



**HAL**  
open science

## Vers une maîtrise du risque bancaire systémique

Alexandra Maurin

► **To cite this version:**

Alexandra Maurin. Vers une maîtrise du risque bancaire systémique. Droit. Université Paris sciences et lettres, 2019. Français. NNT : 2019PSLED035 . tel-03222136

**HAL Id: tel-03222136**

**<https://theses.hal.science/tel-03222136>**

Submitted on 10 May 2021

**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.



**THÈSE DE DOCTORAT**  
**DE L'UNIVERSITÉ PSL**

Préparée à l'Université Paris-Dauphine

**Vers une maîtrise du risque bancaire systémique**

Soutenue par

**Alexandra MAURIN (LOUYOT)**

Le 13 décembre 2019

École doctorale n° ED 543

**École doctorale de Dauphine**

Spécialité

**Droit**

Composition du jury :

M. Georges DECOCQ Professeur, Université Paris-Dauphine	<i>Président</i>
Mme Juliette MOREL-MAROGER Professeur, Université de Bourgogne	<i>Rapporteur</i>
Mme Pauline PAILLER Professeur, Université Paris Descartes	<i>Rapporteur</i>
M. François PASQUALINI Professeur, Université Paris-Dauphine	<i>Directeur de thèse</i>





*L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## *Remerciements à :*

Monsieur le Professeur François PASQUALINI  
Professeur, Université Paris-Dauphine, PSL Université de recherche

Monsieur Arnaud BOURDEILLE  
Associé, KPMG

Monsieur Dominique FERRERO  
Administrateur, Vinci et ancien directeur général, Natixis

Maître Naoil EL FARH  
Avocat à la Cour

Monsieur Thomas MAURIN  
Ancien auditeur senior, KPMG

Madame Perrette REY  
Ancienne Présidente du Tribunal de commerce de Paris

Madame Marcie REYNO-DALLE  
Directrice d'activité, EUROTAX

Madame Jacqueline RIFFAULT-SILK  
Conseiller doyen, Chambre commerciale, financière et économique de la Cour  
de cassation

Monsieur Michel SVETCHINE  
Inspecteur général honoraire, Banque de France



*Je dédie cette thèse à mon père, qui aurait aimé  
m'accompagner jusqu'à son achèvement.*

*À mon grand-père,*

*À mon époux, ma mère, mes proches et mes  
relecteurs, pour leur soutien permanent, leurs  
encouragements et leur patience.*





*« Le banquier est le moteur de toutes les activités de son temps ; il en est aussi le miroir et l'on ne peut traiter de la banque en ignorant le contexte économique, social, voire politique au sein duquel elle opère. »*

