



HAL
open science

Les normes adoptées par la BCE dans le cadre de sa fonction prudentielle : 1er janvier 2014 – 31mars 2015

Sébastien Adalid

► **To cite this version:**

Sébastien Adalid. Les normes adoptées par la BCE dans le cadre de sa fonction prudentielle : 1er janvier 2014 – 31mars 2015 . Revue Internationale des Services Financiers, 2015, 3, pp.71. hal-01412304

HAL Id: hal-01412304

<https://hal.science/hal-01412304v1>

Submitted on 8 Dec 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Références de la première publication de l'article :
Original publication reference :

S. ADALID, « Les normes adoptées par la BCE dans le cadre de sa fonction prudentielle : 1^{er} janvier 2014 – 31 mars 2015 », *Revue Internationale des Services Financiers – International Journal of Financial Services* :

- Première partie (first part) : n° 2015/3, pp. 71-75 ;
- Deuxième partie (second part) : n° 2015/4, pp. 58-65

La pagination correspond à la version publiée
The pagination is the same as the paper version

Articles mis en ligne avec l'autorisation de l'Éditeur

LES NORMES ADOPTÉES PAR LA BCE DANS LE CADRE DE SA FONCTION PRUDENTIELLE : 1^{ER} JANVIER 2014 – 31 MARS 2015

Sébastien ADALID
*Maître de conférences
en droit public
Université Paris-Est Créteil*

Un corpus normatif nouveau. Depuis novembre 2014, le MSU est entré en fonction. Ce nouveau système fédéral réunit la Banque centrale européenne et les autorités nationales de supervision bancaire afin d'assurer la supervision prudentielle intégrée de l'ensemble des établissements de crédit de la zone euro. Créé par le règlement du 15 octobre 2013⁽¹⁾, le MSU profite du pouvoir normatif reconnu à la Banque centrale européenne⁽²⁾. Depuis janvier 2014, la BCE a adopté des actes détaillant les modalités d'exercice de la supervision prudentielle par le MSU⁽³⁾. On compte aujourd'hui plus d'une dizaine de décisions et quatre règlements. Parmi ces derniers, il faut souligner l'importance du règlement du 16 avril 2014 qui établit le « cadre de la coopération au sein du MSU »⁽⁴⁾. Nommé « règlement cadre MSU », il détaille l'ensemble des dispositions du règlement MSU et précise les procédures applicables en son sein. À ces actes juridiques, il faut rajouter certaines publications du MSU qui éclairent son organisation et son fonctionnement⁽⁵⁾. Ces actes sont, dans leur ensemble, relatifs à l'organisation et au fonctionnement du MSU. Ce corpus précise à la fois l'organisation d'ensemble du MSU (I) ainsi que le rôle

propre à la BCE et le déroulement des procédures en son sein⁽⁶⁾ (II).

I. L'organisation d'ensemble du MSU

Complexité de l'organisation du MSU. L'organisation du MSU est doublement complexe. D'un côté, le MSU est une structure hybride réunissant la Banque centrale européenne et des autorités nationales de supervision. D'un autre côté, le MSU est intégré à la Banque centrale européenne tout en pouvant fonctionner de manière autonome par rapport à celle-ci. Il était alors nécessaire de préciser : les modalités de la séparation des activités (A), la répartition des fonctions entre la BCE et les autorités nationales (B) et les modalités transversales de la surveillance exercée par le MSU (C).

A. La séparation horizontale des activités

Principe de séparation. La séparation des activités prudentielles et des activités monétaires est prévue à l'article 25 du règlement MSU.

1. Séparation décisionnelle

Organes décisionnels. Le MSU est dirigé par le conseil de surveillance⁽⁷⁾. Cependant, le MSU est formellement rattaché à la BCE. Or, d'après les statuts de la BCE annexés au TUE et au TFUE et ayant alors la même valeur que ceux-ci⁽⁸⁾, le pouvoir réglementaire est confié au conseil des gouverneurs⁽⁹⁾. Seul ce dernier est compétent pour adopter des règlements et des décisions au nom de la BCE. Afin d'assurer l'effectivité de la séparation, le règlement MSU prévoit que le conseil des gouverneurs statue en matière prudentielle lors de réunions distinctes et selon des ordres du jour séparés des fonctions monétaires⁽¹⁰⁾.

1. Règlement (UE) 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 287/63 (ci-après « règlement MSU »).
2. Art. 132 T.F.U.E.
3. L'ensemble de ces actes est disponible sur le site internet du MSU (<https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/ecb/legal/framework/html/index.en.html>) ou sur celui de la BCE (<https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/ssm/framework/html/index.en.html>). Il s'agit d'outils précieux rapidement mis à jour lors de l'adoption d'actes nouveaux.
4. Règlement (UE) 468/2014 de la Banque centrale européenne établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (le « règlement-cadre MSU ») (BCE/2014/17), *J.O.U.E.*, L 141/1 (ci-après « règlement-cadre MSU »).
5. Voy. notamment le fondamental : Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire*, Banque centrale européenne, Francfort-sur-le-Main, 2014, 47 p.

6. La deuxième partie fera l'objet d'une publication dans le prochain numéro de la *revue*.
7. Art. 26 du règlement MSU.
8. Art. 51 TUE.
9. Art. 12, § 1^{er}, du Protocole n° 4 sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne.
10. Art. 25, § 4, du règlement MSU. Sur les détails de cette séparation, voy. l'article 13terdecies du règlement intérieur de la BCE (*infra* note suivante).

L'article 26, § 8, du règlement MSU prévoit que le conseil de surveillance prépare les décisions et les transmet au conseil des gouverneurs qui disposera d'un délai, au maximum de dix jours, pour se prononcer, faute de quoi l'acte sera réputé adopté. Le règlement intérieur de la BCE a été modifié afin de préciser lesdits délais⁽¹¹⁾. Un nouveau chapitre 4*bis* a été intégré et les nouveaux articles 13*octies* à 13*decies* précisent la procédure et les délais dans les différentes matières. Dans le domaine prudentiel⁽¹²⁾, le conseil de surveillance transmet un projet de décision accompagné de notes explicatives⁽¹³⁾. Le conseil des gouverneurs dispose alors de dix jours pour se prononcer, ou d'un délai fixé par le conseil de surveillance (et ne dépassant pas 10 jours) dans les situations d'urgence⁽¹⁴⁾. Dans le domaine macroprudentiel⁽¹⁵⁾, le délai est de trois jours⁽¹⁶⁾ et en matière d'agrément⁽¹⁷⁾, il est de cinq jours⁽¹⁸⁾.

Comité de médiation. Pour régler d'éventuels conflits entre le conseil de surveillance et le conseil des gouverneurs, l'article 25, § 5, du règlement MSU prévoit la mise en place d'un « comité de médiation ». Un règlement de la BCE en précise le fonctionnement⁽¹⁹⁾. Le comité est présidé par le vice-président du conseil de surveillance⁽²⁰⁾. Il est composé d'un membre nommé par chaque État participant, choisi au sein du conseil des gouverneurs ou du conseil de surveillance, en favorisant la parité entre eux⁽²¹⁾. Chaque membre dispose d'une voix, sachant que le président n'est pas considéré comme un membre du comité⁽²²⁾.

Le comité est saisi par le conseil de surveillance. Ce dernier doit être saisi par les autorités compétentes d'un État concerné d'une objection du conseil des gouverneurs à un projet de décision, dans un délai de cinq jours ouvrables. Le conseil devra alors déposer

un « avis de demande de médiation »⁽²³⁾. Celui-ci sera étudié par un Comité des litiges, restreint au président et quatre autres membres du comité choisis par celui-ci. Une fois composé, il dispose de 15 jours ouvrables pour proposer un « projet d'avis »⁽²⁴⁾ qualifié aussi de « projet de décision ». Celui-ci sera examiné par le comité qui rendra un avis transmis aux deux conseils, qui ne seront pas liés par ledit avis⁽²⁵⁾. Le conseil de surveillance devra ensuite élaborer un nouveau projet de décision⁽²⁶⁾, qui devra alors être adopté par le conseil des gouverneurs selon la procédure normale.

