



**HAL**  
open science

## Retrait de l'agrément bancaire : clarification des conditions et de la procédure

Sébastien Adalid

► **To cite this version:**

Sébastien Adalid. Retrait de l'agrément bancaire : clarification des conditions et de la procédure. Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs, 2022, 2022/2 (2), pp.377. hal-04257025

**HAL Id: hal-04257025**

**<https://hal.science/hal-04257025>**

Submitted on 25 Oct 2023

**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.

# Retrait de l'agrément bancaire : clarification des conditions et de la procédure

## Withdrawal of a credit institution's authorization: clarification of conditions and procedure

Trib. UE, 22 juin 2022, *Anglo Austrian AAB AG. e.a./BCE*, aff. T-797/19, ECLI:EU:T:2022:389

Sébastien ADALID, *Professeur à l'Université Rouen-Normandie*

Banking Union – Credit institution authorization – Withdrawal of a credit institution's authorization – European Central Bank – Money laundering and the financing of terrorism – Powers of the national competent authorities

*The General Court is judging the first cases of credit institution's authorization withdrawals by the ECB, mainly due to breaches of the legislation against money laundering and the financing of terrorism. In its June 22 judgment, it difficultly clarifies the conditions of such withdrawal. It is justified by a "serious breach", including old ones, as long as a national authority noticed it. However, the definition of a "serious breach" remains vague. The Tribunal is clearer concerning the procedure, which is not composite but remains solely in the hands of the ECB. National authorities only noticed the facts. The ECB has to respect procedural fundamental rights.*

Retirer l'agrément d'un établissement de crédit est une décision lourde de conséquences pour l'établissement, ses clients, ses actionnaires, l'ensemble de ses partenaires, voire l'ensemble du système bancaire d'un État ou de la zone Euro. Le retrait d'un agrément fait alors l'objet d'un, théoriquement strict, encadrement substantiel et procédural. La solidité de cet encadrement est aujourd'hui testée par différents recours, dans lesquels les Tribunal se montre assez conciliant envers la BCE.

Les premiers débats prétoriens ont porté sur la recevabilité du recours en annulation, notamment ceux formés par les actionnaires de

l'établissement concerné. Pour le Tribunal, ils étaient recevables<sup>1</sup>. La Cour est revenue sur cette solution, estimant que les actionnaires ne remplissent pas les conditions posées par l'article 263, alinéa 4, du TFUE<sup>2</sup>. Le recours de l'établissement de crédit a, en revanche, été jugé recevable par la Cour, qui a renvoyé l'affaire au Tribunal. Ce dernier a conclu par une ordonnance d'irrecevabilité, au motif du retrait

<sup>1</sup> Trib. UE (ord.), 12 septembre 2017, *Fursin e.a./BCE*, aff. T-247/16 (non publiée, EU:T:2017:623).

<sup>2</sup> CJUE, 5 novembre 2019, *BCE/Trasta Komercbanka AS*, aff. jtes C-663/17 P, C-665/17 P et C-669/17 P, ECLI:EU:C:2019:923, points 102-116.

de l'acte attaqué par la BCE<sup>3</sup>. Un tel motif d'irrecevabilité, utilisé à d'autres reprises<sup>4</sup>, pose question. En effet, le recours devient sans objet car la décision attaquée a été contestée devant la Commission administrative de réexamen<sup>5</sup>, ce qui conduit automatiquement (quelle que soit l'issue de la procédure devant la CAR) au remplacement de la décision contestée par une nouvelle (parfois, souvent, identique). Ainsi, bien que le règlement MSU prévoit que l'existence de la CAR « ne porte pas atteinte au droit de former un recours devant la CJUE conformément aux traités »<sup>6</sup>, la saisine de la CAR rend de jure caduque le recours contre la décision examinée, celle-ci étant forcément remplacée par une nouvelle, qu'il faudra alors contester.

Malgré ces obstacles procéduraux, le Tribunal a eu l'occasion de se pencher à trois reprises sur le retrait d'un agrément par la BCE : le 6 octobre 2021<sup>7</sup>, le 2 février 2022<sup>8</sup> et le 22 juin 2022<sup>9</sup>. Le présent commentaire portera sur ce dernier arrêt. Le texte de celui-ci ne mentionne pas les précédents arrêts du Tribunal, pour lesquels un renvoi est pendant devant la Cour. Pourtant, les trois affaires portent sur un même fondement : le retrait de l'agrément en raison, au moins, d'une infraction aux règles relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme<sup>10</sup> et parfois, mais les deux questions sont liées, à l'insuffisance du système de gouvernance de l'établissement concerné.

En effet, sur le fond, la directive CRD IV prévoit seulement à son article 18 que l'agrément peut être retiré, si l'entreprise « commet l'une des

infractions visées à l'article 67, paragraphe 1 »<sup>11</sup>. Ce dernier prévoit seize cas, dont celui où l'établissement « a été déclaré responsable d'une infraction grave aux dispositions nationales adoptées en vertu de la directive 2005/60/CE »<sup>12</sup>. La directive 2005/60, aujourd'hui remplacée, est relative « à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme »<sup>13</sup>, qui dresse une liste des infractions qu'il convient de qualifier d'« infraction grave »<sup>14</sup>.