Michel VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, 1976

# LISTE DES ABRÉVIATIONS

§ : alinéa

**ACPR** : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

**act.** : actualité

**AJ** : Actualité juridique

**AMF** : Autorité des marchés financiers

**art.** : article

**BRI** : Banque des règlements internationaux

**Bull. I** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, première Chambre civile

**Bull. II** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, deuxième Chambre civile

**Bull. III** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, troisième Chambre civile

**Bull. IV** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale

**Bull. V** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale

**Bull. Joly** : Bulletin Joly sociétés (mensuel d'information des sociétés)

**Bull. Joly Bourse** : Bulletin Joly (Bourse et produits financiers)

**Bull.** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

**C. civ.** : Code civil

**C. com.** : Code de commerce

**C. conso.** : Code de la consommation

**C. mon. fin.** : Code monétaire et financier

**C. pén.** : Code pénal

**CA** : Cour d'appel

**Cass. 1<sup>re</sup> civ.** : Première Chambre civile de la Cour de cassation

**Cass. com.** : Chambre commerciale de la Cour de cassation

**Cass. crim.** : Chambre criminelle de la Cour de cassation

**Cass. soc.** : Chambre sociale de la Cour de cassation

**CERS** : Comité européen du risque systémique

**CGI** : Code général des impôts

**CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne

**comm.** : Commentaire

**Cons. const.** : Conseil constitutionnel

**CPP** : Code de procédure pénale

**D.** : Recueil Dalloz

**D. Affaires** : Dalloz Affaires

**Dr. sociétés** : Droit des sociétés (LexisNexis)

**Dr. & patrimoine** : Droit et patrimoine

**Dr. pén.** : Droit pénal (LexisNexis)

**déc.** : décembre

**Dir.** : Directive

**éd.** : édition

**Éd.** : Éditeur

**etc.** : *et cætera* (et le reste).

**ex.** : exemple

**fasc.** : fascicule

**févr.** : février

**Gaz. Pal.** : Gazette du Palais

**HCSF** : Haut Conseil à la Stabilité Financière

**idem** : Le même (employé quand la référence de deux notes consécutives est la même)

**infra** : Ci-dessous

**janv.** : janvier

**JCP** : Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)

**JCP E** : La Semaine Juridique, Entreprise et affaires

**JCP G** : La Semaine Juridique, Générale

**JO** : Journal Officiel

**JOCE** : Journal Officiel des Communautés européennes

**JORF** : Journal Officiel de la République Française

**JOUE** : Journal Officiel de l'Union européenne

**juill.** : juillet

**L.** : Loi

**n°** : numéro

**nov.** : novembre

**obs.** : observations

**oct.** : octobre

**Op. cit.** : *Opere citato* (dans l'œuvre citée)

**ord.** : Ordonnance

**ORSE** : Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises

**p.** : page

**Pr.** : Professeur

**Pub. L.** : Public Law

**RD bancaire et fin.** : Revue de droit bancaire et financier

**Règl.** : Règlement

**Rép. com.** : Répertoire commercial (Encyclopédie Dalloz)

**Rev. sociétés** : Revue des sociétés

**Rev. proc. coll.** : Revue des procédures collectives civiles et commerciales

**Rev. science crim.** : Revue de science criminelle

**RLDA** : Revue Lamy droit des affaires

**RLDC** : Revue Lamy droit civil

**RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil

**RTD com.** : Revue trimestrielle de droit commercial

**RTDF** : Revue trimestrielle de droit financier

**s.** : suivant(s)

**sept.** : septembre

**Stat.** : *The United States Statutes at Large* (registre officiel des lois et actes du Congrès des États-Unis)

**supp.** : supplément

*supra* : Ci-dessus

**V.** : Voir



# **SOMMAIRE**

## **PREMIÈRE PARTIE : UNE MAÎTRISE PAR LA SÉPARATION DES ACTIVITÉS BANCAIRES**

### TITRE I : LES MODALITÉS DE LA SÉPARATION DES ACTIVITÉS BANCAIRES

Chapitre 1 : L'interdiction des activités spéculatives

Chapitre 2 : La filialisation des activités bancaires

### TITRE II : LA REMISE EN CAUSE DE LA SÉPARATION DES ACTIVITÉS BANCAIRES

Chapitre 1 : Les objections au principe de séparation

Chapitre 2 : Les objections aux projets de séparation

## **DEUXIÈME PARTIE : UNE MAÎTRISE PAR DES MÉCANISMES DE RÉOLUTION ET DE RÉPRESSION**

### TITRE I : L'ANTICIPATION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES

Chapitre 1 : Le mécanisme d'alerte de la réglementation prudentielle

Chapitre 2 : Les mécanismes préventifs d'anticipation et d'intervention précoce

### TITRE II : DES RÉPONSES JURIDIQUES AUX DÉFAILLANCES BANCAIRES

Chapitre 1 : Le traitement des défaillances bancaires

Chapitre 2 : Des mécanismes de répression à développer

# **INTRODUCTION**

1. La crise financière et économique débutée en 2007 a généré un climat de doutes et de défiance dans la sphère économique mondiale, dont les impacts sont encore perceptibles aujourd'hui. Du traumatisme causé par la crise est ressorti une question à laquelle les gouvernements et législateurs des pays occidentaux ont tenté de répondre : quels sont le ou les responsables du déclenchement de la crise et de sa persistance ? Plusieurs causes ont régulièrement été avancées, particulièrement la politique déraisonnée d'encouragement de l'accession à la propriété aux États-Unis, les attitudes imprudentes et irresponsables des établissements de crédit et des courtiers, les excès du *trading* haute fréquence, le laxisme des agences de notation, l'échec des mécanismes de régulation comptable, et plus largement, les effets excessivement fluctuants des marchés financiers sur l'économie réelle. Finalement, il ressort de l'analyse de cette crise financière et économique une responsabilité multilatérale principalement endogène au système financier. Cette accumulation des comportements irresponsables a eu un impact procyclique dépressif sur l'économie mondiale. L'ampleur et l'étendue géographique de cet effet dépressif, atteignant à divers degrés la plupart des secteurs économiques à l'échelle mondiale, caractérisent l'aspect systémique<sup>1</sup> de cette crise et, incidemment, de ses causes. C'est face à ce risque systémique permanent résultant à la fois de la structuration des organismes bancaires et du défaut de régulation efficace du système financier<sup>2</sup> que les gouvernements et législateurs ont tenté d'apporter une réponse juridique.

Pourtant, dix ans plus tard, les réglementations mises en œuvre, notamment au sein de l'Union européenne et aux États-Unis, manquent d'ambition et occultent la responsabilité de certains acteurs majeurs, qui ne peut être niée, au risque de voir se produire une nouvelle crise financière et économique aux causes et mécanismes systémiques similaires.

---

<sup>1</sup> V. *infra*, n° 6.

<sup>2</sup> V. *infra*, n° 33 et s.



2. Ce constat est particulièrement frappant lorsqu'il est mis en perspective avec la simplicité et l'évidence de certains des éléments générateurs de la crise. En effet, son déclenchement est la conséquence directe de l'amoralité et des sentiments d'irresponsabilité et d'impunité flagrants de plusieurs acteurs financiers, particulièrement les banques d'affaires, les fonds spéculatifs ainsi que les agences de notation. De cela ont découlé des prises de risques excessives et déraisonnées de ces acteurs, dont les actions et décisions ont un impact inévitable sur l'économie financière et, indirectement, sur l'économie réelle. À l'heure où la responsabilité sociétale des entreprises<sup>3</sup> est devenue un sujet d'envergure pour les organisations internationales et les entreprises qui se soucient de leur réputation, l'attitude irresponsable et amoral de ces acteurs financiers au déclenchement et dans l'extension de la crise met d'autant plus en exergue leur négligence.