2. Séparation administrative

Organisation administrative distincte. Le règlement MSU prévoit que le personnel affecté à la supervision prudentielle relève : « d'une structure organisationnelle distincte et de lignes hiérarchiques séparées ». Ainsi, la BCE s'est dédoublée en deux « domaines fonctionnels »⁽²⁷⁾. Ainsi, le « domaine fonctionnel de la surveillance prudentielle » se compose de quatre nouvelles directions générales. Deux d'entre elles, les DG « surveillance microprudentielle I et II » sont en charge de la surveillance prudentielle directe des établissements importants. La DG « surveillance microprudentielle III » supervise la supervision effectuée par les autorités nationales des établissements moins importants. Enfin, la DG « surveillance microprudentielle IV » a des fonctions horizontales d'expertise afin de définir des méthodes et normes communes pour l'ensemble du MSU⁽²⁸⁾.

Dans les faits, la séparation est atténuée. Tout d'abord, le directoire est statutairement « responsable de la gestion courante de la BCE »⁽²⁹⁾. Cela vaut aussi pour les fonctions prudentielles⁽³⁰⁾. Ensuite, le conseil de surveillance peut être assisté de comités. Ceux-ci réunissent des membres de la BCE et des autorités nationales mais aussi des banques centrales⁽³¹⁾. De même, il existe des « services partagés » dans les domaines qui ne génèrent pas de conflits d'intérêts⁽³²⁾. Enfin, il est nécessaire que

11. Décision 2004/257/CE de la BCE du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la BCE (BCE/2004/2), *J.O.U.E.*, L 80/33 modifiée par la décision 2009/238/CE de la BCE du 19 mars 2009 (BCE/2009/5), *J.O.U.E.*, L 100/10, par la décision 2014/179/UE de la BCE du 22 janvier 2014 (BCE/2014/1), *J.O.U.E.*, L 95/56 et par la décision 2015/176/UE de la BCE du 12 février 2015 (BCE/2015/8), *J.O.U.E.*, L 114/11 (ci-après règlement intérieur de la BCE).
12. À savoir l'ensemble des missions précisées à l'article 4 du règlement MSU.
13. Art. 13*octies*, § 1^{er}, du règlement intérieur de la BCE.
14. *Ibid.*, art. 13*octies*, § 2.
15. À savoir les missions détaillées à l'article 6 du règlement MSU.
16. Art. 13*nonies* du règlement intérieur de la BCE.
17. À savoir les missions détaillées à l'article 14, §§ 2 à 4 du règlement MSU.
18. Art. 13*decies* du règlement intérieur de la BCE.
19. Règlement (UE) n° 763/2014 de la BCE du 2 juin 2014 concernant la mise en place d'un comité de médiation et son règlement intérieur (BCE/2014/26), *J.O.U.E.*, L 179/72.
20. *Ibid.*, art. 3 § 2.
21. *Ibid.*, art. 3 § 1^{er} et art. 4.
22. *Ibid.*, art. 7.

23. Pour plus de détails, voy. *ibid.*, art. 8.

24. *Ibid.*, art. 9.

25. *Ibid.*, art. 10.

26. *Ibid.*, art. 11.

27. La terminologie est reprise de la BCE.

28. Sur le rôle de ces DG, voy. Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire*, *op. cit.*, pp. 16-20.

29. Art. 11, § 6, du Protocole n° 4 sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne.

30. Art. 13*quaterdecies* du règlement intérieur de la BCE. Voy. aussi art. 3 de la décision 2014/723/UE de la BCE du 17 septembre 2014 relative à la mise en œuvre de la séparation des fonctions de politique monétaire et de surveillance prudentielle de la Banque centrale européenne (BCE/2014/39), *J.O.U.E.*, 300/57.

31. *Ibid.*, art. 9 § 4.

32. Sur ces services voy. considérant 11 de la décision 2014/723/UE de la BCE du 17 septembre 2014 rela-

des informations transitent d'une branche à l'autre de la BCE.

Confidentialité et échanges d'informations. Le régime juridique de la transmission d'information entre les deux entités fonctionnelles a été précisé par une décision de la BCE. Celle-ci rappelle que la BCE est soumise aux obligations de confidentialité imposées à l'ensemble des autorités de supervision⁽³³⁾. Elle est aussi soumise à certaines règles spécifiques à la BCE⁽³⁴⁾. Sur ces fondements, la BCE a élaboré son régime de confidentialité dont l'annexe de la décision donne un aperçu. Celui-ci s'applique de manière générale à l'ensemble des activités de la Banque mais aussi à la circulation de l'information entre les deux domaines fonctionnels. Cependant, les échanges sont possibles. Sans entrer dans les détails, il convient de préciser que l'accès est déterminé par le domaine qui possède l'information et que les conflits sont réglés par le directoire⁽³⁵⁾. La décision démontre une préférence pour l'échange d'informations brutes et anonymes, plutôt que celles contenant des évaluations⁽³⁶⁾, afin d'éviter l'influence induite d'un domaine sur l'autre.

B. La répartition verticale de la supervision

Précision des critères de répartition. Le règlement MSU prévoit, à son article 6, § 4, une répartition des fonctions au sein du MSU, la BCE est responsable de celle des établissements importants, tandis que les autorités nationales sont en charges des établissements moins importants. Ces critères et leur application font l'objet de la quatrième partie du règlement-

tive à la mise en œuvre de la séparation des fonctions de politique monétaire et de surveillance prudentielle de la Banque centrale européenne (BCE/2014/39), précité.

33. Voy. notamment : 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, *J.O.U.E.*, L 176/338 ; règlement d'exécution (UE) n° 680/2014 de la Commission du 16 avril 2014 définissant les normes techniques d'exécution en ce qui concerne l'information prudentielle à fournir par les établissements de crédit, conformément au règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 191/1.
34. Règlement (CE) n° 2533/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne, *J.O.U.E.*, L 318/8.
35. Voy. art. 5 de la décision 2014/723/UE de la BCE du 17 septembre 2014 relative à la mise en œuvre de la séparation des fonctions de politique monétaire et de surveillance prudentielle de la Banque centrale européenne (BCE/2014/39), précité.
36. *Ibid.*, art. 6.

cadre MSU. La BCE précise les modalités de calcul des critères posés par le règlement MSU⁽³⁷⁾, à savoir :

- *la taille* : un établissement est considéré comme important lorsque la valeur totale de ses actifs est supérieure à 30 milliards d'euros. Cette valeur est déterminée sur la base des informations prudentielles transmises en fin d'année. Si ces informations ne permettent pas un tel calcul, il sera fait sur la base des comptes annuels certifiés⁽³⁸⁾. La BCE précise aussi que le total des actifs correspond logiquement à la ligne « total » des actifs dans le bilan⁽³⁹⁾ ;
- *l'importance pour l'économie de l'Union ou d'un État membre* : outre les seuils numériques fixés par le règlement MSU⁽⁴⁰⁾, la BCE précise quatre autres critères selon lesquels une entité ou un groupe sera considéré comme important : son importance pour certains secteurs économiques de l'Union, son interdépendance avec l'économie de l'Union, sa substituabilité en tant qu'intervenant de marché ou prestataire de service et la complexité de son activité⁽⁴¹⁾ ;
- *l'importance des activités transfrontières* : pour la BCE, ce critère ne vaut que si l'entreprise mère a établi des filiales, qui sont des établissements de crédit, dans plus d'un seul autre État membre⁽⁴²⁾. Elle précise aussi un critère numérique : le ratio entre les actifs transfrontaliers et le total des actifs doit être supérieur à 20 %, de même pour le passif⁽⁴³⁾.

Procédure de classement. Il y a deux étapes dans cette procédure. Dans un premier temps, la BCE et les autorités nationales vérifient annuellement si les établissements remplissent les critères précités. La BCE contrôle si les entités importantes continuent de répondre aux conditions de l'article 6, § 4, du règlement MSU⁽⁴⁴⁾. Inversement, les autorités nationales examinent si les entités moins importantes y répondent⁽⁴⁵⁾. La BCE peut opérer l'une ou l'autre de ces vérifications à tout moment lorsqu'elle reçoit des « informations pertinentes »⁽⁴⁶⁾. Elle publie la liste des entités et groupes soumis à la surveillance prudentielle directe⁽⁴⁷⁾.

37. Le règlement MSU estime aussi que doivent être considérés comme importants, les établissements ayant fait une demande d'aide et les trois établissements les plus importants de chaque État membre. Le règlement cadre n'innove pas sur ces deux points, voy. respectivement : art. 61-64 et 65-66.
38. Voy. art. 51 du règlement-cadre MSU.
39. Voy. *ibid.*, art. 55.
40. Voy. art. 6, § 4, al. 2, ii), du règlement MSU.
41. Art. 57 du règlement-cadre MSU.
42. *Ibid.*, art. 59, § 1^{er}.
43. *Ibid.*, art. 59, § 2. Voy. l'art. 60 pour la définition d'actif et passif transfrontalier.
44. *Ibid.*, art. 43, § 1^{er}.
45. *Ibid.*, art. 43, § 2.
46. *Ibid.*, art. 43, § 3.
47. *Ibid.*, art. 49. La liste est disponible en ligne : <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssm-listofsupervisedentities1409fr.pdf>.