D'emblée, la rédaction de l'article 67 interroge. Son premier paragraphe liste les seize infractions concernées. Le second énumère les sept « sanctions administratives et autres mesures administratives pouvant être imposées », dont le retrait de l'agrément. Cet article prévoit alors un cumul de sanction pour une même infraction, sans limites ou conditions.

Sur la forme, au sein du mécanisme de supervision unique<sup>15</sup>, le retrait de l'agrément est une « compétence exclusive »<sup>16</sup> de la BCE<sup>17</sup>, de sa propre initiative ou sur proposition d'une autorité nationale de supervision<sup>18</sup>. La procédure a été précisée de manière à prévoir l'ensemble des consultations nécessaires<sup>19</sup>.

En l'espèce, par une décision du 14 novembre 2019, la BCE a retiré l'agrément d'une banque autrichienne la « Anglo Austrian AAB Bank »<sup>20</sup>. Il lui est reproché d'avoir commis des infractions

<sup>3</sup> Trib. UE (ord.), 17 novembre 2021, *Trasta Komercbanka AS/BCE*, aff. T-427/16 RENV.

<sup>4</sup> V. Trib. UE (ord.), 20 décembre 2021, *Heikki Niemela e.a./BCE*, aff. T-321/17, ECLI:EU:T:2021:942.

<sup>5</sup> Ci-après « CAR ». Sur cette CAR, v. art. 24 du règlement (UE) n° 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, *JO*, L 287 du 29 octobre 2013, pp. 63-89 (ci-après « règlement MSU ») ; décision 2014/360/UE de la Banque centrale européenne du 14 avril 2014 concernant la mise en place d'une commission administrative de réexamen et ses règles de fonctionnement (BCE/2014/16), *JO*, L 175 du 14 juin 2014, pp. 47-53.

<sup>6</sup> Art. 24 § 11 du règlement MSU.

<sup>7</sup> Trib. UE, 6 octobre 2021, *Versobank AS e.a./BCE*, aff. T-351/18 et T-584/18, ECLI:EU:T:2021:669 (pourvoi C-803/21 P).

<sup>8</sup> Trib. UE, 2 février 2022, *Pilatus Bank e.a./BCE*, aff. T-27/19, ECLI:EU:T:2022:46 (pourvoi C-256/22 P).

<sup>9</sup> Trib. UE, 22 juin 2022, *Anglo Austrian Bank AAB AG e.a./BCE*, aff. T-797/19, ECLI:EU:T:2022:389.

<sup>10</sup> Ci-après « LBCE/FT » (acronyme utilisé par le Tribunal dans son arrêt du 6 octobre 2021, *Versobank AS e.a./BCE*, aff. T-351/18 et T-584/18, préc., point 3).

<sup>11</sup> Art. 18 f) de la 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, *JO*, L 176 du 27 juin 2013, pp. 338-436.

<sup>12</sup> *Ibid.*, art. 67 § 1 o).

<sup>13</sup> Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JO*, L 309 du 25 novembre 2005, pp. 15-36, remplacée par la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, *JO*, L 141 du 5 juin 2015, pp. 73-117.

<sup>14</sup> Art. 3 § 5 de la directive 2005/60, aujourd'hui art. 3 § 4 de la directive 2014/59/UE (les deux listes sont globalement similaires).

<sup>15</sup> Ci-après « MSU ».

<sup>16</sup> Selon la formule consacrée par la Cour de justice : CJUE, 8 mai 2019, *Landes Kreditbank Baden-Württemberg – Förderbank/BCE*, C-470/17 P, ECLI:EU:C:2019:372, point 32.

<sup>17</sup> Art. 14 § 5 du règlement MSU.

<sup>18</sup> Ci-après « ANC ».

<sup>19</sup> Art. 80 à 84 du règlement (UE) n° 468/2014 de la Banque centrale européenne du 16 avril 2014 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), *JO*, L 141 du 14 mai 2014, pp. 1-50, ci-après « règlement-cadre MSU ».

<sup>20</sup> Ci-après « AAB Bank ».

graves en matière de LBC/FT<sup>21</sup> et de ne pas disposer d'une structure de gouvernance interne adéquate<sup>22</sup>. Ce retrait intervient sur proposition de l'ANC autrichienne (FMA) le 26 avril 2019. Cependant, ce n'est là que l'aboutissement d'une longue série de décisions nationales (administratives et juridictionnelles) commencée en 2010, concernant la LBC/FT<sup>23</sup> et 2015 concernant son système de gouvernance<sup>24</sup>.

Le lecteur comprend rapidement que les infractions reprochées à la requérante sont anciennes et persistantes. D'emblée, le manque de coopération de celle-ci éclaire la rigueur des autorités de supervision – voire du Tribunal – à son encontre et explique qu'une décision aussi brutale ait été prise. Au surplus, le recours n'apparaît pas convaincant. Par exemple, le second grief de la première branche du premier moyen porte sur une erreur de base juridique<sup>25</sup>. Or, la requérante « *n'allègue pas que, en l'espèce, le choix d'une base juridique différente aurait pu avoir une influence sur l'appréciation de la BCE* »<sup>26</sup> ! À quoi bon alors développer un tel grief ?

Ce manque d'aboutissement du recours se retrouve tout au long de l'arrêt. En effet, certains arguments évidents, nous y reviendrons, ne sont pas développés, alors même que l'arrêt pose de véritables questions de droit, notamment concernant les conditions de retrait de l'agrément (I). D'un point de vue procédural, le droit dérivé étant plus clair, l'argumentation de la requérante avait peu de chances de prospérer (II).

