



HAL
open science

Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique

Thierry Granier

► To cite this version:

Thierry Granier. Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique. Les procédures collectives complexes, Centre de droit économique (CDE, Aix-Marseille université); Faculté de droit et de science politique (Aix-Marseille université); Institut de droit des affaires (IDA, Aix-Marseille université); Centre d'étude de droit de l'insolvabilité (CDEI, Aix-Marseille université), Dec 2016, Aix-en-Provence, France. hal-01549968

HAL Id: hal-01549968

<https://hal.science/hal-01549968>

Submitted on 29 Jun 2017

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.

Le traitement des difficultés des établissements de crédit d'importance systémique

Thierry Granier

Professeur à Aix-Marseille université

Directeur du *Pôle Banque Finance Patrimoine* (PBF) : <http://pole-bfp-facdedroit.univ-amu.fr>),

Faculté de droit et de science politique – Aix Marseille Université

Membre du Centre de droit économique (EA4224)

thierry.granier@univ-amu.fr

Au début du 20^{ème} siècle, l'activité bancaire, malgré son importance pour le développement de l'économie, n'avait pas véritablement retenu l'attention du législateur qui n'avait tout simplement pas prévu un cadre juridique adapté et structuré. Cependant, différents scandales dans l'entre-deux guerres ont conduit les pouvoirs publics à intervenir en règlementant d'abord le statut des banques puis, à la sortie de la deuxième guerre mondiale, une loi n° 45-015 du 2 décembre 1945 a nationalisé les banques et encadré le crédit. Ce même texte a également lancé un début de régulation du secteur prise en charge par le Conseil national du crédit et la Banque de France¹. Ce mouvement s'est amplifié par la suite par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit qui, d'une part, a clarifié l'architecture du secteur bancaire et, d'autre part, a renforcé la régulation sur les établissements de crédit. Elle a mis en place trois instances collégiales exerçant des fonctions de tutelle et de contrôle de la profession bancaire : le comité de la réglementation bancaire, le comité des établissements de crédit et la Commission bancaire. Par ailleurs, deux instances consultatives, travaillant en collaboration avec la Banque de France, ont aussi été créées. Il s'agit du Conseil national du crédit et du Comité consultatif auquel sont soumis les problèmes liés aux relations entre les établissements de crédit et leur clientèle.

A partir des années 1980, le contexte dans lequel évoluent les établissements de crédit a connu d'importantes mutations. En effet, les progrès technologiques, le développement de l'industrie financière, l'internationalisation et la communautarisation des activités bancaires et financières ont conduit à une transformation du rôle et du fonctionnement des établissements de crédit. Tout

¹ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ (coll. Domat – Droit privé), 2015, p. 27 et s. ; v. également Jean-Marie Thiveaud, « Les évolutions du système bancaire français de l'entre-deux-guerres à nos jours : Spécialisation, déspecialisation, concentration, concurrence », *Revue d'économie financière*, 1997, vol. 39, n° 1, pp. 27-74.

d'abord, on a assisté à une multiplication et à une diversification des services bancaires. Les services traditionnels se sont étoffés avec la sophistication des techniques de crédit et le développement des modalités de paiement qui se sont accélérés avec le perfectionnement de l'informatique. Les services financiers sont devenus une part importante de l'activité bancaire. Dans le même mouvement, il est apparu que les établissements de crédit ont perdu du terrain, notamment au regard du financement des entreprises d'envergure, puisque ces dernières ont pu aller chercher de l'argent sur les marchés financiers de manière plus dynamique. Un mécanisme de désintermédiation bancaire a ainsi été mis en lumière. Cette désintermédiation n'a pas affaibli les établissements bancaires qui, au contraire, ont progressivement occupé une place prépondérante dans le système financier mondial. Parallèlement, les autorités nationales ont renforcé la régulation du secteur sous l'influence d'institutions internationales et pour certaines de la construction communautaire. C'est ainsi que les conditions d'accès à la profession sont de plus en plus rigoureuses dans le cadre d'agrément délivrés par les pouvoirs publics très attentifs. De même, le fonctionnement des établissements est mis sous surveillance par l'édiction de règles dites prudentielles mises au point par des instances internationales et intégrées par les législations communautaires et nationales.