Dans un second temps, lorsqu'une entité remplit, ou ne remplit plus les critères, la surveillance prudentielle doit changer d'échelle. Cependant, les deux opérations ne sont pas identiques. La BCE assumera la surveillance directe dès lors que l'une des conditions est remplie alors que cette surveillance ne cessera uniquement si l'entreprise n'en remplit plus aucun pendant trois années consécutives⁽⁴⁸⁾. Le classement d'une entité comme importante se fait au moyen d'une « décision de surveillance prudentielle BCE »⁽⁴⁹⁾. Elle est communiquée à l'entité comme à l'autorité nationale en charge⁽⁵⁰⁾. Elle précise la date du début de la surveillance directe⁽⁵¹⁾. Cette dernière doit rédiger un rapport faisant état de l'historique de la surveillance prudentielle et coopère avec la BCE afin de favoriser une « bonne transition »⁽⁵²⁾. L'article 48 du règlement-cadre MSU détaille le sort des procédures en cours.

C. Modalités transversales de l'exercice de la surveillance prudentielle

Source non contraignante. Les grandes lignes gouvernant l'exercice de la surveillance prudentielle par le MSU ont été définies dans un guide publié sur le site de la BCE⁽⁵³⁾. Cependant, dans certaines conditions posées par la Cour de justice, les établissements de crédit peuvent s'en prévaloir à l'encontre de la BCE. Le guide précise à la fois les neuf principes de surveillance ainsi que le processus de surveillance et d'évaluation prudentielles. Ces dispositions sont valables pour l'ensemble du MSU.

1. Les principes de surveillance

Sources. La BCE précise explicitement⁽⁵⁴⁾ que le processus de surveillance prudentielle est basé sur les principes fondamentaux pour un contrôle efficace du Comité de Bâle⁽⁵⁵⁾ ainsi que sur les règles posées par l'Autorité bancaire européenne. Ceux-ci sont cependant adaptés à la structure spécifique du MSU.

Principes. L'approche du MSU se fonde sur neuf principes⁽⁵⁶⁾ :

48. *Ibid.*, art. 47.

49. *Voy. infra.*

50. *Ibid.*, art. 44.

51. *Ibid.*, art. 45.

52. *Ibid.*, art. 43, § 6.

53. Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire, op. cit.*

54. *Ibid.*, p. 7.

55. *Voy.*, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace*, septembre 2012, BRI, 83 p., http://www.bis.org/publ/bcbs230_fr.pdf.

56. Ces principes sont détaillés aux pages 7 à 10 du guide de la BCE (Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire, op. cit.*).

- « Usage des meilleures pratiques » : ce principe recouvre à la fois les objectifs, les instruments et les pouvoirs du MSU. Ceux-ci aspirent à être modernes par le biais d'un « processus de révision permanent », à la fois sur le fondement des références internationales comme de l'expérience pratique, afin de garantir la sauvegarde et la solidité du secteur bancaire.
- « Intégrité et décentralisation » : le MSU est décentralisé, il s'appuie sur l'expertise acquise par les autorités nationales et par un échange constant d'informations entre elles et la BCE.
- « Homogénéité » : au sein du MSU, la surveillance prudentielle est exercée à l'échelon national et à l'échelon européen selon la taille des établissements de crédit. Cependant, les principes et procédures seront harmonisés afin de garantir la cohérence de la surveillance.
- « Cohérence avec le marché unique » : non seulement le MSU applique la réglementation unique de l'Union européenne mais elle collabore aussi avec l'Autorité bancaire européenne pour son élaboration.
- « Indépendance et responsabilité » : la surveillance est exercée par des autorités indépendantes mais avec un haut degré de responsabilité démocratique.
- « Approche fondée sur le risque » : l'approche du MSU part des probabilités de défaillances et des conséquences possibles de celles-ci. L'intensité de sa surveillance sera proportionnelle au risque.
- « Proportionnalité » : dans la suite du précédent principe, le MSU prévoit de moduler les ressources affectées à un établissement en fonction de l'importance des établissements de crédit.
- « Niveau adéquat des activités de surveillance » : un niveau minimum de surveillance sera déterminé, les établissements seront classés en fonction de l'impact de leur défaillance éventuelle.
- « Mesures correctrices efficaces prises en temps utile » : le MSU aura une démarche proactive afin de garantir la solidité des établissements dont il a la charge. Pour cela, les mesures devront être prises en temps utile et feront l'objet d'un mécanisme complet de suivi.

Ces principes sont d'une importance et d'une portée variables. Ils permettent de clarifier la démarche suivie par le MSU. Ils servent de base à l'édification du processus de surveillance et d'évaluation prudentielle défini par le même document.

2. Le processus de surveillance et d'évaluation prudentielle

Unité des modalités. L'objectif de l'Union bancaire étant « d'accroître l'intégration de la surveillance bancaire »⁽⁵⁷⁾, la BCE a décidé de mettre en place un

57. Considérant 2 du règlement MSU.

processus de surveillance et d'évaluation (dit SREP) commun à l'ensemble du MSU. Il s'agit alors d'une méthodologie commune appliquée par la BCE et les autorités nationales, dans l'exercice de leur supervision des établissements importants et moins importants. Selon la taille de l'établissement, le SREP sera « appliqué de manière proportionnelle »⁽⁵⁸⁾.

Contenu du SREP. Le SREP a été construit conformément aux exigences de l'article 97 de la directive CRD IV⁽⁵⁹⁾. Ledit article mentionne trois types de risques contre lesquels les trois éléments principaux du SREP entendent lutter :

- ceux auxquels les établissements peuvent être exposés qui seront évalués par la BCE au moyen du RAS⁽⁶⁰⁾ ;
- ceux révélés pas les tests de résistance. Ces derniers indiqueront alors à la BCE les besoins en liquidité et capital des établissements lui permettant alors d'appliquer sa méthodologie de quantification du capital.

58. Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire*, *op. cit.*, p. 24.

59. 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 176/338.

60. *Risk assessment system*. Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire*, *op. cit.*, p. 24.

Ces deux premiers éléments seront évalués à partir d'informations à la fois rétrospectives et prospectives⁽⁶¹⁾. La BCE précise explicitement qu'ils seront « élaborés à partir d'une approche de "jugement limité" »⁽⁶²⁾, sans que la notion ne soit clairement définie.

Le troisième élément de SREP cherche à lutter contre les risques qu'un établissement fait courir à l'ensemble du système financier. Il comporte une analyse portant à la fois sur le « processus d'évaluation de l'adéquation des capitaux propres »⁽⁶³⁾ et sur le « processus d'évaluation de l'adéquation des besoins de liquidité »⁽⁶⁴⁾.

Sources

– Règlement (UE) 468/2014 de la Banque centrale européenne établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales, BCE/2014/17, *J.O.U.E.*, L 141/1.

– Règlement (UE) n° 763/2014 de la BCE du 2 juin 2014 concernant la mise en place d'un comité de médiation et son règlement intérieur, BCE/2014/26, *J.O.U.E.*, L 179/72.

– Décision 2014/723/UE de la BCE du 17 septembre 2014 relative à la mise en œuvre de la séparation des fonctions de politique monétaire et de surveillance prudentielle de la Banque centrale européenne, BCE/2014/39, *J.O.U.E.* 300/57.

61. *Ibid.*, p. 25.

62. *Idem.*

63. Dit ICAP, *ibid.*, p. 24.

64. Dit ILAAP, *idem.*

II.A. Régulation européenne

LES NORMES ADOPTÉES PAR LA BCE DANS LE CADRE DE SA FONCTION PRUDENTIELLE : 1^{er} JANVIER 2014 – 31 MARS 2015 (2^e PARTIE)⁽¹⁾



Sébastien ADALID
Maître de conférences
en Droit public
Université Paris Est
Créteil

II. L'exercice des missions propres à la BCE

Pouvoirs de la BCE au sein du MSU. Le règlement MSU induit une certaine ambiguïté quant au rôle de la BCE au sein du mécanisme. Son article 4, paragraphe 1 précise que : « la BCE est (...) seule compétente pour exercer à des fins de surveillance prudentielle, les missions suivantes », avant d'énumérer l'ensemble des missions de surveillance microprudentielle, tandis que l'article 5 concerne celles macroprudentielle. Cependant, l'article 6 répartit ces missions entre la BCE et les ACN, selon l'importance de l'établissement de crédit en cause⁽²⁾.

