

Les “imprévus” de la Résolution bancaire

PRMIA

Paris, 25 juin 2015

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

Introduction



- Résolution : le deuxième “pilier”
- Mécanisme “minutieusement pensé”
 - Normativement
 - Institutionnellement
- Futur et crise
 - Déploiement du présent : risqué
 - Radicale nouveauté : Grèce
 - Vraie “crise”
- Nécessité d’une perspective véritablement juridique
 - Qualifications juridiques incertaines
 - Puissances juridictionnelles sous-estimées
 - Ratio legis à remettre au centre: Europe

I. LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

A. LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE D'UN MAGNIFIQUE PROJET EUROPEEN

1. La résolution, pièce nécessaire pour le projet européen

- La Résolution :
 - *continuum* de la Supervision;
 - appuyée sur la garantie des dépôts assise sur la communauté bancaire
- Justification des “piliers” d’une maison solide au fonctionnement technique : mise entre parenthèse du Politique. Il ne décide plus, la population ne paie plus pour lui. Avènement d’une Europe “vraiment bancaire”



I. LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

A. LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE D'UN MAGNIFIQUE PROJET EUROPEEN

- 3 Règlements du 23 novembre 2010 établissant l'ESMA, l'EBA et l'EIOPA ;
- Règlement du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniforme 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

2. Le systémisme européen et ses conséquences techniques

- Conception différente de celle des Etats-Unis
- Régulation : les techniques prennent sens par le but recherché
- Esprit américain : protéger le consommateur de produits, par l'information
- Esprit européen : prévenir la crise du système bancaire, financier et monétaire, en construisant un système

I. LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

B. LE RADICALEMENT NOUVEAU DU TRAITEMENT DES DEFAILLANCES

1. L'affirmation de la *ratio legis* du système complet

- Un système juridique est toujours lacunaire
- Puissance du droit : l'interprétation le comble dans les cas "nouveaux"
- Le droit de la régulation tire le sens des règles à partir des finalités des systèmes
- Finalité européenne : la finalité est claire, mais hiatus avec la finalité servie par la loi française
- Dans le futur : articulation entre les deux textes ? Entre les deux organes ?

- **Anticipation** dans les textes
- Loi du 23 juillet 2013 de séparation et de régulation bancaire, organisant la Résolution bancaire et transformant l'ACP en ACPR
- **Anticipation** dans les faits : expérience de la banque portugaise *Espirito Santo*, "résolue" par la Banque centrale portugaise, sans loi nationale, créant une nouvelle banque pour les actifs (*Novo Banco*), sans texte

Présentation de l'Union bancaire par la Commission européenne

« Depuis le déclenchement de la crise financière en 2008, la Commission européenne a poursuivi de nombreuses initiatives pour mettre en place un secteur financier solide et sûr au sein du Marché unique. Ces initiatives, qui incluent des exigences prudentielles plus strictes pour les banques, une protection améliorée des déposants et des règles pour la gestion des banques défaillantes, établissent un **règlement uniforme** européen (single rulebook) pour tous les acteurs financiers des 28 Etats membres de l'Union européenne. Ce règlement uniforme constitue le socle de l'Union bancaire.

Avec l'évolution de la crise financière, puis son aggravation en crise de la dette de la zone euro, il est devenu clair que, pour les pays partageant l'euro et donc encore plus interdépendants, une intégration plus poussée de leurs systèmes bancaires était nécessaire. C'est pourquoi, sur base de la feuille de route de la Commission européenne pour créer l'Union bancaire, les institutions européennes se sont accordées pour établir un **Mécanisme de surveillance unique** (MSU) et un **Mécanisme de résolution unique** (MRU) pour les banques. L'Union bancaire s'applique aux pays de la zone euro. Les pays en dehors de cette zone peuvent aussi y participer. »

I.LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

B. LE RADICALEMENT NOUVEAU DU TRAITEMENT DES DEFAILLANCES

1. Le hiatus entre la zone Euro et l'Union européenne

- L'Union bancaire, dont la Résolution est un “pilier”, est “renforcée dans la zone euro”
- La zone euro est monétaire
- Le Royaume-Uni n'en fait pas partie
- Le monétaire est conçu comme un “outil financier”, l'Union bancaire est pensée comme outil d'un “marché financier européen solide et sûr”
- Le Royaume-Uni est l'un des premiers acteurs financier au monde
- Et l'on pense que l'entéléchie se passera bien ?



- Les fonds de résolution et de garantie ne seront prêts que dans plusieurs années
- C'est jour après jour que les cas nouveaux arrivent
- Il est impossible de désimbriquer dettes bancaires et dettes souveraines
- Il est impossible de désimbriquer supervision et résolution
- Retour vers le droit des procédures collectives :
 - Le droit de la prévention des difficultés appartient au droit des procédures collectives
 - Le principe majeur est la suspension des poursuites et leur centralisation
 - Comment traiter non politiquement des Etats ?

I. LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

B. LE RADICALEMENT NOUVEAU DU TRAITEMENT DES DEFAILLANCES

2. Le rôle “grisé” de la BCE dans le mécanisme de résolution bancaire

a) La BCE entre supervision et résolution

- La BCE est première dans le Pilier I ; elle serait seconde dans le Pilier II
- Mais
 - *continuum* entre les deux piliers
 - la BCE tient la zone Euro.
- La distinction des trois “piliers” est-elle pertinente ? Dès lors, qui décide ?

I.LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

B. LE RADICALEMENT NOUVEAU DU TRAITEMENT DES DEFAILLANCES



BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE
EUROSYSTÈME

2. Le rôle “grisé” de la BCE dans le mécanisme de résolution bancaire

b) La BCE manie ses pouvoirs monétaires d’une façon nécessairement politique

- La BCE est une “banque centrale”
- Elle a un pouvoir politique : négociation actuelle avec la Grèce
- Dans le puzzle européen, les Etats sont des pièces qu’on ne peut ignorer
- Illusion d’une Union bancaire technique ; Union bancaire nécessairement politique

I.LE MECANISME DE RESOLUTION, PIECE DU PUZZLE EUROPEEN

B. LE RADICALEMENT NOUVEAU DU TRAITEMENT DES DEFAILLANCES

2. Le rôle “grisé” de la BCE dans le mécanisme de résolution bancaire

c) La prise à partie de la BCE pour le maniement nécessairement politique de son pouvoir de refinancement

- La BCE prévient la faillite des banques mais aussi des Etats
- *Continuum* entre les banques et les Etats
- Question préjudicielle allemande à propos des “programmes monétaires non-conventionnels”

- Article 127 TFUE
- Lancement de “programmes monétaires non conventionnels “
- Achat indirect des dettes souveraines par soutien des banques car ce sont les banques qui soutiennent les Etats en défaut et non plus les Etats qui soutiennent les banques en faillites
- Or, interdiction des “programmes économiques”
- La BCE n’est ni le FMI européen ni la Fed
- La BCE n’est pas un organe “politique”
- Position prise par l’avocat général Cruz Villalon : admission en *Ex Ante* si contrôle en *Ex post*
- On attend l’arrêt et les éventuels Obiter Dicta

- La BCE peut lancer des signaux aux peuples européens à partir du cas grec
- La BCE peut devenir la Fed (si la CJUE continue sa politique de chat)
- L'Europe peut se construire sur la zone Euro (la Résolution bancaire est le propre de l'Eurozone, et non de l'Union européenne)
- La question n'est pas alors celle de la place des Etats "fragiles" ou des "banques sous-capitalisées", la question est celle du Royaume-Uni

L'AMPLEUR DES DESASTRES NE PEUT-ELLE ENGENDRER UNE NOUVELLE EUROPE ?

Le cas grec = L'IMPRÉVU

- Montre qu'on ne prévoit jamais le radicalement nouveau
- Que “nécessité fait loi”
- Que le juge intervient toujours
- Que le juge agit toujours de la même façon :
 - Qualification des faits, des actes, des pouvoirs et des organes
 - Raisonne en terme de “droits” des personnes impliquées et crée des droits

II. CELUI QUI EST DÉJÀ PRÉSENT DANS LE MÉCANISME DE RÉSOLUTION BANCAIRE : LE JUGE

A. LES JUGES

1. Les cours qui sont déjà intervenues

Conseil const., 6 février 2015, QPC, *Société Mutuelle des transports assurances* [Transfert d'office du portefeuille de contrats d'assurance]

- ✓ Invalidation du pouvoir de l'ACPR de transférer d'office tout ou partie de portefeuille de contrats d'assurance à une autre société d'assurance
- ✓ Article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

Juridictions internes

- Saisine du Conseil constitutionnel par QPC transmise par le Conseil d'Etat, Evocation du droit subjectif de propriété de l'assuré (quid de la finalité systémique ?)
- Emergence d'un droit constitutionnel économique : proportionnalité comme premier principe d'architecture et non pas un unique principe directeur

« La propriété est au nombre des droits de l'homme consacrés ... ; que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que les portefeuilles de contrats ou de bulletins d'adhésion constitués par une personne dans l'exercice de l'activité d'assurance relèvent de sa protection ;

.... Le transfert d'office de tout ou partie du portefeuille s'opère sur décision de l'ACPR, sans que soit laissée à la personne visée la faculté, pendant une période préalable, de procéder elle-même à la cession de tout ou partie de ce portefeuille ; que, dans ces conditions, le transfert d'office du portefeuille de contrats d'assurance d'une personne titulaire d'un agrément entraîne une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ;