C'est dans cette dynamique qu'est intervenue la crise financière de 2008, elle a été provoquée par plusieurs événements et des pratiques abusives d'origines diverses. Sans être exhaustif et analyser l'ensemble des causes de cette crise, il est admis que l'un des facteurs est le phénomène dit des « *subprimes* ». En résumé, aux Etats-Unis, des crédits immobiliers avaient été distribués à une clientèle susceptible de ne pas assurer les remboursements, les créances ainsi mises en place avaient été cédées à des entités qui, pour les acquérir, ont émis des titres financiers sur les marchés. Ce mécanisme a été utilisé à une très grande échelle avec une régulation déficiente. Lorsque les défauts de remboursement des débiteurs sont intervenus les titres sur lesquels étaient adossées ces créances ont perdu toute valeur. Le problème était qu'ils avaient été commercialisés non seulement sur les marchés américains, mais aussi sur toutes les places financières importantes. Il faut ajouter l'utilisation non maîtrisée de ce qu'il est convenu d'appeler les produits dérivés ou instruments financiers à terme² sur l'ensemble de ces mêmes places financières. Sans revenir en détail sur ces instruments qui peuvent prendre des formes variées, il convient de retenir qu'ils constituent un mécanisme de transfert de risques. En effet, dans ce type de contrat, l'une des parties prend en charge un risque, s'il se réalise et qu'il ne peut y faire face, ce défaut est susceptible de provoquer une réaction en chaîne qui peut entraîner la défaillance de plusieurs opérateurs³. Ainsi, les établissements bancaires et financiers parties prenantes essentielles aussi bien dans les opérations de titrisation que dans la passation de contrats financiers ont eu à faire face à un volume de risque important dont ils ignoraient parfois le montant...

Lorsque les risques ont commencé à se réaliser ces mêmes établissements bancaires et financiers ne sachant pas à quelle hauteur leurs partenaires dans le secteur détenaient ces produits risqués se sont montrés méfiants dans les opérations interbancaires, le système s'est grippé jusqu'à l'intervention d'un événement qui a provoqué un véritable blocage : la faillite de la banque Lehman Brothers⁴. Cette faillite a fait prendre conscience aux Etats des conséquences de la défaillance d'une banque d'envergure et également révélé au niveau communautaire les faiblesses du dispositif communautaire en matière de faillite. En effet, à l'époque, il existait un texte général, le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, et dans le secteur banque et assurance : la directive

² Les juristes utilisent les termes d'instruments financiers ou de contrats financiers selon la terminologie de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier.

³ A. Gaudemet et H. Boucheta, « Réforme des marchés dérivés de gré à gré aux Etats-Unis et dans l'Union européenne : les nouvelles obligations de comportement », Bulletin Joly Bourse, 2011, p. 339.

⁴ Lehman Brother : « Ses métiers sa faillite – Premiers enseignements », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, n° 107, sept-oct. 2012, p. 4 et s.

n° 2001/17/CE du 19 mars 2001 (entreprises d'assurance) et la directive n° 2001/24/CE du 4 avril 2001 (établissement de crédit), étant entendu que ce dernier texte ne traitait pas véritablement de la faillite des groupes financiers, puisqu'il prenait en compte les établissements de manière individuelle. Ce n'est ainsi qu'à partir de 2008 que les autorités publiques au niveau international et au niveau communautaire ont engagé des réflexions qui se sont concrétisées par la mise en place d'un arsenal préventif des crises bancaires complété par des règles pour traiter efficacement les crises bancaires.

Les mécanismes ainsi installés sont désignés par le terme de « résolution » qui implique une forte participation des établissements de crédits de la zone euro en relation avec les régulateurs nationaux et européens du secteur bancaire. En effet, dans l'objectif de préservation de la stabilité financière, a été conçu un système intégré pour la zone euro qui se traduit par l'instauration de ce qu'il est convenu d'appeler *l'union bancaire*. Cette union repose sur un pilier le Mécanisme de surveillance unique (MSU)⁵, qui place les établissements de crédit importants (et transnationaux) de la zone euro sous la surveillance directe de la Banque centrale européenne. Le second pilier, le mécanisme de « résolution unique » (MRU) fonctionne à travers deux instruments européens : une nouvelle agence le « Conseil de Résolution unique » (CRU) et un « Fonds de résolution unique » (FRU). Les établissements de crédit importants et transnationaux, surveillés par la Banque centrale européenne (dans le cadre du MSU), vont donc être régis par la nouvelle agence européenne le CRU. Cette intégration signifie concrètement que le CRU sera directement responsable des phases de planification et de résolution de ces grandes banques l'union bancaire. Le texte qui régit cette question est le « règlement MRU » du 15 juillet 2014⁶. Il faut ajouter que l'harmonisation du traitement des difficultés des banques a été envisagée par la directive n° 2014/59/UE du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (...) dite « BRRD ».