La compétence de la BCE est alors limitée. Pour l'ensemble des établissements de crédit, elle a le monopole de l'octroi et du retrait de l'agrément⁽³⁾ ainsi que pour l'examen des participations qualifiées⁽⁴⁾. Le règlement-cadre MSU nomme ces missions les « procédures communes ». Pour les établissements importants, elle est seule responsable de la surveillance prudentielle.

Pour l'exercice de ces missions, la BCE dispose de « pouvoirs de surveillance et d'enquêtes »⁽⁵⁾. Elle est alors « investie de l'ensemble des pouvoirs et soumise à l'ensemble des obligations qui incombent aux autorités compétentes en vertu des dispositions compétences

du droit de l'Union »⁽⁶⁾. Ces pouvoirs concernent alors aussi bien les procédures communes que la surveillance des établissements importants.

Il convient alors d'étudier en premier les procédures partagées, couvrant toutes les missions confiées à la BCE (A), avant de voir les procédures spécifiques à chaque type de mission (B). Enfin, il faut faire une place spécifique aux pouvoirs de sanctions de la BCE, dont l'encadrement juridique est assez confus (C).

A. Procédures partagées

Champ application des procédures partagées. L'idée des procédures partagées s'entend de celles qui valent pour l'ensemble des missions exercées par la BCE⁽⁷⁾. Elles sont détaillées dans le règlement-cadre MSU qui définit une « procédure de surveillance prudentielle » (1), qui conduit à l'adoption d'une « décision de surveillance prudentielle » (2). Le contenu de cette dernière pourra être renvoyé devant une « commission administrative de réexamen » (3).

1. Procédure de surveillance prudentielle

Définition. D'après l'article 2, § 24, du règlement-cadre MSU, il faut entendre par procédure de surveillance prudentielle : « toute activité de la BCE visant à préparer une décision de surveillance prudentielle de la BCE, y compris les procédures communes et l'imposition de sanctions pécuniaires administratives ». Ainsi, cette procédure est bien partagée à l'ensemble des missions exercées en propre par la BCE.

Notion et droits des parties. La procédure fait alors intervenir la BCE mais aussi des « parties ». Sont ainsi

1. La première partie est parue *R.I.S.F.*, 2015/3, pp. 71-75.
2. Sur les critères permettant de déterminer l'importance d'un établissement, voy. la première partie de cet article.
3. Art. 4, § 1^{er}, a) et 6, § 4, du règlement (UE) 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 287/63 (ci-après « règlement MSU »).
4. Art. 4, § 1^{er}, c) et 6, § 4, du règlement MSU.
5. Art. 9 du règlement MSU.

6. Le règlement MSU encadre trois pouvoirs de la BCE : les « demandes d'information » (art. 10), les « enquêtes générales » (art. 11) et les « inspections sur place » (art. 12).
7. Le terme « procédures partagées » ne ressort pas de la terminologie officielle employée par la BCE, notamment dans son règlement-cadre MSU. Elle se contente de qualifier les procédures relatives à l'agrément et aux participations qualifiées de « procédures communes ». Le terme est quelque peu maladroite, il invite à penser que ces procédures sont communes à l'ensemble des missions confiées à la BCE, alors qu'elles ne concernent que les missions exercées par la BCE à l'encontre de l'ensemble des établissements de crédit.

qualifiés les opérateurs qui présentent une demande ou ceux à qui la décision sera adressée. La première catégorie recouvre notamment ceux qui pourraient être à l'origine de la procédure. En effet, elle peut soit être initiée d'office, soit à la demande d'une partie. Ainsi, un établissement de crédit peut saisir la BCE d'une suspicion de non-respect de certaines exigences prudentielles par ses concurrents (i). Pour le déroulement de la procédure, le règlement MSU impose, à son article 22, le respect par la BCE des droits des parties à ses procédures et notamment leurs « droits de la défense ». Le règlement insiste tout particulièrement sur le droit d'être entendu. La BCE a alors précisé, dans son règlement-cadre⁽⁸⁾, comment elle entend respecter ces droits (ii).

i. Signalement des infractions

Type d'infraction. Conformément à l'article 23 du règlement MSU, les infractions en cause doivent concerner les dispositions du droit de l'Union concernant la surveillance prudentielle, ainsi qu'au droit national transposant certaines directives⁽⁹⁾. La BCE y inclut l'ensemble de ses actes dans la matière prudentielle⁽¹⁰⁾.

Confidentialité. La BCE se doit de protéger la confidentialité des personnes signalant une infraction. Le règlement-cadre insiste sur la nécessité que celles-ci agissent de « bonne foi »⁽¹¹⁾. L'ensemble des données à caractère personnel la concernant, ainsi que celles relatives à l'entité visée, sont protégées⁽¹²⁾. L'identité des premières ne peut être révélée par la BCE qu'avec leur consentement, sauf décision judiciaire⁽¹³⁾.

Traitement. Le signalement d'une infraction sera suivi par la BCE, lorsqu'elle porte sur une entité importante ou une infraction à un texte adopté par elle. Elle transmet les autres signalements à l'autorité nationale compétente. Évidemment, le suivi d'un signalement et les vérifications afférentes se font de manière coordonnée par la BCE et les autorités nationales⁽¹⁴⁾.

ii. Respect des droits des parties

Preuve. La BCE précise comment elle entend respecter les droits des parties. En matière de preuve, la BCE peut faire « usage de tous les éléments de preuve qu'elle

juge, après réflexion, appropriés »⁽¹⁵⁾. De même, elle « peut auditionner des témoins et experts si elle le juge nécessaire ». Ces deux premiers éléments illustrent les limites de la démarche consistant à laisser à la BCE déterminer les modalités concrètes de son action. En réalité, elle se laisse ici une large marge de manœuvre.

Droit d'être entendu. En revanche, elle consacre un long article 31 au « Droit d'être entendu ». Seules les parties susceptibles d'être affectées défavorablement par une décision de la BCE sont concernées. La BCE doit leur transmettre les motifs de sa décision. Elles disposent alors de deux semaines pour faire part de leurs observations écrites. Seule la BCE peut leur proposer une réunion, au cours de laquelle une partie peut oralement présenter ses observations. Dans une situation d'urgence, une décision peut être adoptée sans aucune observation écrite⁽¹⁶⁾, mais la BCE laisse cette possibilité ouverte jusqu'à deux semaines après réception de la décision⁽¹⁷⁾.

Accès au dossier. En dernier lieu, les parties ont le droit d'accéder au dossier de la BCE. Ce droit peut être limité par « l'intérêt légitime » d'autres parties à la « protection du secret de leurs affaires »⁽¹⁸⁾.

2. Décision de surveillance prudentielle BCE

Nature des « décisions de surveillance prudentielle ». Ces décisions sont définies comme un « acte juridique adopté par la BCE dans l'exercice des missions et des pouvoirs qui lui sont confiés par le règlement MSU, qui prend la forme d'une décision de la BCE ». La formulation adoptée par la BCE est quelque peu trompeuse. Les « décisions de surveillance prudentielle » ainsi que les « décisions de la BCE » sont tout simplement des décisions au sens de l'article 288, § 3, du TFUE.

Régime juridique. Le régime juridique des décisions de surveillance prudentielle est alors identique à celui des décisions. Tout d'abord, l'article 33, § 1^{er}, du règlement-cadre MSU précise que ces décisions sont motivées, reprenant en cela l'obligation posée par l'article 296, § 2, du TFUE.

Ensuite, le règlement-cadre MSU prévoit la possibilité pour la BCE de suspendre l'application d'une décision de surveillance prudentielle⁽¹⁹⁾. Enfin, celui-ci précise et régit les différentes possibilités de notifier ces décisions, à savoir oralement, par écrit au moyen notamment d'une remise au porteur, d'un courrier recommandé avec accusé de réception, par télécopie ou voie électronique⁽²⁰⁾.

8. La « procédure de surveillance prudentielle » fait l'objet des articles 25 à 32 du règlement (UE) 468/2014 de la Banque centrale européenne établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (le « règlement-cadre MSU ») (BCE/2014/17), *J.O.U.E.*, L 141/1 (ci-après « règlement-cadre MSU »).