II. CELUI QUI EST DÉJÀ PRÉSENT DANS LE MÉCANISME DE RÉSOLUTION BANCAIRE : LE JUGE

A. LES JUGES

1. Les cours qui sont déjà intervenues

Conseil const., 6 février 2015, QPC, *Société Mutuelle des transports assurances* [Transfert d'office du portefeuille de contrats d'assurance]

- ✓ Invalidation du pouvoir de l'ACPR de transférer d'office tout ou partie de portefeuille de contrats d'assurance à une autre société d'assurance

Juridictions internes

- Aucune considération pour la finalité systémique
- Considération exclusive des droits fondamentaux : définition même de la QPC
- Guerre des juges ? Qui va faire l'équilibre ? Sans doute la CJUE

- CJUE, 24 octobre 2013, *LBI c/ Kepler Capital Markets et Giroux*, conclusion Cruz Villalon
- ✓ Blocage d'une procédure nationale intentée par un créancier français au profit de la procédure menée par l'Etat de la banque en faillite
- ✓ Jurisprudence antérieure à la mise en place de la nouvelle disposition de « résolution »
- Trib. Commerce du Luxembourg, *Espiriti Santo*
- ✓ rejet d'une demande d'ouverture de procédure nationale de redressement judiciaire

II. CELUI QUI EST DEJA PRESENT DANS LE MECANISME DE RESOLUTION BANCAIRE : LE JUGE

A. LES JUGES

2. Les cours qui sont saisies

La Cour de Justice de l'Union Européenne

- Prévalence du souci systémique

Le Tribunal de Commerce du Luxembourg

- Prévalence d'une cohérence systémique européenne et validation implicite du pouvoir de fait des banquiers centraux

II. CELUI QUI EST DEJA PRESENT DANS LE MECANISME DE RESOLUTION BANCAIRE : LE JUGE

B. LES QUALIFICATIONS

2. Les qualifications juridiques en cause

CJUE, 24 octobre 2013, *LBI c/ Kepler Capital Markets et Giraux*, conclusion Cruz Villalon

Trib. Commerce du Luxembourg, *Espiriti Santo*

- Jurisprudences antérieure ou parallèle à la mise en place du nouveau dispositif de « résolution », sans hiérarchie formelle
- Puissance de la *soft Law* et application des textes avant leur “durcissement”
- Importance de la doctrine institutionnelle (ESMA – EBA – EIOPA)

II. CELUI QUI EST DEJA PRESENT DANS LE MECANISME DE RESOLUTION BANCAIRE : LE JUGE

B. LES QUALIFICATIONS

Tribunal constitutionnel allemand ne partage pas cette articulation spontanée des Nations qui se rangent derrière l'Union :

- ✓ La BCE ne peut pas faire de « programme de sauvetage » car c'est une « action économique »
- ✓ « seul le Parlement Allemand peut décider pour le Peuple allemand » (Tribunal constitutionnel, 23 juin 2009)

2. Les qualifications juridiques en cause

- Les qualifications juridiques et la hiérarchie des normes
- Question éminemment politique : le fédéralisme européen peut-il passer par les Autorités administratives indépendantes ?

II. CELUI QUI EST DEJA PRESENT DANS LE MECANISME DE RESOLUTION BANCAIRE : LE JUGE

B. LES QUALIFICATIONS

2. Les qualifications juridique en cause

Article 6, al.1 CEDH : 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

- Le Conseil de Résolution, la BCE dans son « rôle gris » ou l'ACPR qui décident de préférer le débiteur ou le marché plutôt que les créanciers, ne tranchent-ils pas un litige ?
- Le Conseil de Résolution, la BCE dans son « rôle gris » ou l'ACPR qui privent une entreprise de la propriété d'actifs, car elle est « défaillante » ne procèdent pas à une « sanction objective » ?

Conclusion

1° Le mécanisme de résolution paraît très bien pensé, mais il n'a pas été pensé pour se saisir de l'imprévu. Seules l'abstraction, la cohérence et l'unicité des fins permettent de faire face l'imprévu.

Le mécanisme de résolution participe de l'illusion d'une Europe non-politique, alors que l'Europe se redessine sur l'Euro, dont le Royaume-Uni n'est pas, que les dettes publiques et privées sont en *continuum* et que nous sommes à l'aube d'une nouvelle Europe, politique, que le mécanisme de résolution va contribuer à construire, politiquement. Il faut en avoir conscience.

2° Les dangers d'un mécanisme pensée d'une façon non-juridique. Cela engendre un système entre les mains du juge.

Quel juge ?

Mains "tremblantes" ou mains "non tremblantes" ?

Les entreprises ont leur rôle à jouer : nécessité d'associer un juriste et à travers lui le juge virtuel du mécanisme de résolution. La France n'y est pas accoutumée.