L'ensemble de ces dispositions communautaires a conduit le législateur français à intervenir par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 qui a transposé la directive du 15 mai 2014 et qui adapté les dispositions du Code monétaire et financier afin de prendre en compte le règlement du 15 juillet 2014. Cette réforme est d'importance car si la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires contenait une dizaine d'articles sur la question de la résolution, l'ordonnance du 20 août 2015 a ajouté une centaine d'articles au code monétaire et financier sur ce thème. Ainsi, les pouvoirs publics après avoir instauré un contrôle étroit de l'accès à la profession bancaire, après avoir mis sous contrôle différents aspects de leur fonctionnement en leur imposant des ratios de gestion⁷, ont mis en place un véritable régime spécifique concernant le traitement de leurs difficultés. Il est intéressant d'observer que l'essentiel des dispositions de ce régime ont été intégrées dans le livre VI du code monétaire et financier consacré aux institutions en matière bancaire et financière, ces institutions sont essentiellement les régulateurs⁸ ce qui suggère que le traitement des difficultés des établissements bancaires relève de la régulation⁹. Effectivement, l'examen des

⁵ B. Keita, « Mécanisme de surveillance unique : une première étape vers la réalisation de l'union bancaire européenne », Banque & droit n° 162, juillet-août, 2015, p. 4.

⁶ Règlement [UE] n° 806/2014 du parlement européen et du conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n°1093/2010.

⁷ Le site de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) rappelle l'ensemble de ces ratios enjeux des différents accords de Bâle, voir : <https://acpr.banque-france.fr/international/les-grands-enjeux/les-accords-de-bale.html>, consulté le 7 mars 2017.

⁸ Principalement, l'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

⁹ A.-C. Muller, Regards sur la directive Résolution n° 2014/59/UE, Bulletin Joly bourse, 2015, p. 578.

règles en question montre les modalités de prévention sont placées sous surveillance du régulateur I) qui contrôle de plus de manière étroite la résolution proprement dite des établissements assujettis (II).

I. Des modalités de prévention sous surveillance du régulateur

Le régulateur va suivre la mise en œuvre des obligations des établissements assujettis en matière de prévention (A) et il doit jouer un rôle actif d'anticipation de leurs difficultés (B).

A. Le suivi par le régulateur des obligations de l'établissement assujetti en matière de prévention des difficultés

Obligation d'information des régulateurs – Il est habituel de rappeler pour le traitement des difficultés des entreprises qu'il est indispensable d'intervenir au plus tôt pour éviter une dégradation de la situation. Pour cela, il faut avoir une bonne connaissance de l'état de l'entité en cause et faire des analyses lucides que ne font pas toujours les dirigeants. La réglementation bancaire répond à cette préoccupation en imposant aux établissements de crédit de fournir de plus en plus de renseignements d'ordre matériels, humains et financiers au régulateur bancaire qui en tant qu'expert extérieur a une vision plus objective que les dirigeants. Ces obligations d'information débutent dès la phase d'agrément qui implique que le candidat à l'agrément fournisse à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (en charge de la préparation du dossier qu'elle transmet à la Banque centrale européenne [BCE]) des indications précises sur la structure financière de l'entreprise et sur sa gouvernance¹⁰. Durant le fonctionnement, la mise en place de la surveillance prudentielle a également entraîné pour les établissements assujettis des obligations d'information du régulateur relatives à l'évolution financière et comptable de l'entreprise. Ces différents éléments peuvent même conduire l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution à intervenir. Elle peut en effet enjoindre aux établissements assujettis de prendre, dans un délai déterminé, toutes mesures destinées à restaurer ou renforcer sa situation financière ou de liquidité, à améliorer ses méthodes de gestion ou à assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement¹¹. Dans le même ordre d'idées, toujours à la vue des informations communiquées, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut enjoindre à un établissement bancaire ou financier de prendre une ou plusieurs des mesures d'intervention précoce telles que définies au II de l'article L. 511-41-5 du code monétaire et financier. Cette disposition se rattache d'ailleurs aux mesures préventives de résolution. En effet, il est apparu que la seule transmission d'informations en vue de l'exercice de la surveillance par le régulateur n'était plus suffisante et qu'il fallait inciter les établissements à prévoir eux-mêmes d'éventuelles difficultés.

