances.

Du point de vue des responsabilités imparties aux autorités de surveillance, en ce qui concerne le contrôle du respect du dispositif d'adéquation des fonds propres applicable aux banques et entreprises d'investissement, communément appelé « Bâle II » ou « Nouvel Accord de Bâle », la Chambre de Commerce considère que la mise en œuvre de cet objectif suppose une convergence des pratiques des contrôleurs entre l'UE et les pays tiers d'une part, au sein des Pays membres de l'UE, d'autre part. Par conséquent, elle est d'avis que les autorités de contrôle devront accroître leurs efforts de coordination et identifier la nécessité d'éventuels ajustements techniques à la lumière des résultats de la conduite parallèle de mise en place des dispositifs des accords Bâle I et Bâle II jusqu'à l'horizon 2006-2007.

En ce qui concerne les approches les plus avancées portant sur le risque de crédit et le risque opérationnel, prévues d'être introduites par la directive « Adéquation des fonds propres » au plus tôt dès le 1^{er} janvier 2007 pour les institutions qui feront ce choix, en tenant compte de la situation et du degré de sophistication du risque de crédit de leur entreprise, elle considère que celles-ci auront un impact plus important sur la compétitivité des économies européennes, notamment sur les grands groupes qui requièrent une structure de projet forte¹. En effet, les exigences en fonds propres auront pour objet d'affiner la sensibilité au risque, facilitant de ce fait une meilleure allocation des ressources en capital.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce estime que la surveillance complémentaire des secteurs réglementés censée être exercée par un coordonateur des contrôles sectoriels, engage la responsabilité de l'autorité coordinatrice pour la surveillance de risques qu'elle n'a pas contrôlés elle-même, mais dont elle a seulement assuré la coordination.

A la lumière de leurs textes fondateurs, elle rappelle les limites de la responsabilité des autorités de surveillance bancaire et d'assurance en matière de droit à réparation pour les dommages subis par des particuliers, dans le cas où ces autorités auraient omis de prendre les mesures concernant la protection des investisseurs. Concrètement un droit à réparation des particuliers n'est ouvert que dans l'hypothèse de négligence grave de la CSSF dans le cadre de sa mission de service public. Quant au secteur des assurances, la loi du 6 décembre 1991 se contente d'autoriser le CAA à prendre toutes mesures propres à sauvegarder les intérêts des assurés sans pour autant définir les limites de sa responsabilité dans ce domaine.

Compte tenu de ses remarques, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi.

¹ Circulaire CSSF 04/154 «Nouveau dispositif d'adéquation des fonds propres ».

Appréciation du Projet de loi

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	0
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	0
Simplification administrative	--
Impact sur les finances publiques	0

Appréciations:

0	:	neutre
-	:	défavorable
--	:	très défavorable

Considérations générales

La Directive à la base du projet de loi s'est fixé quatre objectifs qui sont les suivants:

- renforcer l'intégration des marchés financiers européens,
- préserver la stabilité du système financier européen,
- établir des règles communes pour la surveillance des conglomérats financiers en Europe,
- créer des conditions de concurrence égales (« level playing field ») et une sécurité juridique pour les établissements de crédit, les entreprises d'assurances et les entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier,
- renforcer la coopération entre les autorités de contrôle des trois secteurs financiers (assurances, banques, entreprises d'investissement), sans pour autant créer un handicap concurrentiel pour les groupes européens par rapport à leurs concurrents.

Les auteurs du projet de loi, motivés par le souci d'une réglementation meilleure (« better regulation »), se sont par ailleurs fixé le but ambitieux :

- d'éliminer les incohérences entre les régimes de surveillance sectoriels et le nouveau régime applicable aux conglomérats financiers de manière à prévenir l'arbitrage réglementaire,
- de combler les lacunes dans le dispositif de surveillance prudentielle, en particulier, certains types de groupes financiers ne sont pas pris en compte par les directives en vigueur : d'importantes questions prudentielles couvertes par les directives sectorielles (banques, assurances, investissement) ne sont pas réglementées au niveau des groupes financiers hétérogènes ; un même groupe financier peut tomber sous le coup de différentes directives sectorielles,
- d'éviter les doublons, synonymes de surcharge administrative et de surcoûts à la fois pour les établissements surveillés et leurs autorités de tutelle, et
- de garantir un traitement équivalent aux établissements surveillés, qu'ils fassent partie d'un groupe d'assurances, d'un groupe bancaire, d'un groupe d'entreprises d'investissement ou encore d'un conglomérat financier.