3. La moralisation des comportements se traduit en Droit par l'élaboration de règles éthiques. Selon l'Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises, prendre en compte les considérations éthiques est historiquement le premier type d'investissement socialement responsable<sup>4</sup>. L'éthique est définie par l'Académie française comme étant une « réflexion relative aux conduites humaines et aux valeurs qui les fondent, menée en vue d'établir une doctrine, une science de la morale »<sup>5</sup>. En Droit, la notion d'éthique fut tout d'abord utilisée dans le domaine médical. Désormais, il s'agit d'une notion large qui a vocation à s'appliquer de façon transversale à tous les domaines du Droit. Ainsi, elle peut concerner aussi bien la bioéthique en matière biologique et médicale que les problématiques liées au respect des données personnelles sur l'Internet, ou encore l'éthique des affaires dans le domaine économique et financier. La volonté de s'inscrire dans une démarche éthique est de plus en plus présente au sein des sociétés et dans le cadre des relations commerciales. Cela se manifeste particulièrement par la multiplication des chartes et codes éthiques. Ainsi, l'éthique, élément de la responsabilité sociétale des entreprises,

---

<sup>3</sup> V. *infra*, n° 4 et s.

<sup>4</sup> ORSE, *Définition de la RSE*. Disponible sur : [http://www.orse.org/definition\\_de\\_la\\_rse-53.html](http://www.orse.org/definition_de_la_rse-53.html).

<sup>5</sup> Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française, Tome 1*, 9<sup>e</sup> édition, 1992. Disponible sur : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

est devenue une des préoccupations majeures des sociétés, qu'elle soit issue d'une démarche volontariste ou de la crainte du risque de réputation.

4. La Commission européenne a donné une large définition de la responsabilité sociétale des entreprises : « être socialement responsable signifie satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir “davantage” dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes ». Il s'agit donc de « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »<sup>6</sup>. La notion de responsabilité sociétale des entreprises s'avère ainsi plus vaste que la prise en compte des considérations écologiques et salariales auxquelles elle est souvent rattachée. Elle englobe des sujets divers tels que le développement durable, le commerce équitable, la maîtrise des impacts sociaux, éthiques... Par ailleurs, comme souligné par la Commission européenne, bien que la plupart des définitions de la responsabilité sociétale des entreprises la considèrent comme résultant d'une « intégration volontaire » de l'entreprise, certaines pratiques en relevant sont issues d'obligations légales<sup>7</sup>. Peuvent notamment être citées à cet effet la loi dite Grenelle II sur l'environnement<sup>8</sup> ou encore la loi du 5 juillet 2010 disposant de l'obligation d'avoir un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail au sein des sociétés<sup>9</sup>. Dès lors, à défaut de démarche volontaire de la part des entreprises, des règles relevant de la responsabilité sociétale des entreprises peuvent être imposées par la législation afin d'assurer un comportement éthique et responsable. Il s'agit là de l'ambition qui a semblé animer les gouvernements et législateurs au lendemain de l'effondrement des marchés financiers lors de la crise de 2007.

5. Dans le secteur bancaire et financier, le déficit d'intégration de la responsabilité sociétale des entreprises est particulièrement visible au regard de la multiplication des

---

<sup>6</sup> Commission européenne, Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Belgique, 18 juill. 2001, p. 7.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> L. n° 2010-788 du 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 0160 du 13 juill. 2010.

<sup>9</sup> L. n° 2010-751 du 5 juill. 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* n° 0154 du 6 juill. 2010.

scandales financiers depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, tels que l'escroquerie de la pyramide de Ponzi en 1920, réitérée en 2008 par Bernard Madoff, la faillite de la banque Barings en 1995 à cause des excès de l'un de ses *traders*, la falsification des comptes et les fraudes d'Enron dévoilées en 2001, ou encore les manipulations successives des taux interbancaires du LIBOR<sup>10</sup> et de l'EURIBOR<sup>11</sup>. Toutefois, à la suite du déclenchement de la crise financière et économique en 2007, causé par la vente d'actifs *subprimes*<sup>12</sup> dont la toxicité était bien connue et dissimulée par certains acteurs financiers, ce manque d'éthique du secteur bancaire et financier a été unanimement dénoncé. Or, à défaut d'une démarche volontaire des acteurs du secteur bancaire et financier pour s'engager dans une approche éthique, c'est aux gouvernements et législateurs qu'il est revenu d'imposer des règles éthiques afin de limiter les risques dus à la perméabilité de la finance vis-à-vis de l'économie réelle.

6. En effet, l'ambition de faire entrer l'éthique dans le système bancaire et financier résulte du constat selon lequel ses dysfonctionnements dus à des comportements irresponsables et amoraux ont été la cause essentielle du déclenchement et de l'amplification de la crise financière de 2007. Les prises de risque excessives et déraisonnées des banques, et notamment des banques universelles<sup>13</sup> à risque systémique, ont eu un rôle majeur dans la transmission de la crise financière à l'économie réelle. C'est cet aspect systémique que les gouvernements et législateurs ont principalement cherché à réguler à la suite de la crise.

Le risque systémique existe, selon l'ancienne Commission bancaire, « lorsque la faillite d'une institution importante ou d'un ensemble d'institutions – quel que soit le motif de ces défaillances – peut provoquer par un effet de contagion, la faillite d'autres institutions et des situations de ruptures graves au sein du système bancaire et financier »<sup>14</sup>. Dans l'article 2 du règlement du 24 novembre 2010, le Parlement

---

<sup>10</sup> V. glossaire.