## I. | Les conditions de retrait de l'agrément

Pour rappel, en l'espèce, la BCE fonde le retrait de l'agrément sur des « *infractions graves* » à la législation sur la LBC/FT et un manquement à l'obligation de disposer d'un dispositif de gouvernance adéquat. Cela pose deux questions : sur quels faits la BCE peut s'appuyer pour démontrer de tels manquements (A) et en quoi

la qualification de ces faits justifie le retrait de l'agrément (B).

### A. Les faits justifiant le retrait de l'agrément : une « *infraction* »

Pour retirer l'agrément, la BCE doit démontrer qu'un établissement de crédit a commis une « *infraction* ». Le terme est explicitement employé par la directive CDR IV pour les manquements à la législation sur la LBC/FT<sup>27</sup>. Pour le cas des dispositifs de gouvernance, le terme est seulement employé par le Tribunal, qui évoque les « *infractions à la législation sur les dispositifs de gouvernance* »<sup>28</sup>. Pour simplifier le propos, nous parlerons dans les deux cas d'infraction.

Concernant ces infractions, l'arrêt pose deux séries de questions communes aux deux fondements : la preuve des faits constitutifs de l'infraction (1) et la possibilité de les prendre en compte (2).

#### 1. La question de preuve

En l'espèce, la question des preuves ne pose pas de réels problèmes. Les faits reprochés ont fait l'objet de décisions administratives émanant de la FMA, voire d'arrêts rendus par les juridictions autrichiennes. La BCE peut alors, assez logiquement, s'appuyer sur ces décisions internes. Les preuves ne sont pas toujours aussi évidentes à apporter. La procédure de retrait d'agrément a pu prendre sa source dans un acte d'inculpation, contre l'unique actionnaire d'une banque, émis par les États-Unis<sup>29</sup>.

Tout d'abord, concernant uniquement les infractions en matière de LBC/FT, la directive évoquant explicitement des « *infractions* », la requérante estimait qu'il ne pouvait s'agir que d'infraction de nature pénale<sup>30</sup>. La Cour répond aisément que les directives en cause prévoyant des infractions pénales comme administratives<sup>31</sup>, les infractions qu'elles punissent ont alors cette double nature.

Ensuite, concernant les deux types d'infraction, la requérante estimait qu'elles pouvaient

<sup>21</sup> Art. 67 § 1 o) de la directive CRD IV.

<sup>22</sup> *Ibid.*, art. 67 § 1 d) : « *un établissement n'a pas mis en place les dispositifs de gouvernance exigés par les autorités compétentes conformément aux dispositions nationales transposant l'article 74* ».

<sup>23</sup> Point 26.

<sup>24</sup> Point 122.

<sup>25</sup> Points 93-117.

<sup>26</sup> Point 109.

<sup>27</sup> Art. 67 § 1 o) de la directive CRD IV.

<sup>28</sup> V. le second grief de la seconde branche du premier moyen.

<sup>29</sup> Trib. UE, 2 février 2022, *Pilatus Bank e.a./BCE*, aff. T-27/19, préc.

<sup>30</sup> Point 41.

<sup>31</sup> Point 42.

être constatées par des « *décisions juridictionnelles* ». La Cour utilise ici un raisonnement par analogie. Elle rappelle sa jurisprudence, relative aux institutions de l'Union, selon laquelle : en premier lieu, si un destinataire n'attaque pas une décision, celle-ci devient définitive à son égard<sup>32</sup> et en second lieu, « *la culpabilité d'une personne accusée d'une infraction peut être considérée comme définitivement établie lorsque la décision constatant cette infraction est devenue définitive* »<sup>33</sup>. Elle étend cette jurisprudence aux décisions administratives nationales<sup>34</sup>. Elle en déduit alors qu'elles peuvent servir de fondement au retrait de l'agrément<sup>35</sup>.

L'analogie dont se prévaut le Tribunal n'est pas étayée et la portée de sa jurisprudence n'est pas circonscrite. La spécificité du fonctionnement du MSU<sup>36</sup> et le rôle préparatoire que jouent, parfois, mais pas en l'espèce, les ACN dans les « *procédures administratives composites* »<sup>37</sup> auraient pu justifier une telle analogie. Ceci aurait aussi limité la portée de cette analogie au MSU. En l'espèce, la motivation du Tribunal apparaît lacunaire et insuffisamment étayée<sup>38</sup>.

Enfin, malgré les demandes de la requérante, les faits établis par ces décisions ne peuvent pas être remis en cause par des « *rapports d'audit interne* »<sup>39</sup>. Ceux-ci « *ne sauraient être considérés comme suffisants pour remettre en cause des constats opérés dans des décisions administratives devenues définitives* »<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> Point 45 (concernant les infractions en matière de LBC/FT) et point 143 (concernant les infractions en matière de système de gouvernance) citant : TPI, 12 octobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Commission*, aff. T-474/04, ECLI:EU:T:2007:306, point 37.

<sup>33</sup> Point 46 et point 144 citant TPI, 12 octobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Commission*, aff. T-474/04, ECLI:EU:T:2007:306, point 76.

<sup>34</sup> Points 47 et 145.