9. Voy. aussi *idem*, art. 36.

10. *Idem*, art. 38, § 1^{er}.

11. *Idem*, art. 36, art. 37, § 1^{er}.

12. *Idem*, art. 37, § 2.

13. *Idem*, art. 37, § 3.

14. Pour plus de détails, voy. *idem*, art. 38.

15. Art. 29 du règlement-cadre MSU.

16. Art. 31, § 4 du règlement-cadre MSU.

17. *Idem*, art. 31, § 5.

18. *Idem*, art. 32.

19. *Idem*, art. 34.

20. Pour plus de précisions, voy. *idem*, art. 35.

3. Commission administrative de réexamen

Mise en place de la Commission. La création d'une Commission administrative de réexamen est une innovation du règlement MSU⁽²¹⁾. Celui-ci en dresse les principaux traits qui ont ensuite été précisés par une décision de la BCE⁽²²⁾. Ces deux textes doivent être lus conjointement. Ils précisent la composition de la Commission (i), la procédure de réexamen (ii) ainsi que l'effet de ses décisions (iii).

i. Composition

Qualité des membres. La Commission est composée de cinq membres, issus des États membres⁽²³⁾ ainsi que de deux suppléants. Ils doivent, non seulement, jouir d'une « grande honorabilité » mais aussi disposer des « connaissances et de l'expertise professionnelle requises »⁽²⁴⁾. Ils ne doivent ni faire partie du personnel de la BCE, ni de celui des autorités nationales compétentes ou d'une autre institution, ou d'un autre organe de l'Union qui participerait à l'exercice des fonctions prudentielles.

Nomination. Les membres sont nommés par la BCE pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois⁽²⁵⁾. Cette tâche échoit au conseil des gouverneurs, sur proposition du directoire. Ce dernier doit auparavant entendre le conseil de surveillance⁽²⁶⁾. D'après la décision de la BCE, il faut respecter un équilibre géographique ainsi qu'un équilibre homme-femme⁽²⁷⁾. La Commission comporte un président et un vice-président qu'elle désigne elle-même⁽²⁸⁾.

Indépendance. Le règlement MSU, comme la décision de la BCE, insiste sur l'indépendance des membres qui doivent agir « en toute indépendance au service de l'intérêt public »⁽²⁹⁾. Il leur est alors interdit de rece-

voir des instructions⁽³⁰⁾. Ils doivent, au surplus, faire une déclaration publique d'intérêt afin de se prévenir contre tout conflit du même nom.

Cette indépendance est légèrement limitée par le fait que le secrétaire de la Commission est celui du conseil de surveillance prudentielle et que l'ensemble de son administration est assuré par la BCE⁽³¹⁾.

ii. Procédure

Saisine. Deux types de personnes (physiques ou morales) peuvent saisir la Commission : celles qui sont destinataires d'une décision de la BCE ou celles qui sont concernées directement et individuellement par une telle décision⁽³²⁾. Cette dichotomie est directement empruntée aux conditions de recevabilité *rationae personae* du recours en annulation des personnes physiques ou morales⁽³³⁾. Ceci ne va pas sans poser de problèmes tant la Cour de justice a eu une lecture restrictive des personnes concernées directement et individuellement⁽³⁴⁾.

Le délai pour saisir la Commission est de un mois. Son point de départ varie. Lorsque la requérante est destinataire de la décision, il court à partir de la notification de celle-ci. Si elle n'est que concernée, il court lorsqu'elle en a eu connaissance⁽³⁵⁾.

La demande de réexamen doit préciser les motifs sur lesquels elle se fonde, l'éventuel effet suspensif exigé, la copie de l'ensemble des documents sur lesquels la demande se base et enfin un résumé de l'ensemble de ces points⁽³⁶⁾.

Déroulement de la procédure. La procédure doit se dérouler en un « délai raisonnable », de maximum deux mois⁽³⁷⁾. Évidemment, elle tranche en premier lieu la recevabilité. Au-delà des conditions de recevabilité liées aux requérants, la BCE a précisé que toute demande portant sur les décisions prises par le conseil des gouverneurs à l'issue d'une première procédure de réexamen est irrecevable de droit⁽³⁸⁾.

21. Art. 24 du règlement MSU.

22. Décision de la BCE du 14 avril 2014 concernant la mise en place d'une commission administrative de réexamen et ses règles de fonctionnement (BCE/2014/16), *J.O.U.E.*, L 175/47, (ci-après « décision concernant la CAR »).

23. La notion d'« État membre » est ici floue. Il est délicat de dire s'il s'agit des États membres de l'Union, de ceux de la zone euro ou de ceux participant au MSU. En théorie, la notion d'État membre s'emploie uniquement pour parler des États membres de l'Union dans sa globalité.

24. Art. 24, § 2, du règlement MSU et art. 3, § 2, de la décision concernant la CAR.

25. Art. 24, § 2, du règlement MSU.

26. Art. 4 de la décision concernant la CAR.

27. Depuis que le Parlement européen s'est opposé – sans aucun effet – à la nomination d'Yves Mersch au directoire de la BCE du fait de l'absence de femme au sein du conseil des gouverneurs, ce dernier semble plus enclin à favoriser la représentation des femmes (alors même qu'il n'en comporte que deux).

28. Art. 5 de la décision concernant la CAR.

29. Art. 24, § 4, du règlement MSU et art. 4, § 4, de la décision concernant la CAR.

30. *Idem.*

31. Art. 6 de la décision concernant la CAR.

32. Art. 24, § 5, du règlement MSU et art. 7, § 1^{er}, de la décision concernant la CAR.

33. Art. 263, § 4, du TFUE.

34. Pour une lecture critique de cette jurisprudence voy. notamment, parmi une doctrine très fournie, R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, n° 1.

35. Art. 24, § 6, du règlement MSU et art. 7, § 3, de la décision concernant la CAR.

36. Art. 7, § 4, de la décision concernant la CAR.

37. Art. 24, § 7, du règlement MSU et art. 16 de la décision concernant la CAR.

38. Art. 11, § 2, de la décision concernant la CAR. Cette condition n'est pas mentionnée par le règlement MSU, il est alors possible de s'interroger sur son bien-fondé juridique. Cependant, en pratique, il est douteux qu'un requérant n'ayant pas eu gain de cause au cours

Chaque dossier est instruit par un « rapporteur »⁽³⁹⁾. Cependant, seul le président peut donner des instructions, notamment de produire des documents⁽⁴⁰⁾. La tenue d'une audition sera décidée par la Commission dans son ensemble. Elle se fera dans les locaux de la BCE et en présence du secrétaire⁽⁴¹⁾. La fourniture d'éléments de preuve – sous forme de déclarations écrites ou d'audition de témoins ou expert – est conditionnée à une autorisation de la Commission, lorsqu'elle considère qu'ils sont nécessaires : « pour que la décision prise dans le cadre de réexamen soit juste »⁽⁴²⁾, ce qui est tout de même étonnant.

Il convient de mettre en garde les requérants contre tout manquement aux règles de procédures ou aux instructions de la Commission. En effet, ils peuvent conduire au paiement de « tous les frais de procédure occasionnés par le retard »⁽⁴³⁾.

iii. Avis

Contenu de l'avis de la Commission. La Commission émet un avis. Celui-ci doit être adopté, au minimum, par trois membres sur cinq⁽⁴⁴⁾. L'objectif du réexamen étant de vérifier la « conformité formelle et matérielle » de la décision au règlement MSU⁽⁴⁵⁾, la Commission peut alors soit proposer l'abrogation de la décision contestée, son remplacement par une décision identique⁽⁴⁶⁾ ou enfin sa modification⁽⁴⁷⁾. L'avis doit être écrit et motivé.

Portée de l'avis. L'avis émis par la Commission est adressé au conseil de surveillance prudentielle. Cependant, il ne sera contraignant ni pour celui-ci, ni pour le conseil des gouverneurs. Sur cette base, le conseil de surveillance devra alors élaborer – dans un délai de 10 jours – un nouveau projet de décision, transmis ensuite – dans les 20 jours – au conseil des gouverneurs pour approbation⁽⁴⁸⁾. La décision sera réputée adoptée à moins que le conseil des gouverneurs ne s'y oppose dans les dix jours⁽⁴⁹⁾.