Dans la mesure où la présente consultation porte sur la question de savoir si la Directive est transposée de manière satisfaisante dans l'ordre juridique luxembourgeois, le présent avis se limite à la formulation d'observations générales.

1. Les conglomérats financiers – un défi pour le partage vertical classique des compétences réglementaires ?

Les objectifs poursuivis par les auteurs de la Directive et du projet de loi sous avis découlent directement de la volonté de réagir à l'évolution récente des marchés financiers internationaux et au mouvement important de concentration et de consolidation de plus en plus poussé du marché financier européen. Cette intégration a donné lieu à la création de groupes financiers trans-sectoriels, appelés « conglomérats financiers » tels que définis sous l'article 2 paragraphe 14 de la Directive et sous l'article 51-9 paragraphe 5 du projet de loi.

Ces conglomérats fournissent des produits et des services relevant de plusieurs des trois piliers ou secteurs réglementés classiques qui sont ceux des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement. Certains conglomérats financiers comptent parmi les plus grands acteurs au niveau mondial.

Enfin, il convient de noter qu'à leur tête se trouve souvent une société qui soit relève d'un des trois secteurs, et qui se trouve parfois en dehors de la Communauté européenne, soit n'est ni un établissement de crédit, ni une entreprise d'assurances, ni une entreprise d'investissement, mais tout au plus un établissement financier sous forme de « holding » détenant des participations importantes dans (ou étant autrement lié) à des sociétés des secteurs réglementés.

Pour illustrer ce constat, la Chambre de Commerce renvoie au second considérant de la Directive qui, comme le relève le Conseil, reconnaît notamment qu'aucune forme de surveillance prudentielle consolidée n'existe encore qui permette aux autorités de surveillance d'obtenir une vue d'ensemble des risques encourus par les établissements de crédit, les entreprises d'assurance et les entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat.

En effet, le Conseil étant d'avis que si ces entreprises étaient confrontées à des difficultés financières, le système financier pourrait en être gravement perturbé, avec des répercussions négatives pour les déposants, les preneurs d'assurance et les investisseurs, il a donc paru nécessaire de combler les lacunes existant dans le domaine de la surveillance sectorielle, notamment en ce qui concerne la solvabilité, la concentration des risques, les transactions intragroupe, les modalités de gestion des risques au niveau du conglomérat, l'honorabilité et la compétence de leur direction.

La Chambre de Commerce approuve partant la nécessité annoncée par la Commission des Communautés européennes dans son plan d'action² de mettre en œuvre un cadre législatif relatif à la surveillance complémentaire des conglomérats financiers.

Etant donné que l'objectif de l'action envisagée « *ne peut-être réalisé de façon suffisante par les Etats membres et peut donc en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire* », elle reconnaît les avantages que présente l'instauration d'un régime de surveillance prudentielle spécifique des conglomérats financiers. Dans ce contexte, elle approuve l'adaptation au Luxembourg de certaines dispositions existantes en matière de surveillance prudentielle applicable aux établissements de crédit et sociétés d'investissement (la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, ci-après, la « Loi du 5 avril 1993 ») ainsi qu'aux groupes d'assurance (la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, ci-après, la « Loi du 6 décembre 1991 »), aux nouvelles règles communautaires, dans le but tant de protéger les consommateurs, les déposants et les investisseurs que de dynamiser le marché financier européen.

² Plan d'action pour les services financiers - Com (1999) 232 final

2. La surveillance complémentaire et le « coordonateur » – du « Vieraugenprinzip » vers le « Vielaugenprinzip » ?

La globalisation financière n'étant pas uniquement un phénomène géographique mais également un phénomène mouvant d'effacement des frontières juridiques, il résulte de ce phénomène que les structures des conglomérats sont souvent complexes.

La Chambre de Commerce observe que l'actionnariat d'influence majoritaire ainsi que la société faîtière du conglomérat ou plus généralement une partie de la structure peuvent ne pas appartenir à un des secteurs réglementaires ou bien se trouver en dehors des frontières de l'Union européenne.