Plan préventif de rétablissement - Aux termes de l'article L. 613-35 du code monétaire et financier, les établissements de crédit soumis à la surveillance directe de la Banque centrale européenne¹² sont

¹⁰ Articles L. 511-30 et s. du code monétaire et financier. Voir également les dossiers d'agrément en ligne sur le site de l'ACPR : <https://acpr.banque-france.fr>.

¹¹ Article L. 511-41-3 du code monétaire et financier.

¹² C'est-à-dire les établissements bancaires et financiers d'envergure tels que déterminés par le paragraphe 4 de l'article 6 du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 et les établissements de crédit ou les entreprises d'investissement qui constituent une part importante du système financier au sens du paragraphe 8 de l'article 11 du règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014.

soumis à l'obligation d'élaborer et de tenir un plan préventif de rétablissement. Ce plan doit prévoir un éventail de mesures permettant de faire face à une détérioration significative de la situation financière des personnes concernées. Il s'agit de prendre en compte principalement les situations de crises éventuelles en envisageant plusieurs scénarios de perturbation macroéconomique et financière grave en incluant des événements d'ampleur systémique. De manière concrète, il doit comprendre des dispositions d'ordre technique et des procédures permettant d'assurer la mise en œuvre rapide des mesures de rétablissement¹³. Le texte précise qu'il ne doit pas s'appuyer sur la possibilité de soutien financier public exceptionnel, cette hypothèse ne doit donc pas faire partie des mesures envisageables pour les responsables bancaires. Ces plans sont mis à jour au moins une fois par an ou après chaque modification de la structure juridique ou plus généralement de la situation financière si elles sont susceptibles d'avoir un effet important sur le plan, étant entendu que le collège de supervision peut imposer aux intéressés des mises à jour plus fréquentes. Logiquement, une fois prêt, le plan préventif est soumis en vue de son adoption aux organes de surveillance¹⁴ de la société en cause avant sa transmission au collège de supervision de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution¹⁵.

B. Le rôle actif joué par le régulateur en matière de prévention

Plan préventif de résolution – Du côté du régulateur, l'article L. 613-38 du code monétaire et financier prévoit que le collège de résolution doit également établir des plans préventifs de résolution pour les personnes tenues d'élaborer un plan préventif de rétablissement. Ces plans prévoient les mesures de résolution susceptibles d'être prises lorsque sont réunies les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution prévue par les textes¹⁶. Ils décrivent la mise en œuvre de ces mesures en se fondant sur plusieurs scénarios, incluant notamment la possibilité que la défaillance soit circonscrite et individuelle ou qu'elle survienne dans un contexte d'instabilité financière générale ou d'événement systémique. De la même manière que pour les plans préventifs de rétablissement, ils ne tiennent pas compte d'un soutien financier public exceptionnel. Le collège de résolution établit des plans préventifs de résolution individuels et des plans préventifs de groupe qui sont réexaminés et, le cas échéant, mis à jour au moins une fois par an et après chaque modification de la structure juridique, de l'organisation, de l'activité ou de la situation financière de l'une des personnes. Les mesures mentionnées dans les plans sont indicatives et ne lient pas le collège de résolution ou les autorités de résolution des autres Etats membres.

Analyse de résolvabilité - La notion de « résolvabilité » des établissements bancaires et financiers a été introduite par la directive n° 2014/59/UE du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (précitée). Il s'agit en effet d'évaluer les possibilités de résolution d'un établissement. C'est ainsi que l'article L. 613-41 du code monétaire et financier prévoit que, lors de l'élaboration des plans préventifs de résolution et à chacune de leurs mises à jour, le collège de résolution évalue dans quelle mesure les personnes

¹³ Un arrêté du 11 septembre 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement donne des indications sur le contenu des plans préventifs, JORF n° 218 du 20 septembre 2015

(<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2015/9/11/FCPT1521061A/jo/texte>). .