<sup>11</sup> V. glossaire.

<sup>12</sup> V. glossaire.

<sup>13</sup> V. *infra*, n° 20.

<sup>14</sup> Commission bancaire, « La prise en considération du risque systémique dans la surveillance prudentielle des établissements de crédit », *Rapport de la Commission bancaire pour l'année 1991*, 1991, p. 181 et s.

européen et le Conseil ont donné une définition du risque systémique comme étant « un risque de perturbation dans le système financier susceptible d'avoir de graves répercussions sur le marché intérieur et l'économie réelle. » Selon ces deux institutions, le risque systémique est susceptible de toucher « tous les types d'intermédiaires, de marchés et d'infrastructures financiers »<sup>15</sup>. Il s'agit donc d'un phénomène provenant de dysfonctionnements endogènes au système financier qui s'amplifient par un effet de contagion à d'autres sociétés et d'autres marchés, générant des défaillances en cascade jusqu'à porter atteinte à l'équilibre économique global. Ce phénomène systémique, qui pouvait apparaître comme un risque théorique antérieurement, s'est produit pendant la crise de 2007, lorsque la défaillance de sociétés d'importance systémique a engendré l'effondrement du système financier<sup>16</sup>.

7. En conséquence, afin de surveiller les sociétés vectrices du risque systémique, des critères de détection des entités de nature systémique ont été fixés, en octobre 2009, dans le rapport conjoint réalisé par trois instances financières internationales, à savoir le Fonds monétaire international (*International monetary fund*), la Banque des règlements internationaux (*Bank for international settlements*) et le Conseil de stabilité financière (*Financial stability board*)<sup>17</sup>. Celles-ci avaient été chargées, lors du sommet de Londres réunissant le Groupe des vingt (G20) le 2 avril 2009, de produire un rapport sur les modalités d'évaluation des institutions d'importance systémique<sup>18</sup>. Trois critères ont été dégagés : la taille de l'établissement qui repose sur le volume des services financiers fournis par l'entité ou le groupe, la possibilité pour les tiers de se passer de l'institution, du marché ou du produit financier considéré (appelé critère de substituabilité) et les liens directs et indirects de l'établissement avec son environnement, dont les autres institutions financières (appelé critère de

---

<sup>15</sup> Règl. (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 nov. 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *JOUE n° L331 du 15 déc. 2010*.

<sup>16</sup> V. *infra*, n° 51 et s.

<sup>17</sup> BRI, Conseil de stabilité financière et Fonds monétaire international, *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments : Initial Considerations*, oct. 2009. Disponible sur : <http://www.imf.org/external/np/g20/pdf/100109.pdf>.

<sup>18</sup> Groupe des vingt, *Declaration on Strengthening the Financial System*, Royaume-Uni, 2 avril 2009, p. 6. Disponible sur : <http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009ifi.html>.

l'interconnexion). La taille de l'établissement fondée sur le volume des services financiers permet de mesurer à la fois l'importance de l'établissement sur les marchés financiers et son exposition aux risques pouvant entraîner une défaillance en cas de faillites multiples ou d'effondrement des marchés financiers. Le critère de substituabilité permet de déterminer le caractère indispensable et unique ou non de l'établissement et des services qu'il fournit sur les marchés financiers et dans l'économie réelle. Ces deux premières conditions sont intrinsèques aux sociétés à risque systémique, au contraire de la troisième condition qui s'analyse au regard de la place de ces sociétés dans le système financier et de leurs relations commerciales avec les autres établissements<sup>19</sup>. En effet, l'étude de l'interconnexion d'une société permet de mesurer les répercussions qu'aurait sa faillite sur les autres acteurs économiques compte tenu des liens commerciaux qu'elle a établis avec ses débiteurs et ses créiteurs. À la différence des deux premières conditions qui, lorsqu'elles sont remplies, caractérisent la potentialité de la société à être couverte par l'aléa moral<sup>20</sup>, le critère de l'interconnexion détermine la capacité de celle-ci à être un vecteur de transmission des difficultés financières à d'autres sociétés, voire à l'économie globale.

Ces trois critères, appliqués seuls ou conjointement, constituent un faisceau d'indices permettant de déterminer quelles sont les sociétés dont les difficultés financières, voire la faillite, peuvent déstabiliser globalement l'économie. Ainsi, sur cette base, il apparaît clairement que, du fait même de leur activité et de leur rôle central dans l'économie, les banques remplissent nécessairement au moins une des trois conditions de détermination du risque systémique, à savoir le critère de l'interconnexion. En effet, aussi bien en tant qu'intermédiaire entre les différents acteurs économiques que dans leur rôle de teneur de marché<sup>21</sup> ou dans le cadre de leurs opérations sur le marché interbancaire, les banques sont par nature fortement interconnectées vis-à-vis de l'ensemble du système financier et économique<sup>22</sup>. En

---

<sup>19</sup> BRI, *op. cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> V. *infra*, n° 0.

<sup>21</sup> V. glossaire.

<sup>22</sup> Banque de France, ACPR, « L'identification des groupes bancaires et d'assurance d'importance systémique mondiale », *Analyses et Synthèses*, déc. 2014, n° 39, p. 14.

conséquence, qu'elles soient banque de dépôt ou banque d'affaires<sup>23</sup>, elles ont une inclination naturelle à être soumises au risque systémique.