Par ailleurs, elle note que le centre de contrôle effectif des branches d'activité de ces groupes de sociétés peut ne pas nécessairement coïncider avec la structure apparente.

Or, les directives européennes sur la surveillance individuelle, sous-consolidée et consolidée au niveau des trois secteurs de surveillance prudentielle sont en principe conçues selon un modèle vertical basé sur l'hypothèse que la société surveillée (soit en tant qu'entité individuelle, soit en tant que société faîtière d'un groupe) se trouve sur le territoire d'un des Etats membres.

Ainsi, l'autorité compétente pour la surveillance consolidée est donc en principe celle de l'Etat membre où se trouve la société faîtière, ou, si cette société ne relève pas d'un secteur réglementé, celle de l'Etat où se trouve le maillon le plus important de la chaîne des sociétés relevant d'un secteur réglementé. La surveillance consolidée existant à côté de la surveillance non-consolidée ou sous-consolidée, la Chambre de Commerce considère par conséquent que conformément au régime communautaire jusqu'à présent en vigueur, la surveillance des secteurs réglementés était prioritairement organisée selon une sorte de principe du contrôle à quatre yeux (« Vieraugenprinzip »), combinant les deux yeux de l'autorité de surveillance non-consolidée qui est sur place) avec ceux de l'autorité de surveillance consolidée qui dispose d'une vue d'ensemble.

Elle estime néanmoins que les anciennes règles en matière de surveillance consolidée connaissent déjà, aussi bien que de façon additionnelle, une surveillance horizontale. Cependant, elle admet que la surveillance prudentielle exercée jusqu'à présent au niveau national restait toujours une surveillance consolidée sectorielle à partir du pays où se trouve la société réglementée la plus importante du groupe sur le groupe entier, y compris les « compagnies financières » et les « compagnies mixtes » non réglementées se trouvant à la tête d'un groupe financier. De plus, dans un but de clarification juridique, il convient de noter que les compagnies financières et compagnies mixtes concernées auxquelles s'applique cette surveillance prudentielle au Luxembourg, sont définies aux articles 48 et 51-2 de la Loi du 5 avril 1993.

Le droit de surveillance du secteur des assurances connaît des règles similaires, tout en utilisant des termes différents, à savoir les « sociétés holding d'assurance » ainsi que les « sociétés holding mixte d'assurance » définies aux lettres ee) et ff) du premier alinéa, sous le point z) de l'article 25 de la Loi du 6 décembre 1991.

Quant à la forme que revêt aujourd'hui cette surveillance, la Chambre de Commerce relève que les auteurs de la Directive se sont largement inspirés du modèle de surveillance sectoriel et ont opté pour une supervision qualifiée par la Directive de « complémentaire ». Cette surveillance est de facto souvent horizontale et donc pas nécessairement exercée à partir du pays où se trouve la société faîtière du conglomérat. Elle s'effectue à partir du pays où un établissement de crédit, une société d'assurance ou une entreprise d'investissement a son siège social, lorsque cette entreprise faisant partie du conglomérat y revêt une certaine importance.

Quant à l'hypothèse dans laquelle la société faîtière du conglomérat se trouve en dehors de la Communauté européenne, il convient de noter également que cette surveillance complémentaire s'appliquerait également à ce cas de figure.

En résumé, la Chambre de Commerce prend note du fait que dans le contexte d'un système financier mondial toujours plus intégré, la Directive introduit un degré supplémentaire de supervision s'imposant à la superposition existante des surveillances non-consolidée, sous-consolidée et consolidée des entreprises réglementées, tout en laissant subsister les trois piliers de surveillance sectoriels.

3. Entre Scylla et Charybde – les entreprises réglementées face à la responsabilité des autorités de surveillance et leurs compétences partagées

Considérant l'approche flexible dont ont fait preuve les rédacteurs de la Directive, retenue dans le projet de loi sous avis à l'égard de la répartition des compétences des autorités de surveillance compétentes des Etats membres³, la Chambre de Commerce appelle le législateur à tenir compte des implications que ces nouvelles dispositions emportent en terme de tâches administratives additionnelles, mises à la charge non seulement des autorités de surveillance mais également des entreprises concernées.