L'avis, le projet du conseil de surveillance et la décision adoptée seront alors transmis aux parties⁽⁵⁰⁾. Sauf lorsque le conseil des gouverneurs abroge ou modifie la décision initiale, il sera demandé à la requérante de « supporter une partie des coûts »⁽⁵¹⁾.

d'une procédure de réexamen décide d'en engager une seconde plutôt que de se tourner vers la Cour de justice.

39. Art. 8 de la décision concernant la CAR.

40. Art. 12 de la décision concernant la CAR.

41. Art. 14 de la décision concernant la CAR.

42. Art. 15 de la décision concernant la CAR.

43. Art. 13 de la décision concernant la CAR.

44. Art. 24, § 3, du règlement MSU et art. 16, § 3, de la décision concernant la CAR.

45. Art. 24, § 1^{er}, du règlement MSU.

46. Sous-entendu en cas de non-conformité formelle.

47. Sous-entendu en cas de non-conformité matérielle.

48. Art. 17 de la décision concernant la CAR.

49. Art. 24, § 7, du règlement MSU.

50. Art. 18 de la décision concernant la CAR.

51. *Idem*, art. 21.

Dualité des procédures. Le règlement-cadre MSU a précisé les modalités avec lesquelles la BCE entend exercer les pouvoirs qui lui reviennent en propre. Il précise alors le déroulement de ce qu'il qualifie de « procédures communes » à savoir l'agrément et les participations qualifiées (1). Ledit règlement précise ensuite comment la BCE entend conduire la supervision prudentielle des établissements importants (2). Dans les deux cas cependant, il s'agit de procédures prudentielles conduisant à l'adoption de décisions du même nom. Elles sont donc soumises aux principes et procédures partagés, décrits précédemment.

1. Procédures communes

Domaines. Les procédures communes font l'objet de la cinquième partie du règlement-cadre MSU. Elles concernent les missions que le règlement MSU réserve en propre à la BCE. Il en existe trois, les deux premières sont relatives à l'octroi (i) et au retrait de l'agrément (ii) et la dernière à l'acquisition de participations qualifiées (iii).

Quel que soit le domaine concerné, aussi bien la BCE que les autorités nationales doivent mutuellement se notifier les demandes reçues ainsi que les décisions prises. Ces dernières devront aussi être notifiées dans les meilleurs délais aux parties⁽⁵²⁾.

i. Octroi de l'agrément

Rôle central des autorités nationales. Le règlement MSU confie à la BCE le soin d'octroyer l'agrément. Elle est cependant largement secondée dans cette tâche par les autorités compétentes. En effet, la notification d'une demande d'agrément se fait auprès des autorités nationales, qui disposent ensuite de quinze jours pour la transmettre à la BCE⁽⁵³⁾. Ce sont elles qui devront ensuite vérifier si le requérant satisfait aux conditions d'agrément prévues par le droit national.

En effet, dans le cadre du MSU, la BCE doit appliquer le droit de l'Union ainsi que le droit national lorsque l'Union a adopté des directives ou lorsque les règlements de l'Union comportent des options⁽⁵⁴⁾. Il est alors logique que l'examen des demandes soit fait par les autorités nationales, qui maîtrisent mieux le droit national que la BCE. Ces autorités peuvent même décider de rejeter les demandes lorsque celles-ci « ne remplissent pas les conditions d'agrément prévues par le droit national »⁽⁵⁵⁾.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'autorité nationale transmet alors un projet de décision à la BCE, qui

52. Sur ces notifications, voy. art. 88 du règlement-cadre MSU.

53. *Idem*, art. 73.

54. Art. 4, § 3, du règlement MSU.

55. Art. 75 du règlement-cadre MSU.

devra alors étudier la demande. Ce projet peut comporter des conditions, recommandations, voire des restrictions, dans les conditions prévues par le droit national⁽⁵⁶⁾. Cette transmission doit se faire 20 jours ouvrables maximum avant la fin de la période maximale d'examen déterminée par le droit national. Le projet est aussi communiqué au requérant.

Rôle décisionnel de la BCE. La BCE ne se contente pas de suivre le projet qui lui est transmis. Elle examine une seconde fois la demande, mais cette fois-ci au regard du droit de l'Union⁽⁵⁷⁾. Elle peut d'ailleurs procéder à des auditions.

La BCE dispose de dix jours ouvrables, à compter de la réception du projet, pour adopter une décision. Faute de décision dans ce délai, sauf prorogation de celui-ci, la décision de l'autorité nationale est réputée adoptée⁽⁵⁸⁾. Ce dernier point laisse perplexe quant à la possibilité pour une autorité nationale de rédiger une décision qui pourra alors devenir un acte de l'Union, d'autant que le règlement-cadre MSU ne précise rien quant à la publicité de ces décisions adoptées tacitement.

ii. Retrait de l'agrément

Partage des tâches. Le retrait de l'agrément peut se faire à l'initiative des autorités nationales comme de la BCE. Cependant, seule la BCE est compétente pour adopter une décision de retrait d'agrément.

Une autorité nationale peut, de sa propre autorité, décider d'examiner l'opportunité de retirer un agrément. Elle devra alors transmettre un projet de décision à la BCE⁽⁵⁹⁾, cette dernière l'examinera alors dans les plus brefs délais⁽⁶⁰⁾.

La BCE peut procéder à un tel examen lorsqu'elle « prend connaissance de circonstances qui pourraient justifier le retrait d'un agrément »⁽⁶¹⁾. Elle a l'obligation de consulter les autorités nationales au moins 20 jours avant la date à laquelle elle prévoit de rendre sa décision⁽⁶²⁾.

Décision de la BCE. Dans les deux cas, il appartient à la BCE de prendre la décision retirant l'agrément. Elle devra alors, au préalable, consulter l'entité concernée conformément à son droit d'être entendu⁽⁶³⁾.

La décision de la BCE doit aussi être prise en coordination avec l'autorité nationale de résolution. Dans l'hypothèse où celle-ci s'oppose au retrait de l'agrément, la BCE doit s'abstenir d'adopter une décision de retrait, durant un délai défini avec ladite autorité⁽⁶⁴⁾.

56. *Idem*, art. 76.

57. *Idem*, art. 77.

58. *Idem*, art. 78, § 3.

59. *Idem*, art. 80.

60. *Idem*, art. 81.

61. *Idem*, art. 82, § 1^{er}.

62. *Idem*, art. 82, § 2. Ce délai peut être réduit à 5 jours en cas d'urgence.

63. *Idem*, art. 83, § 2.

64. *Idem*, art. 84.

iii. Participations qualifiées

Caractère coopératif de la procédure. Alors même que le règlement MSU confie à la BCE la tâche d'« évaluer les notifications d'acquisition et de cessions de participations qualifiées »⁽⁶⁵⁾, la procédure mise en place est largement décentralisée. En effet, les notifications sont adressées aux autorités nationales⁽⁶⁶⁾. Elles disposent alors de 5 jours pour en informer la BCE.

L'examen de la demande est mené par l'autorité nationale, qui devra alors préparer un projet de décision pour la BCE et le lui transmettre au moins quinze jours ouvrables avant la fin du délai prévu par le droit de l'Union⁽⁶⁷⁾. Il restera alors à la BCE à adopter la décision, tout en respectant le droit d'être entendu des parties en cause⁽⁶⁸⁾.

2. Exercice de la surveillance prudentielle des entités importantes

Caractère hybride de la surveillance. Lorsqu'une entité est classée comme « importante »⁽⁶⁹⁾, la BCE exerce l'ensemble des missions de surveillance prudentielle. Cependant, un tel transfert n'exclut pas d'office les autorités nationales⁽⁷⁰⁾. D'ailleurs, le règlement-cadre MSU détaille la manière avec laquelle elles sont intégrées au processus de surveillance, notamment grâce aux « équipes de surveillance prudentielle conjointe »⁽⁷¹⁾ (i) et au partage de certaines tâches avec elles (ii).

Le règlement-cadre semble tellement préoccupé par le souci d'associer les autorités nationales, qu'il néglige de préciser les procédures applicables au sein de la BCE. Cependant, il semble logique que la « procédure de surveillance prudentielle », aboutissant à une « décision de surveillance prudentielle », s'applique en l'espèce.

i. Équipes de surveillance prudentielle conjointe

Définition. Ces équipes sont des « équipes de contrôleurs chargés de la surveillance prudentielle d'une entité importante (...) ou d'un groupe important »⁽⁷²⁾. Ainsi, la supervision n'est pas le fruit de la BCE seule mais d'une structure hybride où se mêlent l'échelon européen et l'échelon national. Pour la saisir, il faut préciser la composition, puis les missions de ces équipes.