8. Dans le même objectif, face aux conséquences de la crise de 2007 et à la crainte prégnante du risque systémique, l'Union européenne a mis en place le système européen de surveillance financière (*European System of Financial Supervision*) et plus spécifiquement du Comité européen du risque systémique (*European Systemic Risk Board*).

La Commission européenne a confié en octobre 2008 à un groupe de haut niveau, présidé par Jacques de Larosière, la mission d'étudier les modalités d'un renforcement du dispositif de surveillance en Europe, et cela afin de restaurer la confiance dans le système financier<sup>24</sup>. Le 25 février 2009, le Groupe a rendu son rapport dans lequel il a constaté publiquement que l'une des causes de la crise a été une défaillance sévère dans la réglementation, la surveillance et la gestion du risque. Partant, il a proposé la création d'un organisme chargé d'assurer la surveillance du risque systémique au sein du système financier<sup>25</sup>. Ainsi, le 16 décembre 2010, a été institué par un règlement du Conseil et du Parlement européen le Comité européen du risque systémique<sup>26</sup>.

Le Comité européen du risque systémique est un organisme de l'Union européenne qui fait partie du système européen de surveillance financière. D'après l'article 3, 1 du règlement, le Comité européen du risque systémique a pour mission « la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union, dans le but de contribuer à la prévention ou à l'atténuation des risques systémiques [...] de façon à éviter les périodes de difficultés financières généralisées. » Il peut notamment émettre des recommandations générales ou spécifiques vis-à-vis des États membres ou des autorités de surveillance, aux termes des articles 3 II c. et d., et 16 II du règlement du 24 novembre 2010. L'article 17 II du règlement prévoit que si les recommandations n'ont pas été suivies et que cette inaction n'a pas été justifiée, le Comité européen du

---

<sup>23</sup> V. *infra*, n° 20.

<sup>24</sup> CERS, *La création du CERS*. Disponible sur : <http://www.esrb.europa.eu/about/background/html/index.fr.html>.

<sup>25</sup> High-level Group on Financial Supervision in the EU, Report, Belgique, 25 févr. 2009, p. 58.

<sup>26</sup> Règl. (UE) n° 1092/2010, *op. cit.*, p. 11.

risque systémique devra en informer notamment le Conseil de l'Union européenne. Ainsi, même si les avis du Comité n'ont pas de portée obligatoire ni répressive, une procédure de suivi des recommandations est prévue. Toutefois, s'il marque la volonté de l'Union européenne de surveiller et de réguler le risque systémique au niveau macroprudentiel et de prévenir les crises en tentant d'imposer des comportements éthiques et responsables, en pratique le Comité européen du risque systémique n'a qu'une portée et un champ d'action limités. Ainsi, depuis sa création, son action préventive et répressive a été invisible. Au regard de ce qui précède, il est donc certain que cet organisme n'aurait qu'un impact restreint, voire inexistant, face à l'ampleur d'une crise systémique comme celles qui ont eu lieu successivement en 1929 et en 2007<sup>27</sup>.

## **I – L'analyse du risque systémique au regard de la crise des années 1930**

9. La situation de crise systémique a une dimension historique puisqu'elle a déjà été vécue dans les années 1930, lors de la crise économique débutée, de façon similaire, aux États-Unis. Cette crise appelée « *Great Depression* » a pour origine le *krach* boursier du 24 octobre 1929, qui a donné lieu à une longue dépression économique globalisée. Celle-ci a eu pour conséquence l'effondrement de la production, de l'investissement, des prix et des revenus, et une inflation du nombre de chômeurs qui a augmenté 1,5 million de personnes à 12 millions de personnes entre 1929 et 1932 aux États-Unis<sup>28</sup>. L'économie américaine a fortement périclité et plus de onze mille banques, de taille variable, ont fait faillite ou ont dû fusionner pour éviter la liquidation. Le nombre de banques sur le territoire américain a ainsi diminué de 40 %<sup>29</sup>.

Sur la base de ce constat alarmant, afin d'éviter que « l'Histoire [soit] un perpétuel recommencement »<sup>30</sup> et qu'un tel effondrement puisse se reproduire, les

---

<sup>27</sup> GOLDSCHMIDT P., *Mais que fait donc le Conseil européen du risque systémique ?*, 5 juin 2012. Disponible sur : <http://www.ndf.fr/nouvelles-deurope/05-06-2012/mais-que-fait-donc-le-conseil-européen-du-risque-systemique>.

<sup>28</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *Histoire du XX<sup>e</sup> siècle, Tome 1*, Ed. Hatier, 1996, p. 232 et 239.

<sup>29</sup> BENSTON G., *The separation of commercial and investment banking*, Ed. The Macmillan Press Ltd, Royaume-Uni, 1990, p. 1.

<sup>30</sup> Expression attribuée à l'historien grec Thucydide.

gouvernements et législateurs ont tiré des enseignements de la crise de 1920 en analysant ses causes et en tentant d'y remédier.