En premier lieu, il convient de souligner une évidence qui est celle relative aux pouvoirs des autorités prudentielles nationales compétentes de recevoir des informations et d'imposer leur contrôle sur des entités se trouvant en dehors du territoire du siège de l'autorité de surveillance. S'il est évident qu'un tel contrôle est plus difficile à effectuer en dehors du territoire propre de l'autorité de surveillance, les difficultés deviennent encore plus grandes si l'entité surveillée se trouve en dehors des territoires des Etats membres. Sur ce point précis, le secteur bancaire redoute de se voir confronté à des demandes d'information de la part des autorités de surveillance qui seraient regroupées et relayées à travers l'entité luxembourgeoise du groupe.

a) Point de vue des entités surveillées

La Chambre de Commerce est d'avis que cette surveillance ne semble a priori strictement rien ajouter à la crédibilité des établissements déjà réglementés, à savoir les établissements de crédit, les autres professionnels du secteur financier et les sociétés d'assurance du fait qu'elle s'attache purement et simplement au risque mentionné à plusieurs reprises dans le texte du projet de loi sous avis, de « contagion » d'une branche d'activité par la défaillance d'une autre, respectivement en matière de concentration de risques (article 51.14 (1) alinéa 2) et de transactions intragroupe (article 51.15 (1) alinéa 2) ou encore des pratiques de « transfert de risques » d'un pays à l'autre (notamment hors EU).

Dans ce contexte, elle tient à exprimer clairement son inquiétude quant au fait que le régime introduit par la Directive et transposé dans le présent projet de loi a pour conséquence de prendre pour cible les entreprises réglementées. En effet, elle déplore une tendance persistante qui semble se confirmer avec le temps, consistant à confier aux entreprises réglementées des tâches dont l'objet demeure étranger à l'activité principale de ce secteur.

Pour illustrer cette thèse, la Chambre de Commerce attire l'attention des auteurs du projet de loi sur la législation communautaire en cours d'élaboration, par exemple celle relative à la proposition de directive sur la protection des consommateurs, à propos de laquelle les entreprises réglementées seraient censées jouer le rôle d'« éducateurs » des consommateurs. Par conséquent, elle exprime ses réticences quant au fait que ces entreprises seraient supposées agir comme vecteur de contrôle de leurs propres actionnaires sur un territoire dont l'étendue a une dimension extraterritoriale puisqu'il dépasse le cadre national.

Compte tenu des règles de « reporting » ordinaire ainsi que des nouvelles règles imposées par les accords Bâle II et l'introduction des normes comptables internationales IFRS, pour les établissements de crédit, la Chambre de Commerce relève que ces accords internationaux ont pour effet d'accroître considérablement les obligations de « reporting » internes et externes

³ cf. les nouveaux articles 51-17 à 51-26 de la Loi du 5 avril 1993

auxquelles auront à faire face les entités réglementées, leur imposant de ce fait une charge administrative intolérable et sans fondements.

La Chambre de Commerce considère donc que la pression concurrentielle croissante qui résulte de l'élargissement de l'UE, combinée à une libéralisation poussée du marché unique, emportent des obligations pour les établissements de crédit qui ne sont pas dépourvues d'incidences économiques et qui font notamment peser de sérieuses menaces sur la rentabilité de certaines entreprises.

De plus, d'une manière générale, elle estime abusives les conséquences de ces dispositions pour les entreprises réglementées, tendance que d'aucuns appellent d'ores et déjà « sur réglementation » consistant à devoir répondre et gérer des demandes d'informations additionnelles concernant des sociétés mère, grand-mère ou appartenant à un degré de parenté encore plus lointain dans le groupe.

Elle s'accorde à reconnaître que cette crainte est quelque peu atténuée par l'article 51-18, alinéa 3 du projet de loi sous avis qui prévoit que les besoins d'informations sont « *dans la mesure du possible* » satisfaits par un échange d'informations entre autorités de surveillance. De surcroît, il convient de souligner que l'expression « *dans la mesure du possible* » utilisée sous cet article, n'est en aucun cas définie dans le texte. D'autre part, il ressort des articles 51-21 et 51-22 du projet de loi que l'obligation des autorités luxembourgeoises du groupe ne subsiste que de façon subsidiaire et qu'au terme du quatorzième (14^{ième}) considérant de la Directive, l'échange d'informations avec des autorités de pays tiers ne se fait que sur base de réciprocité.

