

## Contribution n° 2 : Un mécanisme juridique de résolution des défaillances bancaires

Par Marie-Anne Frison-Roche, professeur des Universités.

**Concernant le mécanisme juridique de résolution des défaillances bancaires**, il convient de réagir contre l'incomplétude actuelle du droit. En effet, la défaillance d'une banque est l'une des hypothèses centrales du système bancaire, qu'il s'agisse de l'éviter en *ex ante* ou qu'il s'agisse de la gérer en *ex post*. Dès lors, il n'y a de système bancaire efficace que s'il dispose d'un droit des procédures collectives (jadis « droit de la faillite ») qui lui soit adéquat, c'est-à-dire adapté en tant que l'entreprise en question est spécifique parce qu'elle est une banque, en ce que ses créanciers sont spécifiques en ce qu'ils sont déposants ou actionnaires, en ce que le garant est spécifique (système de solidarité bancaire, État).

La Commission européenne en a désormais pleinement conscience et a le 6 juin 2012 proposé une directive pour établir un cadre « pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement ». La Commission européenne reconnaît qu'il manque encore une pièce à l'Union bancaire européenne, notamment son système de supervision ne peut être détaché de son système de traitement des défaillances. Par exemple, le retrait d'agrément que la Banque centrale européenne (BCE) pourra décider entraînera de ce seul fait défaillance. Il est donc urgent de concevoir d'une façon intégrée les modes de résolution des défaillances. Les orientations principales du projet de la Commission vont dans le bon sens, notamment l'ordre de répartition des pertes.

Mais, pour l'instant, les textes européens n'ont abordé que d'une façon très partielle les « faillites bancaires » par une directive ancienne concernant surtout les groupes bancaires transfrontaliers et contenant des règles de procédure. C'est pourquoi jusqu'ici la Commission européenne a surtout utilisé le *corpus* juridique arrivé à pleine maturité en droit de l'Union européenne, à savoir le droit de la concurrence. Ainsi, lorsque des banques majeures, souvent de dimension transfrontalière, sont devenues défaillantes, la Commission européenne, a agi avant tout de façon prétorienne, en acceptant ou en rejetant les plans successifs de redressement que lui présentaient les dirigeants de la banque concernée. C'est en réalité une sorte d'arrangement entre la Commission et la banque pour obtenir l'autorisation de celle-ci, cette autorisation étant formulée au regard du principe de concurrence devant exister entre les banques. Cela ne pouvait se dérouler autrement, faute de mécanismes complets sur la résolution des défaillances des banques, surtout si celles-ci sont systémiques. Mais cela est inadéquat car le secteur bancaire est régulé, n'a pas pour premier principe la concurrence et le traitement de la défaillance ne doit donc pas se faire selon des écritures successives de plans, co-écrits *in fine* avec la Commission européenne qui préserve avant tout la concurrence, alors que même d'autres intérêts sont en jeu.

C'est pourquoi la directive proposée par la Commission le 6 juin 2012 est beaucoup plus adaptée et s'insère dans les autres réformes qu'elle propose, notamment celle relative à la supervision, proposée le 12 septembre 2012. En effet, le mécanisme est basé sur l'idée que le secteur bancaire est spécifique, et dans ses acteurs et dans son activité. A partir de là, en conformité avec l'esprit de l'évolution du droit de l'Union européenne, le mécanisme juridique de résolution des défaillances bancaires doit être pensé non plus comme une exception à ce qui demeurerait les principes généraux d'une part du marché concurrentiel et d'autre part de la faillite des entreprises ordinaires, mais comme une pièce intégrée du droit du secteur bancaire systémique, dans un *continuum* entre supervision (c'est-à-dire prévention des difficultés) et résolution des difficultés.

Comme le prévoit le projet de directive précité, les conséquences financières de la défaillance bancaires doivent être hiérarchisées quant à ceux qui les supportent : tout d'abord, les actionnaires, puisqu'ils sont titulaires du titre risqué qu'est l'action ; puis les déposants, si la somme qu'ils détiennent excède celle garantie par le fond des dépôts et pour la part excédant ce plafond de garantie ; enfin, la garantie de l'État.

Allant au-delà du projet de directive qui s'en rapporte à la bonne volonté des différents États membres, cet ordre doit s'imposer par une norme européenne. En effet, cet ordre doit être impératif, le même dans l'Europe entière, connu de tous et prévu par un texte de l'Union européenne ; il ne doit pas être laissé à la discrétion de l'organisme qui traite des difficultés de l'entreprise défaillante. Les créanciers endurent aussi les conséquences d'un redressement bancaire par le biais d'un éventuel d'un plan qui retarde le paiement de leurs créances exigibles, mais cela ne doit pas être le mode ordinaire et privilégié de résolution.