10. Ainsi, dans les années 1920, à l'effort d'investissement d'après-guerre qui a répondu aux nécessités de la reconstruction succède la restructuration économique engendrée par la deuxième révolution industrielle. Les États-Unis sont dans une période de forte croissance entretenue par le taux d'investissement élevé. Toutefois, en 1925, les investissements commencent à diminuer. En conséquence, la part des bénéfices non réinvestis dans la production est disponible pour les banques lorsqu'elle est conservée sur les comptes bancaires ou pour les entreprises, permettant d'alimenter les circuits du crédit et la spéculation boursière. Dans un climat global de croissance et de confiance, d'une part, et de disponibilité des bénéfices non réinvestis, d'autre part, les emprunts à court terme et la spéculation boursière deviennent démesurés et irrationnels. En 1929, les quatre cinquièmes des actions sont acquises à crédit et le volume des prêts à la spéculation augmente de deux milliards et demi de dollars à six milliards de dollars entre 1926 et 1929<sup>31</sup>. Ainsi, au titre d'une spéculation à outrance, les investisseurs ont totalement perdu le lien entre l'économie de marché et l'économie réelle. Ils ont occulté le fait que derrière chaque action il y a une société qui, quant à elle, n'a pas vu son activité réelle doubler en trois ans contrairement au cours de ses actions en bourse.

Afin d'enrayer l'excès de spéculation, le gouvernement américain dirigé par le Président Hoover préconise une hausse des taux d'intérêt à court terme pour augmenter le coût de ces emprunts. Malheureusement, cette mesure ne va pas avoir l'effet escompté. Au contraire, les opérateurs boursiers vont s'inquiéter d'une telle décision, et cela va précipiter la crise. Finalement, la bulle spéculative qui s'était formée du fait de la déconnexion entre les valeurs boursières et l'économie réelle éclate en septembre 1929 avec la faillite de la société holding Hatry, exploitante du brevet Photomaton. Dès lors, un mouvement de vente d'actions s'amorce et s'accélère de façon exponentielle<sup>32</sup>. À l'époque, Roger Babson, qui a déclaré « *sooner or later a crash is*

---

<sup>31</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 236 et s.

<sup>32</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 238.



*coming, and it may be terrific* »<sup>33</sup>, fait partie des très rares économistes à avoir averti du risque lié à une spéculation excessive et déconnectée de l'économie réelle<sup>34</sup>. Pourtant, aujourd'hui, tous les économistes, comme Joseph Stiglitz, prix Nobel de l'économie en 2001, s'accordent pour dire qu'un tel système ne pouvait que s'effondrer brutalement<sup>35</sup>.

Le 24 octobre 1929, le « jeudi noir », douze millions d'actions sont offertes à la vente et personne ne veut les acquérir, la spéculation cesse brusquement après trois années durant lesquelles elle n'a fait qu'augmenter<sup>36</sup>. Cela entraîne inexorablement une chute brutale des indices boursiers, qui diminuent de 50 % en six jours. Les pertes cumulées sont estimées à trente milliards de dollars<sup>37</sup>. Les tentatives du gouvernement de Herbert Hoover et de la Réserve fédérale américaine (*Federal Reserve*) pour rassurer les investisseurs sont des échecs, cette dernière ayant par ailleurs soutenu que l'effondrement boursier était un faux-événement sans influence sur l'économie réelle<sup>38</sup>. Même l'intervention des grandes banques américaines qui, sous l'impulsion de J.P. Morgan & Co., tentent de réinvestir en bourse pour stabiliser les cours et rassurer les investisseurs, ne suffira pas à réfréner l'effondrement général de la bourse américaine qui va se poursuivre pendant deux ans.

**11.** Cette crise ne s'est cependant pas limitée au secteur boursier, elle s'est rapidement étendue à l'ensemble de l'économie des États-Unis. En effet, les débiteurs, notamment les petits épargnants, comptaient sur les gains boursiers qui étaient réguliers depuis plusieurs années pour rembourser leurs nombreux emprunts<sup>39</sup>. En conséquence, la situation purement financière a évolué vers un surendettement chronique des particuliers. Les créanciers n'étaient pas dans de meilleures dispositions puisque non seulement une partie de leurs débiteurs était totalement insolvable, mais,

---

<sup>33</sup> « Tôt ou tard un crash va se produire, et cela va être un choc énorme », BABSON R., *Discours prononcé devant l'Annual National Business Conference*, 5 sept. 1929.

<sup>34</sup> GALBRAITH J. K., *The Great Crash : 1929*, 7<sup>ème</sup> éd., Ed. Houghton Mifflin, États-Unis, 1997, p. 84.

<sup>35</sup> KAREL W., *1929*, Arte, diffusé le 24 sept. 2011.

<sup>36</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 238.

<sup>37</sup> KAREL W., *op. cit.*

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> *Idem.*

dans un climat de croissance continue, ils avaient souvent aussi accepté des actions en garantie de leurs créances<sup>40</sup>. De plus, le circuit du crédit, très sensible à la confiance des investisseurs en l'avenir, s'est arrêté brutalement. En effet, les banques, craignant l'accumulation de non-remboursement, ont restreint considérablement l'accès au crédit. Cela a alors bloqué les investissements, empêchant toute relance de l'économie, et précipité les sociétés vers le défaut de paiement<sup>41</sup>, multipliant les faillites. Parmi ces sociétés, de nombreuses banques ont subi une procédure de liquidation sans avoir pu rembourser leurs déposants, qui ont ainsi perdu leur épargne. C'est alors toute la confiance en l'économie qui s'est effondrée et un climat général de méfiance qui s'est instauré. Une telle situation de défaillances en cascade a eu pour résultat une forte hausse du taux de chômage, ayant pour corollaire l'affaissement de la consommation<sup>42</sup>. En conséquence, un cercle vicieux vers la dépression économique et la récession s'est instauré (i.e. les faillites dues à l'effondrement de la bourse ont entraîné des licenciements qui ont fait diminuer la consommation par une baisse du pouvoir d'achat, réduisant le chiffre d'affaires des sociétés, etc.).