Au-delà des réserves exprimées ci-avant, la Chambre de Commerce convient de la nécessité d'accepter l'alternative d'un organe de surveillance supranational, un « super regulator » dont la compétence sera inévitablement incomplète car, limitée au cadre juridique de l'Union européenne et considère partant que la solution retenue constitue de loin le moindre mal.

b) Point de vue des autorités de surveillance

Si d'une manière générale, la Chambre de Commerce soutient la mesure contenue sous l'article 10 de la Directive concernant la mise en place d'une autorité de surveillance supranationale (le coordonateur), elle estime qu'il convient de ne pas nier le fait que la séparation des trois piliers de surveillance nécessite, dans le cas des conglomérats, une coordination renforcée entre autorités compétentes.

Tout en relevant que les directives existantes prévoyaient déjà des surveillances horizontales sur les holdings sectorielles, elle constate que celles-ci restaient néanmoins toujours sectorielles et ne permettaient guère une vue d'ensemble sur les activités totales d'un conglomérat. La surveillance ne s'étendait pas non plus vraiment aux activités transfrontalières des conglomérats financiers dépassant les frontières de l'UE. Pour ce qui concerne ce dernier cas en particulier, la Chambre de Commerce est convaincue qu'une coopération et une coordination renforcées non seulement entre autorités de surveillance européennes mais également avec celles des pays tiers s'imposent, en ce sens qu'elles correspondent à un besoin tout à fait évident.

Si la Directive dote donc les autorités de surveillance de larges compétences en matière de négociation et d'échange d'informations avec les autorités d'autres Etats membres et, sous condition de réciprocité, avec les pays tiers et crée la possibilité de désigner une autorité coordinatrice entre autorités sectorielles et d'origine géographique différente, elle parvient à la conclusion que cette situation est la conséquence logique de l'approche choisie.

Du point de vue des autorités de surveillance et du contrôle prudentiel, la Chambre de Commerce est d'avis que ce principe du contrôle à quatre yeux, « Vieraugenprinzip », comporte le double avantage d'un « rapprochement » du contrôleur vis-à-vis de l'entité contrôlée ainsi que d'une multiplication des contrôles. A l'inverse, elle admet que ce principe augmente aussi le risque

d'un « morcellement » des contrôles et, par voie de conséquence de la responsabilité de l'autorité coordinatrice pour la surveillance de risques qu'elle n'a pas contrôlés elle-même mais dont elle a seulement assuré la coordination. A cet égard, elle se permet de rappeler qu'un certain nombre de pays européens ont déjà exprimé leurs préoccupations par rapport à ce risque.

L'arrêt Peter Paul c/ République fédérale d'Allemagne de la CJCE⁴ a permis de dégager la conclusion que si les directives européennes relatives au droit bancaire citent dans leurs considérants la nécessité d'assurer la protection des investisseurs, elles ne confèrent pas pour autant aux particuliers le droit d'exiger de l'organe de surveillance bancaire, l'établissement de mesures de surveillance adéquates ni de le tenir pour responsable en cas de faute pour les dommages subis par ces derniers du fait des violations du droit communautaire.

Dans le contexte des conclusions de cet arrêt, la Chambre de Commerce souligne qu'une étude⁵ réalisée a mis en évidence le fait qu'un nombre important d'Etats membres de l'Union européenne ont exclu la responsabilité de leurs autorités de surveillance. Cette exclusion couvre non seulement les cas de négligence comme c'est le cas pour le Luxembourg au terme de l'article 20 paragraphe 2 de la loi du 23 décembre 1998 portant création de la Commission de Surveillance du Secteur Financier, mais également et de façon fréquente, le cas de négligence grave. Il est intéressant de relever que certains Etats comme l'Allemagne, ont même tenté d'exclure la responsabilité pour « mauvaise foi ».