D'une façon plus audacieuse que ne le prévoit le projet de directive précité, le traitement des défaillances des banques systémiques doit en outre être confié, non pas aux autorités nationales, même *ad hoc*, mais à la BCE. Pour l'instant, seule est prévue par le projet européen une médiation de l'*European Banking Authority* (EBA) lorsqu'un groupe bancaire transfrontalier est concerné, ce qui est insuffisant, et met en premier critère celui de l'espace géographique, alors que c'est le caractère systémique de la banque en difficulté qui doit être le premier critère pertinent. En effet,

en raison du *continuum* qui existe entre prévention des difficultés et traitement de celles-ci, il est logique que ce soit le même organisme qui soit en charge de l'un et de l'autre, ce qui conduit à proposer de confier la tâche de résolution des difficultés des banques systémiques à la BCE, puisqu'elle a déjà la tâche de prévenir leurs difficultés. Il est vrai que cela « juridictionnalise » la BCE, qui devient alors comme un tribunal de commerce dans le traitement des difficultés. Mais cela fût un temps proposé pour le FMI concernant le traitement des difficultés des États, et la Commission européenne a tantôt des fonctions administratives et tantôt des fonctions juridictionnelles. Il est vrai que la BCE a en outre un pouvoir monétaire et qu'il y a donc concentration des pouvoirs, mais cela est un gage d'efficacité et il conviendra d'être très vigilant sur la garantie des droits fondamentaux de procédure, le Tribunal de première instance de l'Union européenne puis la Cour de justice de l'Union européenne étant les contre-pouvoirs de la BCE puisque les décisions à portée individuelle de celle-ci pouvant être attaquées devant celles-ci.

Ainsi, de la même façon que pour la supervision (cf. le rapport *supra*), on peut préconiser un système à deux niveaux, un traitement des difficultés au niveau national confié aux autorités bancaires (ce qui existe déjà, mais en renforçant les pouvoirs des autorités) lorsque les banques ne sont pas systémiques, et un traitement des difficultés au niveau européen confié à la BCE lorsque la banque est systémique (ce qui n'existe pas), le critère n'étant pas géographie (notamment pas le caractère transfrontalier ou non de la banque) mais le critère majeure de la régulation et de la supervision, à savoir le caractère systémique ou non de l'établissement.

De la même façon, la Commission européenne ayant proposé le 12 septembre 2012 de confier à la BCE la supervision des banques européennes, y compris dans un pouvoir de sanction pouvant aller jusqu'au retrait d'agrément, ce qui entraîne *ipso facto* une défaillance de l'établissement qui ne peut plus exercer son activité, on peut proposer d'aller plus loin que les actuels projets et de confier à la BCE, dans ce qui serait son pouvoir juridictionnel de traitement des difficultés d'une banque systémique, un pouvoir très général de sanction.

En effet, la sanction étant un instrument essentiel de la régulation et de la gouvernance, la BCE ne devrait pas seulement être titulaire du pouvoir de formuler des blâmes, observations, recommandations, etc. à l'encontre de la personne morale, mais encore s'il y a défaillance et constatation de manquements et de fautes, pouvoir d'engager la responsabilité des dirigeants de la banque, à travers des dommages et intérêts ou/et des amendes administratifs, ainsi que pouvoirs de transmettre des informations à des autorités nationales, pénales ou administratives, notamment aux autorités nationales de régulation et de supervision.

Il va de soi que l'ensemble de ces pouvoirs ne pourraient s'exercer que dans un strict respect des garanties de procédure des personnes physiques et morales concernées, comme l'accès au dossier, les droits de la défense, etc.

De la même façon, étant rappelé que ces pouvoirs ne s'exercent que concernant les banques systémiques, la BCE doit pouvoir, lorsqu'il y a défaillance d'une banque, nommer en cas de nécessité un administrateur provisoire. Celui-ci pourra convoquer le conseil d'administration, l'assemblée générale, établir l'ordre du jour, etc., ce qui peut conduire à des remplacements de dirigeants sociaux, lesquels disposent des mêmes garanties de procédure que celles précitées. En cas d'urgence, la BCE pourrait directement décider de telles mesures.

Il est acquis que toutes ces décisions prises pourraient, selon le droit commun et le principe fondamental du droit au juge, être attaquées devant le Tribunal de première instance de l'Union européenne, puis la Cour de justice de l'Union européenne.