65. Art. 4, § 1^{er}, c), du règlement MSU.

66. Art. 85 du règlement-cadre MSU.

67. *Idem*, art. 86.

68. *Idem*, art. 87.

69. Voy., partie A de cet article.

70. L'article 6, § 8, du règlement MSU impose à la BCE de s'associer à des autorités désignées nationales dans l'exercice des fonctions qui lui sont confiées.

71. Ci-après ESPC (en anglais JST).

72. Art. 2, § 6, du règlement-cadre MSU.

Composition. Les ESPC rassemblent des « membres du personnel de la BCE et des autorités compétentes nationales »⁽⁷³⁾. La mise en place et la composition de ces équipes est du ressort de la BCE⁽⁷⁴⁾. Cependant, les autorités nationales choisissent elles-mêmes leurs représentants au sein des ESPC⁽⁷⁵⁾, sous réserve d'un veto de la BCE⁽⁷⁶⁾. Il est aussi prévu que les Banques centrales nationales, qui participent à la surveillance prudentielle sans pour autant pouvoir être qualifiées d'autorité compétente nationale, participent aux ESPC⁽⁷⁷⁾.

Chaque équipe comprend aussi un agent de la BCE. Celui-ci sera le « coordinateur ESPC »⁽⁷⁸⁾. Il est assisté de sous-coordonateurs. Ces derniers sont désignés par les autorités nationales qui nomment plus d'un membre dans une équipe. L'un d'entre eux devra être sous-coordonateur. Comme leur nom l'indique, les coordinateurs et les sous-coordonateurs sont chargés « de la coordination des travaux dans le cadre de l'équipe de surveillance prudentielle conjointe ». Au surplus, le coordinateur jouit d'un pouvoir hiérarchique sur les membres de l'équipe qui doivent suivre « les instructions du coordinateur ESPC en ce qui concerne leurs missions dans le cadre de l'équipe »⁽⁷⁹⁾.

Missions. L'article 3, § 2, du règlement-cadre MSU liste les cinq missions d'une ESPC, à savoir :

- « la mise en œuvre du processus de surveillance et d'évaluation prudentielle », dont l'objectif est d'assurer le respect de la législation de l'Union en la matière, mais aussi d'évaluer les risques auxquels l'établissement est confronté, ceux qu'il peut poser pour le système financier ou enfin ceux révélés par les tests de résistance ;
- la préparation d'un « programme de surveillance prudentielle », dont le contenu dérive de celui du « programme de contrôle prudentiel » imposé par la directive 2013/36⁽⁸⁰⁾. Le programme devra ensuite être soumis au conseil de surveillance qui devra en approuver le contenu ;
- la mise en œuvre « programme de surveillance prudentielle » ;
- la coordination des inspections sur place ;
- la liaison avec les autorités nationales.

Au-delà de cet encadrement juridique des tâches des ESPC, le *Guide* publié par la BCE précise de manière

73. *Idem*, art. 3, § 1^{er}.

74. *Idem*, art. 4, § 1^{er}.

75. *Idem*, art. 4, § 2.

76. *Idem*, art. 4, § 3.

77. *Idem*, art. 5.

78. *Idem*, art. 3, § 1^{er}.

79. *Ibidem*.

80. 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 176/338.

opérationnelle comment se déroulera la surveillance. Elle se fait en deux étapes. La BCE, par le biais de sa division « Planification et coordination des programmes de surveillance prudentielle », assure la planification stratégique qui définit les priorités et l'axe principal de la surveillance pour 12 à 18 mois. Elle élabore alors un « plan stratégique » qui précise « la nature, l'intensité et la fréquence des activités à intégrer dans chaque programme de surveillance prudentielle »⁽⁸¹⁾. Les ESPC sont responsables de la « planification opérationnelle », au moyen des programmes de surveillance prudentielle. Le *Guide* précise que ces derniers doivent être élaborés après consultation de l'établissement concerné.

Les équipes sont, au surplus, responsables des « activités de surveillance de base »⁽⁸²⁾, en analysant les documents transmis par les établissements et en organisant des réunions avec eux.

Fonctionnement. Le *Guide* précise une « Procédure générale de demande et de notification »⁽⁸³⁾. Les établissements doivent adresser leur demande à la BCE⁽⁸⁴⁾. Cette dernière en informera l'équipe, qui évaluera la demande en lien avec la division horizontale compétente⁽⁸⁵⁾ afin de déterminer si « la demande satisfait aux exigences prudentielles fixées dans la législation applicable »⁽⁸⁶⁾. Le *Guide* détaille la procédure applicable à l'approbation des modèles internes, qui n'est qu'une déclinaison de la procédure générale⁽⁸⁷⁾.

ii. Rôle des autorités nationales

Missions des autorités nationales. Alors même que le règlement-cadre MSU rappelle que « La BCE exerce la surveillance prudentielle directe des entités importantes »⁽⁸⁸⁾, le même texte précise le rôle fondamental joué par les autorités nationales. En effet, celles-ci sont chargées de trois missions fondamentales : préparer les « projets de décisions relatifs aux entités importantes »⁽⁸⁹⁾, assister la BCE dans « l'élaboration et la mise en œuvre de tout acte lié à l'exercice des mis-

81. Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire*, *op. cit.*, p. 32.

82. *Idem*.

83. La nature de celle-ci est plus confuse que celle de la « Procédure de surveillance prudentielle ». En effet, la première n'est définie que dans un *Guide* sans valeur juridique, contrairement à la seconde. Leurs rapports ne sont pas précisés. Il est possible de déduire que la « Procédure générale de demande et de notification » est une déclinaison de la « Procédure de surveillance prudentielle », notamment lorsqu'elle débouche sur une décision de la BCE.

84. Ce point est précisé par le règlement-cadre MSU à son article 95.

85. Sur ces divisions, voy. la première partie de cet article.

86. Banque centrale européenne – Supervision bancaire, *Guide relatif à la surveillance bancaire*, *op. cit.*, p. 33.

87. Pour plus de détails, voy. *ibidem*, pp. 35-36.

88. Art. 89 du règlement-cadre MSU.

89. Uniquement lorsque la BCE lui en fait la demande, voy. *ibidem*, art. 91.

sions » qui lui ont été confiées et enfin assister la BCE dans la mise en œuvre des décisions adoptées⁽⁹⁰⁾. Dans ce cadre, la BCE dispose d'un pouvoir d'instruction sur les autorités nationales⁽⁹¹⁾.

C. Pouvoirs de sanction

Dualité du régime. Comme toute autorité de supervision, la BCE est dotée d'un pouvoir de sanction par le règlement MSU. Avant même de se voir reconnaître des pouvoirs prudentiels, la BCE pouvait infliger des sanctions en matière monétaire⁽⁹²⁾. Depuis 1998, ce pouvoir est encadré par le règlement 2532/98 du Conseil⁽⁹³⁾. Ainsi, deux types de sanctions coexistent, toutes deux qualifiées de « sanctions administratives »⁽⁹⁴⁾. Lorsque le fait générateur contrevient au droit de l'Union, les sanctions sont qualifiées par la BCE de « sanctions pécuniaires administratives »⁽⁹⁵⁾ et elles trouvent leurs fondements juridiques dans l'article 18, § 1^{er}, du règlement MSU et dans le droit de l'Union confiant un pouvoir de sanction aux autorités prudentielles⁽⁹⁶⁾. Lorsqu'est en cause une violation de règles adoptées par la BCE, les sanctions sont fondées sur le règlement 2532/98⁽⁹⁷⁾ et elles sont qualifiées d'« amendes ou astreintes »⁽⁹⁸⁾.

Malgré cette dualité, leurs régimes juridiques varient sans être totalement dissociés. Pour l'imposition d'amendes ou d'astreintes, la BCE applique les règles du règlement 2532/98, celles du règlement-cadre MSU ne font que le compléter⁽⁹⁹⁾. En revanche, lorsqu'elle inflige des sanctions pécuniaires administratives, la BCE précise appliquer uniquement les règles de procédures prévues par le règlement-cadre MSU⁽¹⁰⁰⁾.

90. Sur ces trois missions, voy. *ibidem*, art. 90, § 1^{er}.

91. *Ibidem*, art. 90, § 2.