Commentaire des articles

1. Le champ de définition des conglomérats financiers - Définitions

Concernant l'article 1^{er}, section 1, nouveaux articles 51-9 et 51-10 de la Loi du 5 avril 1993, sections 2, 7, 8 et 17 : modification d'articles de la Loi du 5 avril 1993, Concernant l'article 2, section 1 : nouvel article 79-9, de la Loi du 6 décembre 1991, section 2 : modification de l'article 25 de la Loi du 6 décembre 1991

Les sections 1 des articles 1^{er} et 2 du projet de loi ont trait aux dispositions nouvelles de surveillance concernant les conglomérats financiers, tandis que les sections 2 et suivantes desdits articles concernent des modifications des dispositions légales existant dans les divers secteurs réglementés. La Chambre de Commerce limite ses commentaires, sauf quelques remarques générales, aux seules dispositions concernant la Loi du 5 avril 1993.

Elle constate avec satisfaction que, pour sa partie « nouvelle », la Directive n'a pas introduit une terminologie différente pour décrire, dans les différents secteurs réglementés concernés, des termes tels qu'un « *conglomérat financier* » ou d'autres termes utilisés.

Sur ce point, elle souligne qu'il existe donc une harmonisation intersectorielle des termes au niveau de la section 1 des articles 1^{er} et 2 du projet de loi sous avis.

Quant aux parties de la future loi modifiant d'anciennes dispositions des lois relatives aux secteurs concernés, elle observe que les auteurs de la Directive 2002/87/CE n'ont pas profité de l'occasion pour harmoniser, au niveau intersectoriel, les différents termes utilisés et les définitions données pour désigner la même chose : ainsi une « *compagnie financière holding* », respectivement une « *compagnie holding mixte* » dans le secteur bancaire ne semblent pas

⁴ Affaire C-222/02, arrêt du 12 octobre 2004, concernant la question de savoir si le droit communautaire contient une obligation pour les autorités de surveillance de prendre en considération, lors de leurs activités de surveillance, les intérêts d'un tiers (ici : la responsabilité d'une autorité de surveillance vis à vis d'un déposant, pour le fait qu'une banque sous sa surveillance n'ait pas adhéré à l'association pour la garantie des dépôts de son pays d'établissement).

⁵ Michel Tison, « Do not attack the watchdog !, Banking supervisors liability after Peter Paul », Common Market Law Review 42, 639-675, 2005.

vraiment se distinguer, sauf l'appartenance à un secteur différent, d'une « *société holding d'assurances* » respectivement d'une « *société holding mixte d'assurances* ».

Plus généralement, la Chambre de Commerce voudrait relever dans le contexte des définitions, que la nouvelle approche législative a, à plusieurs reprises permis de vérifier que les mêmes termes sont utilisés pour désigner des choses différentes dans des lois différentes - toutes réglementant le secteur financier - ou encore dans plusieurs chapitres à l'intérieur d'une même loi, constitue, selon elle, ce qui constitue une approche dangereuse. Elle est d'avis qu'une telle approche rend le texte illisible et incompréhensible.

Ainsi, pour illustrer ce commentaire, le terme « *autorité compétente* », utilisé à l'article 42 de la Loi du 5 avril 1993, se trouve répliqué au nouvel article 51-9 (1), bien que la définition y soit différente. Les définitions des termes « *entreprise mère* » et « *filiale* » aux articles 48 et 51-1 de la Loi du 5 avril 1993 sont différentes de celle de l'article 51-9 (10) et (14) nouveau de la même loi, bien que toutes les définitions se trouvent dans la partie III de la loi intitulée : La surveillance prudentielle. En ce qui concerne le terme « *participation* », le texte (article 1er point 9) prévoit une adaptation de la définition de l'article 48, mais au prix d'une divergence nouvelle avec l'article 18 de la loi du 17 juin 1992 relative aux comptes annuels et consolidés des établissements de crédit. Bizarrement, mais en conformité avec la Directive, les numéros 16 et 17 du même nouvel article 51-9 contiennent encore deux définitions différentes du terme « *participation* ».

Article 51-10 paragraphes 1^{er}, 2, et 3, 1^{er} alinéa

En ce qui concerne la notion de conglomérat, la Chambre de Commerce observe que le texte du Projet de loi sous avis transpose très fidèlement la Directive et retient de manière analogue partant, trois seuils :

- un seuil de 40 pour cent (40%) qui fixe l'importance des entreprises du secteur financier au sein du groupe (article 51-10 paragraphe 1) ;
- un seuil de transactionnalité de dix pour cent (10%) qui fixe la part de l'activité financière la plus petite par rapport à la plus importante dans un conglomérat (article 51-10 paragraphe 2) ;
- un seuil de risque systémique lorsque le bilan du plus petit secteur financier dépasse six (6) milliards d'euros (article 51-10 paragraphe 3).