<sup>35</sup> Points 48 et 146.

<sup>36</sup> V. nos développements : S. ADALID, « Le MSU, nouveau sous-système de droit de l'Union européenne », *cette revue*, 2017, n° 2, pp. 363-370.

<sup>37</sup> V. CJUE, 19 décembre 2018, *Berlusconi et Fininvest*, aff. C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 et M. LOPEZ-ESCUADERO, « Le contrôle juridictionnel de la Cour de justice dans le domaine de l'Union bancaire », *C.D.E.*, 2020, vol. 56, n° 2-3, pp. 549-627, plus spécialement pp. 569-577.

<sup>38</sup> « *Cette jurisprudence doit être appliquée, par analogie, aux décisions des autorités administratives nationales constatant une violation des dispositions nationales relatives à la gouvernance des établissements de crédit* » (points 47 et 145).

<sup>39</sup> Points 52-53 et 149-150.

<sup>40</sup> Points 53 et 150.

Établir les faits constitutifs d'infraction n'est alors pas un problème. Les considérer comme pertinent pour le fondement du retrait de l'agrément non plus.

## 2. La pertinence des faits

Le retrait de l'agrément est une « *sanction* » qualifiée comme telle par l'article 67, § 2, de la directive CRD IV. La requérante posait la question de la prise en compte des infractions anciennes ou corrigées pour fonder ce retrait, puis explicitement la possibilité d'une éventuellement prescription.

Les réponses du Tribunal sont claires, en droit comme en fait. En droit, la directive CRD IV n'impose ni « *un délai à observer* » ni que « *les infractions ne soient pas interrompues ou existent toujours* »<sup>41</sup>. Concernant les infractions corrigées, refuser qu'ils puissent fonder un retrait d'agrément « *remettrait en cause l'objectif de sauvegarde du système bancaire européen dans la mesure où elle permettrait aux établissements de crédit n'ayant pas mis en place les dispositifs de gouvernance exigés par les autorités compétentes de poursuivre leurs activités tant que les autorités compétentes ne démontrent pas à nouveau qu'elles ont commis de nouvelles violations* »<sup>42</sup>. En fait, le Tribunal relève que les violations en question sont récentes (trois à cinq ans avant l'adoption de la décision)<sup>43</sup>.

Le Tribunal exclut aussi explicitement toute forme de prescription. En effet, les faits peuvent être prescrits, mais pas les infractions constatées par une décision. Ainsi, « *à partir du moment où une décision constatant une infraction devient définitive, la question de la prescription des faits à l'origine de ladite décision ne se pose plus. Dès lors, rien n'empêchait la BCE de prendre en compte cette décision définitive aux fins d'un retrait d'agrément* »<sup>44</sup>.

Les affirmations du Tribunal sont particulièrement péremptoires et générales. En premier lieu, si la lettre de l'article 67 de la directive

<sup>41</sup> Point 59 (concernant la LBC/FT). Concernant les systèmes de gouvernance, le Tribunal estime que « *l'interprétation selon laquelle des infractions passées ou qui ont été atténuées ne pourraient pas justifier un retrait d'agrément ne ressort ni du texte de l'article 67, paragraphe 1, sous d), de la directive 2013/36 ni* » de la législation nationale de transposition (point 134).

<sup>42</sup> Points 61 et 135.

<sup>43</sup> Points 60 et 136.

<sup>44</sup> Point 70.

CRD IV permet un cumul de sanctions, il semble nécessaire de limiter ce cumul dans le temps, au nom du « *droit à ne pas être puni pénalement deux fois pour une même infraction* »<sup>45</sup>. Le retrait de l'agrément est, en pratique, une sanction prise en dernier recours, lorsque les autres sanctions ont été inefficaces. La directive prévoit plus un continuum de sanctions qu'un cumul. Il serait souhaitable de limiter l'écart entre les sanctions, afin qu'un établissement – qui a corrigé ses défaillances – ne puisse pas être puni deux fois, par un retrait d'agrément alors qu'il s'est conforté aux décisions et sanctions antérieures.

En second lieu, maintenir la menace d'un retrait de l'agrément après la correction d'une défaillance contredit la logique même du contrôle prudentiel. Comme le Tribunal l'a relevé, dans une affaire similaire, « *la surveillance prudentielle (...), à la différence des procédures pénales, a pour objectif d'anticiper et de prévenir les risques, et non de sanctionner des personnes* »<sup>46</sup>. Maintenir la menace d'un retrait de l'agrément après une mesure prudentielle réduit grandement l'incitation, pour l'établissement concerné, à se conformer à la législation prudentielle. Cependant, toutes les infractions à cette législation ne peuvent pas fonder le retrait d'agrément, point sur lequel le Tribunal se penche ensuite.

### B. La qualification des infractions justifiant le retrait de l'agrément

*De jure*, tout type infraction listée par l'article 67, § 1, de la directive CRD IV peut fonder, parmi d'autres sanctions, le retrait de l'agrément. Ainsi, le continuum des sanctions n'est pas corrélé à la gravité des infractions et la sanction la plus lourde, le retrait de l'agrément, n'est pas liée à une exigence de gravité particulière de l'infraction. La gravité est cependant exigée en matière de LBC/FT (1) mais pas en matière de système de gouvernance (2).