**12.** La crise des États-Unis s'est progressivement amplifiée jusqu'à devenir une crise mondialisée. L'Europe de l'entre-deux-guerres est encore fragile et instable économiquement, et le Japon est soumis à des tensions sociales fortes. L'Allemagne a particulièrement souffert de la crise puisque, d'une part, elle était encore soumise aux sanctions financières prévues par le traité de Versailles du 28 juin 1919 en réparation du préjudice subi par les Alliés pendant la guerre et, d'autre part, tous les capitaux américains prêtés à l'Allemagne pour sa reconstruction ont été rapatriés par Herbert Hoover aux États-Unis pour faire face à la crise<sup>43</sup>. Seule l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS), dans son isolement, va éviter les conséquences les plus sévères de la crise<sup>44</sup>. La plupart des autres États, encore peu développés, ne sont pas frappés directement par la crise, mais ils n'échappent pas à ses effets néfastes du fait

---

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 238.

<sup>42</sup> KAREL W., *op. cit.*

<sup>43</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 240.

<sup>44</sup> Idem.

de leur dépendance envers les pays développés. Les colonies ont particulièrement été atteintes par la crise à cause de leur interconnexion avec les États colonisateurs, ayant pour conséquence, d'une part, l'absence de politique économique propre pour la plupart d'entre elles et, d'autre part, une grande dépendance financière compte tenu des nombreux échanges commerciaux entre le territoire colonisé et l'État colonisateur<sup>45</sup>.

**13.** En France, l'économie est plus tardivement impactée par la crise, mais celle-ci durera plus longtemps. En 1929, l'économie française est moins dépendante du marché international que les autres États développés, son économie étant principalement composée de petites et moyennes entreprises<sup>46</sup>. Ainsi, jusqu'à l'automne 1931, la France reste très prospère. Néanmoins, avec la dévaluation de la livre sterling et du dollar, les prix français qui étaient inférieurs de 20 % à ceux du marché mondial se retrouvent supérieurs de 20 %<sup>47</sup>. À partir de cette période, la dépression économique va s'installer durablement, atteignant la production industrielle et agricole. Bien que le gouvernement du Front populaire ait tenté plusieurs fois de relancer l'économie, il faudra attendre l'année 1938 pour qu'elle se redresse<sup>48</sup>. Il en a résulté que la production industrielle a diminué de 30 % et que le chômage a atteint un seuil record pour l'époque de 500 000 personnes en 1936<sup>49</sup>. Quant au nombre de procédures de liquidation judiciaire ouvertes dans l'année, il passe de 6 500 en 1929 à 13 370 en 1935<sup>50</sup>.

**14.** Contrairement aux États-Unis où les difficultés financières du secteur bancaire étaient généralisées, les banques françaises ont été inégalement touchées par la crise de 1929. Ce sont les établissements de crédit particulièrement présents dans le secteur

---

<sup>45</sup> BOUVIER J., « Crise mondiale et crise coloniale autour de 1929 », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1976, n° 232, p. 378 et s.

<sup>46</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 272 et s.

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> CARON F., *Histoire économique de la France, XIX<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>ème</sup> éd., Ed. Armand Colin, 1995, p. 195 et s.

<sup>49</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 272 et s.

<sup>50</sup> CARON F., *op. cit.*, p. 195.

de l'industrie qui ont été les plus durement atteints. Ainsi, entre octobre 1929 et septembre 1937, six cent soixante-dix banques françaises ont été déclarées en état de cessation des paiements. Ces faillites bancaires concernent principalement des établissements régionaux anciens et très réputés, comme la banque Adam de Boulogne-sur-Mer<sup>51</sup>. Cependant, une des faillites les plus marquantes concerne une grande banque française de dimension nationale : la Banque nationale de crédit.

**15.** La Banque nationale de crédit a été créée le 25 juin 1913 afin de reprendre le réseau français du Comptoir d'escompte de Mulhouse. Rapidement, la Banque nationale de crédit a absorbé plusieurs concurrents, telle que la Banque du Midi l'année même de sa création, et s'est étendue sur tout le territoire français<sup>52</sup>. En 1922, elle a fusionné avec la Banque française pour le commerce et l'industrie qui a pour principale activité le placement en France d'actions et d'obligations émises par des sociétés françaises implantées à l'étranger ou par des sociétés étrangères. Pendant dix ans, la Banque nationale de crédit va se développer de façon exponentielle jusqu'à devenir la quatrième banque de dépôt française, cela malgré la vive concurrence interbancaire, ainsi que la présence de certaines banques établies depuis les années 1860 (le Crédit lyonnais a été fondé en 1863 et la Société Générale en 1864)<sup>53</sup>.