92. Voy. art. 34, § 3, des statuts du SEBC.

93. Règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, *J.O.U.E.*, L 318/4.

94. Art. 120 du règlement-cadre MSU.

95. Art. 120, a), du règlement-cadre MSU.

96. D'après l'article 18, § 1^{er}, du règlement MSU, la BCE peut imposer des « sanctions pécuniaires administratives » en cas d'« infraction à une exigence découlant d'actes pertinents directement applicables du droit de l'Union pour laquelle les autorités compétentes sont habilitées à imposer des sanctions ».

97. L'article 18, § 7, du règlement MSU rappelle que la BCE peut « imposer des sanctions conformément au règlement (CE) n° 2532/98 » mais uniquement « en cas d'infraction à des règlements ou à des décisions de la BCE ».

98. Art. 120, b), du règlement-cadre MSU.

99. *Ibidem*, art. 120, § 2.

100. *Ibidem*, art. 120, § 1^{er}.

Cependant, pour ce type de sanctions, l'article 18, § 5, du règlement MSU exige que l'application par la BCE soit faite « conformément [aux] procédures prévues dans le règlement (CE) n° 2532/98 ». La formule n'est pas d'une grande clarté et ne semble pas avoir

Cependant, la BCE a souligné qu'il est « particulièrement important d'instaurer un régime cohérent pour toutes les sanctions administratives infligées par la BCE en lien avec l'accomplissement de ses missions de surveillance prudentielle »⁽¹⁰¹⁾.

Il existe alors des règles communes, énoncées par le règlement-cadre MSU, à ces deux types de sanctions (1). Les autres règles, même si elles n'ont pas formellement la même source, sont convergentes (2).

1. Règles communes

Unité d'enquête et projet de décision. Lorsqu'elle présume qu'une infraction a été commise, la BCE saisit son unité d'enquête⁽¹⁰²⁾. Celle-ci est qualifiée d'indépendante car les enquêteurs – désignés par la BCE – ne peuvent pas participer aux fonctions prudentielles ou aux délibérations du conseil de surveillance ou du conseil des gouverneurs⁽¹⁰³⁾.

L'unité prépare une « proposition de projet complet de décision »⁽¹⁰⁴⁾, dans le respect des droits procéduraux et notamment une consultation écrite, voire une audition de l'entité concernée⁽¹⁰⁵⁾, soumise au conseil de surveillance⁽¹⁰⁶⁾. Ce dernier pourra adopter le projet en l'état, modifier les sanctions proposées, ou conclure qu'une infraction différente a été commise⁽¹⁰⁷⁾. Dans ce cas, il devra à nouveau consulter l'entité visée.

Publication des décisions. Les décisions de sanction, une fois adoptées par le conseil des gouverneurs et après notification à l'entité concernée, sont en principe publiées sur le site internet de la BCE. La publication doit mentionner la nature de l'infraction ainsi que l'entité en cause. Cependant, trois exceptions peuvent éviter une telle publication : lorsqu'elle pourrait « compromettre la stabilité des marchés financiers » ou causer un « préjudice disproportionné » ou enfin lorsqu'une enquête pénale est en cours⁽¹⁰⁸⁾.

eu d'effets. Il ressort clairement du régime juridique des « sanctions pécuniaires administratives » que ledit règlement ne s'applique pas.

101. Recommandation relative à un règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2532/98 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions (BCE/2014/19) (présentée par la Banque centrale européenne), *J.O.U.E.*, C 144/2, (ici p. 3).

102. La BCE précise qu'il peut s'agir d'une infraction au droit de l'Union directement applicable ou à ses propres actes (d'après l'article 124 du règlement-cadre MSU). Ainsi, l'unité intervient pour les deux types de sanctions.

103. Art. 123 du règlement-cadre MSU.

104. Art. 127, § 1^{er}, du règlement-cadre MSU.

105. *Ibidem*, art. 126.

106. En effet, le conseil de surveillance ne peut adopter les décisions lui-même mais simplement des projets qui seront transmis au conseil des gouverneurs pour être formellement adoptés.

107. Art. 127 du règlement-cadre MSU.

108. Art. 132, § 1^{er}, du règlement-cadre MSU.

2. Règles convergentes

Convergence normative. Alors même qu'il existe une distinction formelle entre les deux types de sanction, leurs régimes juridiques sont largement harmonisés grâce à la mise en cohérence des différentes règles.

En premier lieu, les différents actes de droit dérivé investissant la BCE d'un pouvoir de sanction ont été rapprochés. Le règlement-cadre MSU ne fait pas de réelle différence entre les deux types de sanctions quant à leur régime juridique. Ainsi, le règlement 2532/98 a été amendé afin d'harmoniser ses dispositions avec celles du règlement MSU⁽¹⁰⁹⁾. Ainsi, le montant maximal des amendes, au titre des sanctions administratives pécuniaires, est fixé par l'article 18, § 1^{er}, du règlement MSU. Le nouvel article 4*bis* du règlement 2532/98 limite aux mêmes montants le pouvoir de la BCE d'infliger des amendes⁽¹¹⁰⁾.

109. Règlement (UE) 2015/159 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant le règlement (CE) n° 2532/98 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, *J.O.U.E.*, L 27/1.

110. Règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, *J.O.*, L 318 du 27 novembre 1998, pp. 4-7, tel que modifié par le

En second lieu, le Conseil a modifié ledit règlement afin de recopier certains articles du règlement-cadre MSU⁽¹¹¹⁾. D'ailleurs, ce dernier ne s'embarrasse parfois pas de la distinction entre les deux types de sanctions. Ainsi, l'article 130 portant sur les délais pour imposer une sanction évoque, de manière indifférenciée, des « sanctions administratives ». Il est frappant que cet article ait été dupliqué – à quelques détails rédactionnels prêts – dans le règlement 2532/98⁽¹¹²⁾. Face à une telle convergence, la sophistication induite par la distinction des deux types de sanctions laisse perplexe.

règlement (UE) 2015/159 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant le règlement (CE) n° 2532/98 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, *op. cit.*

111. Un tel processus est plus discutable dans la mesure où le Conseil, institution politique censée encadrer les pouvoirs de la BCE, reprend quasiment mot pour mot des dispositions édictées par la BCE, institution technique.

112. Art. 4*quater* du règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions tel que modifié par le règlement (UE) 2015/159 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant le règlement (CE) n° 2532/98 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, *op. cit.*

BRÈVE INTRODUCTION AUX TITRES DE DETTE AT1 À L'USAGE DES JURISTES



Sébastien PRAICHEUX
*Docteur en droit, Avocat
à la Cour, Counsel
Clifford Chance
Europe LLP
Chargé d'enseignement,
Universités de Paris I
et Paris IX*

1. Les titres financiers peuvent faire l'objet d'une hiérarchie entre créanciers, selon un principe de subordination de créances bien connu en droit des obligations et des sûretés. Certains titres financiers se reconnaissent, en outre, à la possibilité qu'ils offrent à l'émetteur d'imputer les pertes de l'établissement sur la dette représentée par le titre lui-même. Un établissement de crédit peut en effet connaître des difficultés, qui peuvent se résoudre par une réorganisation des activités, une cession de certains actifs, voire par l'ouverture d'une mesure de résolution⁽¹⁾

1. Cfr F. LACROIX, « Groupes bancaires européens transfrontaliers : problématiques, enjeux et perspectives », *Banque & Stratégie*, n° 308, novembre 2012, pp. 26 et s.

– qui est administrative et ordonnée par l'autorité nationale compétente (l'ACPR en France), ou bien encore, par une procédure de liquidation judiciaire, par exemple.

2. La finalité poursuivie par l'émission de tels titres est précisément de venir absorber les pertes de la banque émettrice selon les conditions prévues par la documentation contractuelle liant l'émetteur au porteur de titres (prospectus, termes de l'émission, etc.). En général, ces cas d'absorption des pertes correspondent à des situations de dégradation de la solidité financière de l'émetteur au-delà d'un seuil prédéfini.

3. L'absorption des pertes peut s'opérer soit par conversion des obligations en actions, soit par réduction du nominal, laquelle peut être partielle ou totale, provisoire ou définitive : « au pire », l'émetteur est en droit, au terme de ce processus, et selon les modalités contractuelles définies, de ne plus rien devoir au porteur⁽²⁾. Ces produits existent depuis longtemps

2. À condition cependant de respecter un seuil plancher en raison des problématiques juridiques dans différents droits de l'Union européenne, dont le droit français, en cas d'annulation pure et simple de l'instrument de dette.