Ces seuils qui définissent l'identification d'un conglomérat sont tout à fait inédits. A cet égard, la Chambre du Commerce souligne le fait qu'une couche de surveillance complémentaire liée à l'apparition de nouveaux risques résultant de l'existence de conglomérats est introduite afin de pallier à l'absence dans la législation en vigueur - en dépit de surveillances sectorielles - d'une surveillance prudentielle *entre* les différents de l'activité financière et d'assurance.

2. Les règles prudentielles applicables

Concernant l'article 51-13 paragraphes 1 et 2

En relation avec la mission assignée aux organismes de surveillance de veiller à minimiser le profil de risque légal des établissements surveillés, la Chambre de Commerce souligne le parallélisme de la réforme engagée par la Commission européenne et le Comité de Bâle, ce dernier envisageant un calcul d'exigences minimales en fonds propres (premier pilier) et un processus de surveillance renforcé (deuxième pilier).

En matière de règles d'adéquation des fonds propres, la Directive (Article 6 paragraphe 2) vise une adaptation minimale des règles sectorielles existantes en la matière et laisse à chaque Etat membre la liberté de choix entre les trois méthodes techniques de calcul (ou la combinaison des trois, telles que définies à l'Annexe I de la Directive) des exigences complémentaires en matière d'adéquation des fonds propres pour les entités réglementées appartenant à un conglomérat financier.

Dans cette perspective, la Chambre de Commerce croit utile de rappeler que les circulaires CSSF 2000/10 et CSSF 2000/12⁶ concernant les établissements continueront d'être d'application au minimum jusqu'au 31 décembre 2006 et jusqu'au 31 décembre 2007 pour les entreprises qui choisiront de continuer à s'y conformer en vertu du régime optionnel introduit par la Capital Requirements Directive, dans l'attente d'une nouvelle circulaire CSSF de transposition, devant remplacer les circulaires 2000/10 et 2000/12.

De manière analogue, en ce qui concerne le contrôle des transactions intergroupe et la concentration des risques, elle note que la Directive renvoie aux Etats membres le soin d'en déterminer les modalités. Dans cette perspective, il convient de préciser que les seuils à partir desquels les activités d'un groupe sont considérées comme s'exerçant principalement dans le domaine financier seront fixés par voie de deux autres circulaires CSSF, risques intragroupe et concentration des risques.

La Chambre de Commerce réitère ses réserves quant à la pertinence d'imposer un contrôle prudentiel complémentaire sur les entités réglementées appartenant à un conglomérat, dans l'hypothèse de contagion de risques d'un secteur vers un autre secteur ou d'un transfert de risques d'un pays vers un autre pays, étant donné que ces entités ont fait l'objet d'un agrément préalable au niveau de leur secteur respectif.

En application des dispositions de l'Annexe II de la Directive, lequel laisse toute latitude au coordonateur de déterminer quelles seront les catégories de transactions intergroupes et de risques que les entités réglementées d'un conglomérat devront notifier, la Chambre de Commerce tient à souligner que le projet de loi sous avis institue un régime de déclaration pour toute transaction intragroupe dont le montant est supérieur à 5 pour cent (5%) des fonds propres du conglomérat. A cet égard, elle précise qu'une obligation de notification analogue ne s'imposait jusqu'à présent pour le secteur bancaire qu'en matière de grands risques.

3. Champ d'application de la surveillance complémentaire et situation financière

Concernant les articles 51-12 à 51-19

A l'évidence, la Chambre de Commerce constate que la surveillance complémentaire s'exerce de façon plus ou moins rapprochée se traduisant par des variations importantes de ce principe selon que la CSSF exerce la fonction de coordonateur ou non et, selon que la holding du conglomérat ou que les personnes exerçant le contrôle sur celui-ci se trouvent dans un pays tiers (nouveaux articles 51-12 (2), (3) et (4) et 51-17 et suivants de la Loi du 5 avril 1993). A cet égard, il convient de noter qu'il est cependant possible de déroger par voie d'accords bilatéraux ou multilatéraux avec d'autres autorités de surveillance, à la règle de principe de la surveillance consolidée en vertu de laquelle la surveillance complémentaire s'exerce dans l'Etat membre dans lequel se trouve la plus grande entité d'un groupe.