¹⁴ Conseil d'administration, conseil de surveillance ou tout autre organe équivalent.

¹⁵ Il faut observer que le législateur prévoit également des dispositions relatives aux plans préventifs de groupe dans les articles L. 613-40 et s. du code monétaire et financier. Les textes envisagent ainsi le cas de difficultés dans ce cadre consolidé, répondant ainsi à une des faiblesses du dispositif précédent.

¹⁶ Le III de l'article L. 613-38 du code monétaire et financier donne des indications sur le contenu minimal de ces plans préventifs de résolution.

concernées peuvent soit être mises en liquidation selon les modalités de droit commun, soit faire l'objet d'une ou plusieurs des mesures de résolution que peut mettre en œuvre le régulateur, tout en assurant la continuité des fonctions critiques et sans entraîner, dans la mesure du possible, d'effet négatif significatif sur le système financier français et européen. Un arrêté du 11 septembre 2015 relatif aux critères d'évaluation de la résolvabilité dresse une liste des différents points (26) que le collège de résolution doit examiner. En résumé, le régulateur s'intéressera à la gouvernance de l'établissement ainsi qu'à sa structure juridique et financière, aux montants des engagements pris, les garanties étant prises en compte dans cette optique. Seront également appréciés les systèmes d'informations, comme seront analysés les contrats de prestation de services passés par la banque... Au total, il faut constater que les établissements bancaires et financiers assujettis, même s'ils ne connaissent pas de difficultés, doivent fournir des données aux régulateurs, doivent se préparer à une éventuelle défaillance sous la surveillance du régulateur qui lui-même anticipe dans son rôle dans la mise en œuvre possible d'une procédure de résolution¹⁷. C'est un formatage de l'activité bancaire au regard des risques de défaillance qui doit intégrer les modèles économiques de ces acteurs¹⁸.

II. Des modalités de résolution sous contrôle étroit du régulateur

Même si les termes utilisés sont différents du droit commun des procédures collectives, la démarche appliquée aux établissements bancaires est comparable. Cependant, c'est le régulateur qui déclenchera la procédure (A) si différentes conditions sont réunies ; il déterminera également les mesures dites de résolution (B) en vue de la liquidation ou de la reprise de l'entité concernée. Ce dirigisme dans la procédure est la marque de l'enjeu systémique et ses conséquences qui ont été notamment l'obligation d'un soutien public aux défaillances bancaires. Il porte ainsi à un degré supplémentaire la prise en compte des intérêts des différentes parties prenantes qui peut exister dans une procédure collective classique.

A. Déclenchement de la procédure de résolution par le régulateur

Objectif de la résolution – En préalable, l'article L. 613-50 du code monétaire et financier précise que le collège de résolution doit tenir compte des objectifs de la résolution. Il s'agit tout d'abord d'assurer la continuité des fonctions critiques¹⁹, cela signifie qu'il faut déterminer les activités de l'établissement qui doivent être nécessairement maintenues, ce qui permet en négatif de délimiter celles qui peuvent être arrêtées sans impact majeur sur le système en question. Il faut ensuite tenter d'éviter les effets négatifs importants sur la stabilité financière. En effet, le risque systémique a été longtemps sous-estimé, ce qui n'a pas permis de découvrir assez tôt les éléments qui ont conduit à la crise financière

¹⁷ Comme pour les plans préventifs, le législateur a prévu des dispositions relatives à l'analyse de la résolvabilité du groupe (articles L. 613-43 et s. du code monétaire et financier).

¹⁸ V. à ce sujet : Revue d'économie financière 2013/4 (n° 112). 340 pages : *Les systèmes bancaires européens (2. Nouvelles perspectives)*, <http://www.cairn.info/revue-d-economie-financiere-2013-4.htm>.