#### 1. Une infraction « grave » à la législation en matière de LBC/FT

Le texte de l'article 67, § 1, o), de la directive CRD IV est clair : « *un établissement a été déclaré responsable d'une infraction grave aux dispositions nationales adoptées en vertu de la directive 2005/60/CE* ». La requérante conteste alors le retrait sur le fondement, logique, de l'absence de gravité de ses infractions, sans soulever le moyen de droit le plus évident.

Le Tribunal devait déterminer si les infractions dont AAB Bank s'est rendue coupable sont graves, ce que la requérante conteste. Le raisonnement suivi par le Tribunal est hautement contestable. Il est parfaitement résumé au paragraphe 89 de l'arrêt : « *au regard de l'objectif de ces dispositions d'assurer la sauvegarde du marché bancaire européen, il ne saurait être reproché à la BCE d'avoir considéré que des violations systématiques, graves et continues de la législation nationale sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme devaient être qualifiées d'infractions graves justifiant un retrait d'agrément au sens (...) de l'article 67, paragraphe 1, sous o), de la directive 2013/36* ».

En droit, une telle définition relève de la tautologie juridique. Une infraction sera qualifiée de « *grave* » si elle est issue de « *violations systématiques, graves et continues* » ! En fait, le Tribunal étaye sa solution par le rappel des multiples violations de la réglementation sur la LBC/FT par la requérante, depuis 2010<sup>47</sup>, et qui persistaient au moment du retrait de l'agrément<sup>48</sup>, malgré les « *décisions administratives et juridictionnelles* »<sup>49</sup> nationales.

À l'issue du raisonnement, il semble alors impossible de déterminer *in abstracto* ce qui constitue une « *infraction grave* », alors même que seule la gravité peut justifier le retrait de l'agrément.

Or, il existe une définition d'une « *infraction grave* » en matière de LBC/FT. En effet, l'article 3, paragraphe 5, de la directive 2005/60<sup>50</sup> donne une liste de six infractions qui sont

<sup>47</sup> Point 84.

<sup>48</sup> Point 83.

<sup>49</sup> Point 86.

<sup>50</sup> Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, préc.

<sup>45</sup> Art. 80 de la CDFUE.

<sup>46</sup> Trib. UE, 2 février 2022, *Pilatus Bank e.a./BCE*, aff. T-27/19, préc., point 89.

qualifiées d'« *infractions graves* ». La liste commençant par « *au moins* », elle n'est pas exhaustive. La directive en vigueur est plus ambiguë. Elle reprend quasiment la même liste d'infractions, mais pour préciser qu'il faut qualifier d'« *activité criminelle* » « *tout type de participation criminelle à la réalisation des infractions graves suivantes* »<sup>51</sup>.

Quoi qu'il en soit, il existe dans le domaine de la LBC/FT une notion d'« *infraction grave* » et le Tribunal, voire la BCE, aurait dû s'appuyer sur cette notion en l'espèce. Cependant, une fois de plus, ce point ne semble pas avoir été soulevé par la requête.

## 2. L'infraction aux règles relatives aux systèmes de gouvernance

L'article 67, § 1, d), de la directive CRD IV prévoit que l'agrément peut être retiré lorsqu'« *un établissement n'a pas mis en place les dispositifs de gouvernance exigés par les autorités compétentes conformément aux dispositions nationales transposant l'article 74* ». Or, l'article 74 impose la mise en place d'un « *dispositif solide de gouvernance d'entreprise* », sans mentionner de lien particulier avec la lutte contre la LBC/FT<sup>52</sup>. Pour la requérante, la BCE a alors commis une erreur de droit en retirant l'agrément sur ce fondement, sans lien apparent avec les infractions principales qui lui sont reprochées<sup>53</sup>. Ainsi, le Tribunal devant préciser dans quelles conditions une infraction aux règles relatives au système de gouvernance peut justifier le retrait de l'agrément.

Une fois de plus, la réponse n'est pas d'une grande clarté. La décision de la BCE mentionne une série de violations de « *l'obligation de disposer d'une gouvernance interne permettant une bonne gestion du risque* », « *fournir des informations correctes à la FMA* » et « *disposer d'un*

*mécanisme d'audit interne, de procédures de comptabilité interne adéquates, d'un système adéquat de documentation interne et d'une procédure de gestion adéquate du risque de concentration* »<sup>54</sup>. L'ensemble de ces violations étant étayé par une série d'« *ordres formels* » adressés à AAB Bank par la FMA<sup>55</sup>. À aucun moment, le Tribunal ne précise si une seule de ces violations aurait été suffisante pour retirer l'agrément ou si elles doivent être cumulées et répétées. En bref, il n'est pas exigé – par le droit positif et la jurisprudence – que la violation soit grave.

Ces violations sont sans rapport réel avec les infractions en matière de LBC/FT. Ces dernières ne sont qu'une preuve de plus de la défaillance du système de gouvernance interne. Pour le Tribunal, « *il ne saurait donc être reproché à la BCE d'avoir constaté une violation de ces dispositions du BWG découlant du caractère inapproprié des dispositifs de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, puisqu'elle a déduit cette violation, notamment, du caractère inapproprié des dispositifs de gouvernance* »<sup>56</sup>.