Article 51-17 paragraphe 3, 2^{ième} alinéa

La désignation d'un coordonateur des contrôles sectoriels censé assumer le rôle pilote dans la supervision du conglomérat financier, la Chambre de Commerce note que celle-ci se fonde sur des règles prédéfinies par la Directive et qu'une désignation par voie d'accord ne devrait intervenir qu'en cas de difficultés dans l'application des règles.

⁶ CSSF 2000/10 et CSSF 2000/12 concernant les entreprises d'investissement de droit luxembourgeois et les succursales d'entreprises d'investissement d'origine non communautaire.

Article 51-15

En ce qui concerne les méthodes de surveillance, la Chambre de Commerce relève que le contrôle des transactions intragroupe visé par ce nouvel article de la Loi du 5 avril 1993 semble constituer une nouveauté.

4. La coopération entre les autorités de contrôle

Concernant les articles 51-17 à 51-26

La Chambre de Commerce voudrait renvoyer, concernant ces dispositions, à ses commentaires généraux contenus aux points 1 à 3 des Considérations générales de son avis et notamment à ses explications concernant la « canalisation » ou le transfert de demandes d'informations via les entreprises luxembourgeoises, ainsi que la responsabilité du coordonateur.

Article 51-19 paragraphe 1^{er} dernier alinéa

En complément de l'obligation de coopérer et d'échanger avec les autorités compétentes impliquées dans la surveillance complémentaire d'un conglomérat financier, cette disposition laisse la possibilité à la CSSF d'échanger des informations avec les banques centrales des Etats membres, le système européen des banques centrales et la Banque centrale européenne, (la « BCE »).

A ce titre, la Chambre de Commerce estime qu'une définition plus précise des modalités de l'échange d'informations de la Banque centrale du Luxembourg, (« BCL ») avec les autorités compétentes étrangères devrait être élaborée.

Dans cette perspective, elle observe qu'au Luxembourg, la CSSF créée par la loi du 23 décembre 1998, assume la supervision des intermédiaires et des marchés financiers, à l'exception des compagnies d'assurance. Elle rappelle comme le fait le Conseil d'Etat dans son avis du 1^{er} décembre 1998⁷, la volonté de ses auteurs de viser une stricte séparation des fonctions monétaires et des fonctions de surveillance prudentielle du secteur financier en deux entités distinctes, à savoir la BCL et la CSSF et de conférer une stricte indépendance à la BCL. De telle sorte qu'il n'existe pas jusqu'à aujourd'hui de coopération avec la BCL.

Or, aujourd'hui l'émergence de conglomérats et l'intensification de la concurrence entre les différents secteurs financiers est un argument qui plaide en faveur d'une participation des banques centrales à la surveillance de ces conglomérats aux structures complexes susceptibles de poser des problèmes d'ordre systémique et donc de la nécessité de leur participation au contrôle prudentiel. La Chambre de Commerce est convaincue qu'il apparaît en effet clairement qu'une vision globale de la zone euro s'impose d'autant plus que les activités de ces grands groupes financiers aux structures complexes peuvent influencer les marchés monétaires et de capitaux ainsi que les systèmes de paiement et de règlement bien au-delà des frontières nationales⁸.

Par conséquent, elle encourage vivement les entités concernées, la CSSF d'une part et la BCL et les banques centrales d'autre part, à intensifier leur collaboration dans ce domaine.

⁷ Loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

⁸ www.bcl.lu/press_release, Banque centrale du Luxembourg, « Le rôle des banques centrales en matière de contrôle prudentiel », 22 mars 2001.

5. Adaptations des dispositions existantes

Concernant l'article 1^{er} sections 2 à 26

Outre les points déjà mentionnés, la Chambre de Commerce constate que le contrôle de transactions intragroupe est étendu au contrôle sectoriel « horizontal » des établissements de crédit et des entreprises d'investissement sur des « *compagnies holding mixtes* » (article 1^{er} points 13 et 21).

Par ailleurs les personnes dirigeant les affaires d'une « compagnie financière holding » doivent être autorisées par la CSSF.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le présent projet de loi.

BJO/TSA