¹⁹ L'expression : " fonctions critiques " est définie par l'article L.613-34-1 du code monétaire et financier, elle « désigne les activités, services ou opérations d'une personne ou entité mentionnée au I de l'article L. 613-34 dont l'interruption est susceptible, en France ou au sein de l'Union européenne, d'affecter les services indispensables à l'économie réelle ou de perturber la stabilité financière en raison de la taille ou de la part de marché de la personne ou du groupe, de son interdépendance interne et externe, de sa complexité ou des activités transnationales qu'il exerce ».

de 2008. Les autorités publiques (nationales et européennes) tentent aujourd'hui d'adopter systématiquement une approche macro-économique en s'interrogeant, en l'occurrence, sur l'impact que pourrait avoir un traitement non nuancé de la défaillance d'une banque. Un autre objectif a été assigné au collège de résolution, celui de protéger les ressources de l'Etat en réduisant autant que possible le recours aux aides financières publiques exceptionnelles. Là encore, il est question de tirer les leçons de la crise financière qui a entraîné les Etats à soutenir financièrement le secteur bancaire. Enfin, le dernier objectif de la résolution est la protection des fonds et des actifs des clients. La défaillance bancaire soulève logiquement ce problème, les textes sur la résolution le prennent en compte puisque les établissements bancaires et financiers ayant leur siège en France, adhèrent au fonds de garantie des dépôts et de résolution. Ce fonds a vocation à couvrir dans la limite d'un plafond, les fonds laissés en compte auprès d'un établissement de crédit et libellés en euros ou dans la devise d'un autre pays dans des conditions fixées par les articles L. 312-4 et suivants du code monétaire et financier. Au-delà de ces objectifs généraux, la mise en œuvre de la résolution passe par une bonne connaissance de la situation de l'établissement en cause.

Valorisation de l'établissement - La Directive n° 2014/59 (art. 36, § 13) du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (précitée) a donné des indications sur les conditions nécessaires à la mise en œuvre de mesures de résolution. Elle a imposé une valorisation préalable de l'entité en question. La transposition de ce mécanisme est intervenue par L'article L. 613-47 du code monétaire et financier qui prévoit qu'avant de mettre en œuvre une mesure de résolution, le collège de résolution veille à ce qu'une valorisation juste, prudente et réaliste de l'actif et du passif de la personne concernée soit effectuée par un expert indépendant. Concrètement, la valorisation doit s'appuyer sur un bilan actualisé et un rapport sur la situation financière, elle doit s'accompagner d'une analyse et une estimation de la valeur comptable des actifs ainsi que de la liste des passifs en cours exigibles dans le bilan et le hors-bilan figurant dans les livres et registres de la personne concernée, avec l'indication des créanciers correspondants et de l'ordre de priorité des créances. En résumé, la valorisation telles que définie par les textes, a pour objet de fournir, dans les cas où les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution sont réunies (voir plus bas), les éléments permettant de décider des mesures de résolution à mettre en œuvre.

Ouverture de la procédure - En ce qui concerne les personnes qui peuvent ouvrir la procédure, l'article L. 613-49 du code monétaire et financier prévoit que les mesures de résolution ne peuvent être décidées que par le collège de résolution qui doit avoir été saisi, soit par le gouverneur de la Banque de France, soit par le Directeur général du Trésor, soit par la Banque centrale européenne. Il n'est possible pour le collège de résolution de prendre des mesures de résolution que s'il est établi que la défaillance de la personne en question est avérée ou prévisible. C'est le cas : lorsqu'elle ne respecte plus les conditions de son agrément ; lorsqu'elle n'est pas en mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance ; lorsqu'un soutien financier exceptionnel est requis des pouvoirs publics ou lorsque la valeur de ses actifs est inférieure à celle de ses passifs²⁰. Il faut en définitive pour le législateur qu'il n'existe aucune perspective raisonnable que cette défaillance puisse être évitée dans un délai raisonnable autrement que par la mise en œuvre d'une mesure de résolution. A partir du moment où ces conditions sont réunies, le collège de résolution informe différents acteurs aussi bien au niveau national que communautaire, soit : le ministre chargé de l'économie ; le Comité européen du risque systémique ; le Haut Conseil de stabilité financière ; selon les cas, le collège de résolution ou le collège de supervision ; les autorités compétentes au sens des articles L. 511-21 et L. 532-16 des Etats membres de l'Union européenne dans lesquels la personne mentionnée au premier

²⁰ Ces conditions sont énumérées par l'article L. 613-48 du code monétaire et financier.

alinéa du I a établi une succursale, ainsi que les autorités de résolution de ces Etats. Lorsque la personne concernée fait l'objet d'une surveillance sur une base consolidée, l'autorité d'un autre Etat membre de l'Union européenne chargée de la surveillance sur une base consolidée, ainsi que l'autorité de résolution de cet Etat devront également être informées. Enfin, il en sera de même pour le fonds de garantie des dépôts et de résolution lorsque cela lui est nécessaire pour remplir ses missions.