In fine, c'est la lettre de l'article 67 de la directive CRD IV qui apparaît comme beaucoup trop floue, sans que le Tribunal ne vienne la préciser. Au regard des conséquences graves pour les établissements du crédit du retrait de l'agrément, un contrôle plus rigoureux serait nécessaire. Inversement, la procédure suivie pose peu de problèmes.

## II. | La procédure de retrait de l'agrément

Le règlement MSU s'insère dans un contexte procédural assez développé. Entre les composantes du MSU, les responsabilités sont bien établies (1). Les rapports entre ces composantes et les établissements sont modelés par les droits fondamentaux procéduraux, dont le règlement MSU rappelle l'importance (2). Le rôle du Tribunal est ainsi restreint et, une fois de plus, les moyens développés par la requérante aisément écartés.

<sup>51</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, préc., art. 3 § 4.

<sup>52</sup> Art. 74 § 1 : « *Les établissements disposent d'un dispositif solide de gouvernance d'entreprise, comprenant notamment une structure organisationnelle claire avec un partage des responsabilités bien défini, transparent et cohérent, des processus efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, des mécanismes adéquats de contrôle interne, y compris des procédures administratives et comptables saines, et des politiques et pratiques de rémunération permettant et favorisant une gestion saine et efficace des risques* ».

<sup>53</sup> Points 124-125.

<sup>54</sup> Point 126.

<sup>55</sup> 9 au total entre 2015 et 2018 (point 122).

<sup>56</sup> Point 127.

## A. La répartition des responsabilités entre la BCE et les ACN

Le règlement MSU prévoit deux procédures différentes de retrait de l'agrément. Celle-ci peut être à l'initiative de la BCE. Dans ce cas, elle devra consulter l'ACN compétente<sup>57</sup>. Inversement, comme c'est le cas en l'espèce, l'ACN peut soumettre une proposition de retrait de l'agrément à la BCE, qui adoptera la décision de retrait<sup>58</sup>. Dans ce cadre, le rôle des ACN est différent de celui joué dans les « *procédures administratives composites* » (1). La charge revient principalement à la BCE, qui est « *exclusivement compétente pour adopter une décision en matière de retrait de l'agrément* »<sup>59</sup> (2).

La décision de retrait de l'agrément est donc uniquement imputable à la BCE. Dans ces conditions, le Tribunal est alors compétent pour en vérifier la proportionnalité. Il considère que celle-ci poursuit un objectif clair de protection<sup>60</sup>, qu'elle est apte à remplir cet objectif<sup>61</sup> et que la décision n'a pas « *dépassé les limites de ce qui est nécessaire* »<sup>62</sup>. Le raisonnement sur la proportionnalité est classique bien qu'assez sommaire<sup>63</sup>. Il n'appelle pas de remarques particulières, à part certaines évoquées ci-dessous.

### 1. Le rôle limité des ACN

Dans l'affaire *Fininvest et Berlusconi*, la Cour de justice s'est estimée compétente pour contrôler les actes des ACN dans le cas d'une « *procédure administrative composite* » où les ACN adoptent des « *actes préparatoires* », comme en matière d'évaluation des prises de participation qualifiée<sup>64</sup>. Il en va différemment pour le retrait d'un agrément.

En effet, le règlement MSU prévoit explicitement que les ACN doivent évaluer l'acquisition et sur cette base transmettre une proposition à la

BCE, qui va alors se fonder sur l'évaluation de l'ACN<sup>65</sup>. Ainsi, l'acte adopté par l'ACN n'est pas autonome mais s'inscrit dans une procédure plus large, qui aboutit à une décision de la BCE. En matière de retrait de l'agrément d'un établissement moins important, il faut distinguer deux types d'actes des ACN : les actes de supervision adoptés avant le retrait de l'agrément et la proposition de retrait de l'agrément.

Les premiers sont courants, ils matérialisent la supervision exercée par l'ACN. Ils ont pour fonction de garantir le respect par l'établissement des prescriptions réglementaires. En cas de retrait de l'agrément, ils auront une double utilité. En premier lieu, ils servent de fondement matériel à la décision adoptée par la BCE. Comme vu précédemment, celle-ci peut s'appuyer sur ces actes pour démontrer l'existence d'infractions. Le Tribunal précise d'ailleurs que « *la BCE doit se fonder sur des décisions des autorités nationales compétentes qui ont établi la commission d'infractions graves, et non en ce sens que la BCE doit déclarer elle-même que l'établissement de crédit a commis une infraction grave* »<sup>66</sup>.

En second lieu, ils sont mobilisés pour démontrer la proportionnalité de la mesure. La BCE, et le Tribunal, peuvent écarter l'argument de mesures alternatives car « *malgré l'adoption d'un grand nombre d'injonctions et de sanctions depuis 2010 par la FMA à l'égard d'AAB Bank, cette dernière n'a pas adopté des mesures correctrices satisfaisantes pour se conformer aux exigences légales* »<sup>67</sup>.

Mais l'ACN peut aussi adopter une proposition de décision de retrait de l'agrément. Cependant, une telle décision n'a qu'un rôle procédural accessoire<sup>68</sup>. La décision appartient, *in fine* et intégralement, à la BCE.

<sup>57</sup> Art. 14 § 5 al. 1.

<sup>58</sup> Art. 14 § 5 al. 2.

<sup>59</sup> Trib. UE, 6 octobre 2021, *Versobank AS e.a./BCE*, aff. T-351/18 et T-584/18, préc., point 162.

<sup>60</sup> Point 172 : « *L'objectif poursuivi par le retrait d'agrément était de faire cesser les violations de la loi par AAB Bank et les risques qui en résultaient pour le système bancaire européen ainsi que de protéger les déposants, les investisseurs et les autres partenaires d'AAB Bank* ».

<sup>61</sup> Points 174-182.

<sup>62</sup> Points 183-201.

<sup>63</sup> À titre d'exemple, le Tribunal ne consacre aucun développement à la marge d'appréciation de la BCE.

<sup>64</sup> CJUE, 19 décembre 2018, *Berlusconi et Fininvest*, aff. C-219/17, préc.

<sup>65</sup> Art. 15 § 2.

<sup>66</sup> Point 258.

<sup>67</sup> Point 185. Point 188 : le Tribunal précise : « *L'argument selon lequel des mesures auraient dû être adoptées préalablement à la décision attaquée en vertu de la formulation spécifique du principe de proportionnalité en droit autrichien à l'article 70, paragraphe 4, du BWG ne saurait non plus être accueilli dès lors que de telles mesures ont effectivement été adoptées préalablement par la FMA et qu'elles n'ont pas permis de rétablir la légalité, au sens du premier paragraphe de cette disposition* ».

<sup>68</sup> Dans une autre affaire, le Tribunal a estimé qu'il appartient aux ACN « *d'effectuer les vérifications factuelles nécessaires ainsi que de préparer et d'assister la BCE dans l'élaboration et la mise en œuvre de tout acte lié aux missions visées à l'article 4 du règlement MSU de base, parmi lesquelles figure la décision de retrait de*

## 2. Le rôle central de la BCE

En effet, l'ACN ne fait que lancer la procédure, qui dépend ensuite de la BCE. Cette dernière doit adopter une décision en se fondant sur son propre raisonnement et ses propres procédures.

Le Tribunal précise les différentes étapes que le raisonnement de la BCE doit suivre, puis vérifie qu'elles ont été suivies. Assez classiquement, il rappelle que la BCE doit tout d'abord « établir les faits pertinents »<sup>69</sup>. Dans le cas des établissements moins importants, la BCE « doit se fonder sur des décisions des autorités nationales compétentes »<sup>70</sup>. Ensuite, elle doit mener « sa propre évaluation »<sup>71</sup>, sans se contenter de « renvoyer aux infractions »<sup>72</sup> constatées par l'ACN. Cette évaluation doit dépasser la proposition de retrait formulée par l'ACN. En effet, elle ne constitue qu'un paramètre parmi d'autres que le règlement-cadre MSU impose à la BCE de prendre en compte<sup>73</sup>. Il ne s'agit donc pas d'une procédure composite car la BCE conduit sa propre évaluation, alors que dans le cas des participations qualifiées la BCE se fonde sur l'évaluation de l'ACN. Le Tribunal vérifie ensuite que, en l'espèce, la BCE a bien mené sa propre évaluation<sup>74</sup>.

Ainsi, la décision est adoptée par la BCE, qui pourra ensuite en suspendre les effets. L'article 34 du règlement-cadre MSU l'autorise à le faire « à la demande du destinataire d'une décision de surveillance prudentielle de la BCE », sans plus de précision. La formule est particulièrement vague et aucune condition

n'est posée pour encadrer une telle suspension. En l'espèce, la requérante se plaint de ne pas avoir pu en bénéficier, alors même qu'une décision de retrait d'agrément « allait causer un préjudice irréparable »<sup>75</sup>. L'argumentation de la requérante ne saurait prospérer sur le fondement du droit à un recours effectif<sup>76</sup>. En effet, la requérante a pu formuler un recours<sup>77</sup> et même se voir reconnaître un sursis à exécution en référé par le président du Tribunal<sup>78</sup>. Si la décision de la BCE avait été annulée, elle aurait pu « demander réparation du préjudice »<sup>79</sup>. Par conséquent, « l'application immédiate des décisions de retrait n'est pas contraire au droit à une protection juridictionnelle des établissements concernés »<sup>80</sup>.

Il n'en reste pas moins que l'article 34 du règlement-cadre MSU ne contient aucune condition, pas même d'urgence<sup>81</sup>, pour la suspension des effets d'une décision de surveillance prudentielle. Si, en l'espèce, la BCE a justifié son refus par l'absence d'illégalité manifeste et de risque de « dommage irréparable » et l'existence d'un intérêt public au maintien des effets<sup>82</sup>, il serait souhaitable que les critères permettant d'octroyer une suspension soient connus et précisés par le règlement-cadre MSU, ou à défaut par la jurisprudence.

En effet, le rôle du juge ne saurait se limiter à un simple contrôle procédure du respect des droits de la défense, bien que ceux-ci soient fondamentaux.

*l'agrément* » (Trib. UE, 6 octobre 2021, *Versobank AS e.a./BCE*, aff. T-351/18 et T-584/18, préc., point 164).

<sup>69</sup> Point 257.

<sup>70</sup> Point 258.

<sup>71</sup> Point 260.

<sup>72</sup> Point 261.