L'administration de la personne soumise à une procédure de résolution - le collège de résolution peut écarter les dirigeants de l'établissement en cause lorsqu'il décide de la résolution. Il peut en effet exercer directement le pouvoir dans cet établissement ou il peut nommer un administrateur spécial qui peut être une personne physique ou morale qui prendra en charge les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de cette entité. Ces pouvoirs seront exercés sous le contrôle du collège de résolution. Les tâches que comporte l'exercice du mandat d'administrateur incombent personnellement à l'administrateur spécial. Ce dernier met en œuvre les mesures de résolution décidées par le collège de résolution qui a défini les limites de son mandat. Il lui impose également la communication de rapports portant sur la situation économique de l'entité cause et sur les mesures qu'il a prises dans l'exercice de ses fonctions. En ce qui concerne la durée de ces fonctions, elles ne peuvent excéder la durée d'un an, renouvelable de manière exceptionnelle, étant entendu que le collège de résolution peut à tout moment décider de mettre fin au mandat de l'administrateur spécial. Quant à la rémunération de celui-ci, elle est fixée par le collège de résolution et prise en charge par la personne auprès de laquelle il a été désigné²¹. Au total, le législateur a encadré le déclenchement de la procédure de résolution par des règles fournies relatives aussi bien aux conditions générales de l'ouverture qu'aux personnes qui la mettent en œuvre. C'est dans ce cadre que sont prises les mesures de résolution.

B. Les mesures de résolution déterminées par le régulateur

Transfert de l'activité - La cession de l'activité est une solution envisageable lorsqu'une entreprise est en difficulté ou lorsqu'il est question de la liquider. Le législateur a effectivement prévu cette hypothèse dans l'article L. 613-52 du code monétaire et financier, c'est ainsi que le collège de résolution peut décider de transférer en une ou plusieurs fois à un ou plusieurs acquéreurs tout ou partie des titres de capital ou d'autres titres de propriété ainsi que des biens, droits ou obligations de la personne soumise à une procédure de résolution. Ce transfert qui doit intervenir logiquement avec l'accord de l'acquéreur porte également sur les accessoires des créances cédées et des sûretés réelles ou personnelles les garantissant. Techniquement, le texte prévoit que lorsque le transfert porte sur une branche d'activité, il entraîne la transmission universelle du patrimoine de celle-ci. Quant aux contrats transférés, ils se poursuivent de plein droit sans qu'aucun droit de résiliation ne puisse être exercé du seul fait de ce transfert ou de cette cession. Pour le transfert de tout ou partie des activités, il est également prévu que le collège de résolution peut également avoir recours à un établissement-relais dont il approuve l'acte constitutif, la stratégie et le profil de risque ; il dispose naturellement de l'agrément nécessaire pour exercer l'activité en question et il doit être entièrement ou partiellement détenu par une ou plusieurs personnes publiques. De plus, le collège de résolution veille à ce que la valeur totale des passifs et engagements transférés à cet établissement-relais ne soit pas supérieure à la valeur totale des actifs et des droits transférés. Ces conditions réunies, la cession totale ou partielle

²¹ Article L. 613-51 et s. du code monétaire et financier.

des activités peut intervenir dans le respect des règles de concurrence, les modalités étant définies par le collège de résolution.