<sup>73</sup> Art. 83 § 2 (rappelé au point 256) : « Lorsqu'elle prend sa décision, la BCE tient compte de l'ensemble des points suivants : a) son examen des circonstances justifiant le retrait ; b) le cas échéant, le projet de décision de retrait de l'autorité compétente nationale ; c) la consultation de l'autorité compétente nationale concernée et, lorsque l'autorité compétente nationale n'est pas l'autorité nationale de résolution, de l'autorité nationale de résolution (ensemble avec l'autorité compétente nationale les "autorités nationales") ; d) les observations présentées par l'établissement de crédit conformément à l'article 81, paragraphe 2, et à l'article 82, paragraphe 3 ».

<sup>74</sup> Points 265-273. « La BCE ne s'est pas limitée à reproduire dans la décision attaquée les constats présentés par la FMA dans sa proposition de décision ou les mesures administratives adoptées par la FMA, mais elle s'est fondée sur sa propre appréciation du respect des dispositions nationales de transposition de l'article 74 de la directive 2013/36 » (point 266).

<sup>75</sup> Plus précisément : « une telle mesure allait causer un préjudice irréparable et entraîner le remplacement de ses dirigeants par des liquidateurs en qualité de représentants exclusifs des organes de la banque sans qu'elle puisse faire contrôler au préalable la légalité de la décision attaquée au moins par la voie du référé » (point 203).

<sup>76</sup> Art. 47 CDFUE.

<sup>77</sup> Points 206-208 sur le fait que l'absence de mesures provisoires est contraire à l'article 47 s'il rend « les recours excessivement difficile ou impossible » (point 208) ; points 210-212 pour l'application aux faits de l'espèce.

<sup>78</sup> Point 212.

<sup>79</sup> Point 217.

<sup>80</sup> Point 219.

<sup>81</sup> Comme le rappelle le Tribunal au point 222.

<sup>82</sup> Point 221 : « la BCE a refusé de suspendre les effets de la décision attaquée pour une période de trente jours au motif que les observations d'AAB Bank n'étaient pas de nature à mettre en doute la légalité de cette décision, que celle-ci n'était pas susceptible de causer un dommage irréparable, et que l'intérêt public visant à protéger les déposants, les investisseurs et les autres partenaires d'AAB Bank ainsi que la stabilité du système financier justifiait l'application immédiate de la décision ».

## B. L'obligation du respect des droits de la défense

Sans succès, la requérante va arguer du non-respect de son droit d'être entendu, son droit d'accès au dossier et son droit à une audience. Le règlement MSU et le règlement-cadre étant particulièrement bien construits, et héritiers de l'ensemble de la jurisprudence relative aux droits procéduraux en matière de droit de la concurrence ou de mesures restrictives, il prévoit l'ensemble de ces droits, dont la requérante a pu jouir.

La requérante estime que son droit d'être entendu n'a pas été respecté, faute d'audition par l'ACN avant la transmission de sa proposition à la BCE<sup>83</sup>. Or, l'article 22 du règlement MSU, précisé par les articles 31 du règlement-cadre MSU, reconnaît le droit d'être entendu. L'article 81, alinéa 2, du règlement-cadre précise d'ailleurs qu'il s'applique à la procédure de retrait d'agrément. Il en résulte que « *AAB Bank a été mise en mesure de présenter des observations* »<sup>84</sup>.

Concernant son droit d'accès au dossier, la requérante estime qu'elle n'a eu qu'un « *accès restreint* » au dossier, excluant la « *transmission de la communication interne et de la communication entre la BCE et FMA* »<sup>85</sup>. Ceci l'aurait empêchée de « *vérifier la pertinence matérielle des documents divulgués dans le dossier et*

*d'identifier les reproches soulevés par la BCE et la FMA ne démontre pas qu'AAB Bank a été empêchée de se défendre efficacement* »<sup>86</sup>. Le Tribunal rappelle que le droit d'accès au dossier peut être limité<sup>87</sup>. Il constate qu'« *AAB Bank a eu accès au dossier* »<sup>88</sup> et un délai de « *cinq semaines* », qualifié de « *suffisant* »<sup>89</sup>. Enfin, le Tribunal estime que les faits sur lesquels se fondent les décisions ne peuvent qu'être connus de la requérante, puisqu'il s'agit de « *décisions de la FMA et des arrêts des juridictions autrichiennes* »<sup>90</sup> et qu'il n'était pas nécessaire de lui donner un accès total au dossier.

En dernier lieu, concernant le droit à une audience. AAB Bank a demandé à présenter oralement ses observations<sup>91</sup>. La BCE a refusé, l'audience étant « *une faculté et non une obligation* »<sup>92</sup>. Ainsi, pour le Tribunal, « *[i]l ne saurait donc lui être reproché une violation d'un "droit à l'audience" puisqu'un tel droit n'est pas reconnu aux établissements de crédit concernés* »<sup>93</sup>.

Cette ultime citation illustre parfaitement les faiblesses de la requête, alors même que les faits reprochés à la requérante étaient graves et répétés, expliquant ainsi une décision forte de la BCE. Dans ces conditions, le recours ne peut être que rejeté.

<sup>83</sup> Point 229.

<sup>84</sup> Point 225.

<sup>85</sup> Point 239.

<sup>86</sup> Point 244.

<sup>87</sup> Points 240-241.

<sup>88</sup> Point 242.

<sup>89</sup> Point 243.

<sup>90</sup> Point 245.

<sup>91</sup> Point 274.

<sup>92</sup> Point 276.

<sup>93</sup> Point 277.