Mise en place d'une structure de gestion des actifs – Dans le même ordre d'idée, le collège de résolution peut utiliser une ou plusieurs structures de gestions d'actifs²². Ces structures vont acquérir tout ou partie des actifs de l'établissement en cause ; elles seront chargées de les gérer en vue de leur réalisation au meilleur prix. Ce procédé peut convenir pour différencier les différents actifs de l'entité et essayer d'optimiser la valorisation de leur cession. Comme pour les établissements-relais, les structures de gestion des actifs doivent être entièrement ou partiellement détenues par une ou plusieurs personnes publiques. En ce qui concerne les conditions de transfert des biens, droits ou obligations à une structure de gestion des actifs, le collège de résolution ne peut le mettre en œuvre que lorsque l'une des conditions suivantes est remplie : la liquidation des actifs concernés selon les modalités prévues au livre VI du code de commerce²³ risquerait d'avoir des effets négatifs sur un ou plusieurs marchés financiers ; ce transfert est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de la personne soumise à une procédure de résolution ou de l'établissement-relais.

Renflouement interne - Le renflouement interne, connu sous le vocable anglo-américain : « *bail-in* », est un mécanisme qui prévoit de faire appel aux actionnaires et aux créanciers de la banque pour supporter les pertes encourues selon une hiérarchie prédéfinie²⁴. Plus précisément, certains types de créances (non garanties) seraient automatiquement convertis en capitaux propres et la valeur du portefeuille des instruments détenus par les créanciers subirait une décote. Ce mécanisme est encadré par le code monétaire et financier. C'est ainsi que l'article L. 613-55 de ce code prévoit que les engagements éligibles d'une personne soumise à une procédure de résolution peuvent faire l'objet d'une réduction de leur valeur ou d'une conversion en instruments de fonds propres de base de vue de la poursuite de l'un ou l'autre des objectifs suivants :

« 1° Recapitaliser la personne remplissant les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution afin de rétablir sa capacité à respecter les conditions de son agrément, à poursuivre les activités pour lesquelles elle est agréée et à maintenir à l'égard de cette personne un niveau de confiance suffisant de la part des marchés ;

2 Réduire la valeur des créances ou des instruments de dette, ou les convertir en titres de capital mentionnés au chapitre II du titre Ier du livre II ou en autres titres de propriété, lorsqu'ils sont transférés :

a) à un établissement-relais afin de lui apporter des capitaux ;

b) dans le cadre d'une cession d'activité ou du recours à une structure de gestion des actifs en application respectivement des dispositions des sous-paragraphes 3 et 5 du paragraphe 2 de la présente sous-section ». Ainsi, le renflouement interne peut s'appuyer sur les structures mises en place pour la résolution (établissement-relais ou structure de gestion d'actifs). Cependant, il faut observer que tous les engagements ne peuvent pas faire l'objet de cette opération, l'article L. 613-55-1 du code

²² Article L. 613-54 et s. du code monétaire et financier.

²³ Le livre VI du code de commerce traite des difficultés des entreprises.

²⁴ V. sur la question : S. Gauvent, « Bail-in : en attendant le MREL », Revue Banque, n° 803, 2016, (prospective 2017 – rétrospective 2016), p. 30 ; L. Scialom, Une activation du bail-in pourrait propager la crise, Revue Banque n° 790, p. 35. V. également : Simon Gleeson, Legal aspects of bank bail-ins, Special Paper 205 Lse financial markets group paper series, January 2012, <http://www.lse.ac.uk/fmg/workingPapers/specialPapers/PDF/SP205.pdf>, consulté le 7 mars 2017.

monétaire et financier dresse une liste des exceptions, étant entendu que les engagements éligibles peuvent être exclus de cette restriction.

L'ensemble de ce dispositif, axe important de l'Union bancaire, est ainsi une formule spécifique du traitement des difficultés économiques dans lequel la prise en compte de l'impact des difficultés sur le système est déterminant. On peut incidemment souligner que, s'agissant de l'opérateur concerné, les réglementations qui organisent la résolution conditionnent son modèle économique (on n'évoquera pas ici le volet prudentiel censé limiter la possibilité de survenues des difficultés). En effet, l'agrément de l'opérateur (c'est-à-dire son accès au marché et son maintien sur ce marché) n'est possible que si un plan de traitement des difficultés est élaboré, présenté au régulateur, et validé par celui-ci et ce tout au long de son activité. La résolution est aussi une partie intégrante de la tâche des régulateurs. Les instances de contrôle, au-delà de la surveillance de l'opérateur et de l'approbation des mesures qu'il a planifiées, doivent elles-mêmes déterminer le plan de résolution, qui organise donc la réponse à la défaillance de l'établissement bancaire.