En 1927, André Vincent, président-directeur général du Comptoir Lyon-Alemand (entreprise de commerce et d'affinage de métaux précieux), devient président de la Banque nationale de crédit<sup>54</sup>. C'est sous son influence qu'elle s'engage de plus en plus dans des activités de banque d'affaires<sup>55</sup>. Elle est ainsi mise au service du groupe dirigé par la société mère Comptoir Lyon-Alemand, qui va acquérir les titres de participation de la banque pour l'intégrer au groupe. Elle perd donc son indépendance et devient une « banque captive du groupe »<sup>56</sup>. Désormais obligée de

---

<sup>51</sup> PLESSIS A., « Les banques françaises dans les grandes crises du 20<sup>e</sup> siècle », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 1996, n° 52, p. 88.

<sup>52</sup> Archives nationales du monde du travail, *Banque nationale de crédit*. Disponible sur : <http://www.archivesnationales.culture.gouv.fr/camt/fr/inventairesaq/120aq-2.html>.

<sup>53</sup> BONIN H., *La Banque nationale de crédit : histoire de la quatrième banque de dépôts française en 1913-1932*, Ed. P.L.A.G.E, 2002, p. 18 et 38.

<sup>54</sup> Archives nationales du monde du travail, *op. cit.*

<sup>55</sup> V. *infra*, n° 20.

<sup>56</sup> BONIN H., *op. cit.*, p. 131 et s.

soutenir le groupe confronté à des difficultés financières, la Banque nationale de crédit va prendre des risques importants en accordant des crédits de montants excessifs et remboursables à très long terme aux sociétés du groupe<sup>57</sup>, multipliant les créances à risque et peu liquides. Elle s'éloigne alors de sa vocation de banque de dépôt, tournée principalement vers le financement de l'économie réelle par la distribution de crédits à court et moyen terme à une clientèle variée.

La Banque nationale de crédit fait face, à partir de 1929, aux défauts de paiement de plusieurs de ses clients importants, dont les sociétés contrôlées par la société mère Comptoir Lyon-Alemand. Durant l'été 1931, malgré l'intervention de trois syndicats de soutien du cours des actions de l'établissement, sa valeur boursière chute de 18 % en moins de deux mois, passant de 1 215 francs à 1 029 francs, jusqu'à atteindre 400 francs en septembre<sup>58</sup>. Cette banque de dépôt va alors subir une ruée des déposants, inquiets à l'idée de perdre leur épargne. Le montant de dépôts est ainsi passé de 3 800 millions de francs en août 1931 à 2 100 millions de francs à la fin du mois de septembre<sup>59</sup>. Cela va précipiter la défaillance de la banque, même l'intervention du gouvernement, des autres banques et de la Banque de France ainsi que la démission d'André Vincent ne suffiront pas à rétablir la confiance des déposants.

Sous l'impulsion du ministère des Finances et de la Banque de France, l'assemblée générale des actionnaires vote, le 26 février 1932, la mise en liquidation amiable de la Banque nationale du crédit, sous la condition suspensive de la création d'une nouvelle société chargée de reprendre le fonds de commerce et de continuer l'exploitation de celle-ci<sup>60</sup>. Cette nouvelle société a été créée le 18 avril 1932, il s'agit de la Banque nationale pour le commerce et l'industrie. Cette dernière a récupéré la majorité des agences de l'ancienne Banque nationale de crédit, mais près de la moitié du personnel n'a pas été reprise par le plan de cession.

L'épargne des déposants de la Banque nationale de crédit a pu être recouvrée grâce à l'État qui a dû prendre en charge les soldes, même lorsqu'ils étaient supérieurs au plafond des garanties légales prévues, pour éviter toute ruée des déposants, devenus méfiants, sur les autres banques. Progressivement, la Banque nationale de crédit, en

---

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> BONIN H., *op. cit.*, p. 159 et s.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Archives nationales du monde du travail, *op. cit.*

liquidation, a été payée par ses débiteurs et a donc pu rembourser ses dettes. Aussi, le 17 décembre 1962, soit trente ans plus tard, la procédure de liquidation amiable est clôturée pour apurement du passif, la Banque nationale de crédit ayant remboursé intégralement ses créanciers<sup>61</sup>.

Cette faillite a été un des exemples les plus marquants en France de la crise des années 1930, mais, par la bonne gestion de sa liquidation et l'engagement des fonds de l'État français, des effets qui auraient pu être désastreux sur l'économie française ont été évités en permettant le remboursement des déposants et des autres créanciers. Cette faillite demeure tout de même l'illustration des conséquences dévastatrices d'une ruée des déposants sur une banque, lorsqu'ils craignent pour leurs dépôts et n'ont plus confiance en leur banque en difficulté du fait de ses prises de risque excessives, d'une part, et de l'obligation implicite qui en découle pour l'État de couvrir l'intégralité des dépôts, d'autre part.

**16.** La crise des années 1930 est une illustration éloquente de la spirale dépressive qui peut être causée par l'emballement du secteur financier du fait d'une spéculation à outrance entretenue par l'octroi de crédits très risqués à court terme totalement décorrélé de l'économie réelle. Il en résulte que même si les banques ne sont pas seules responsables de cet emballement et sans considérer les actions malhonnêtes de certaines banques qui ont été dénoncées *a posteriori*<sup>62</sup>, elles jouent – du fait de leur activité même – un rôle central dans la transmission d'une crise purement financière à l'économie réelle.

**17.** C'est le législateur américain qui a mis en place le premier, dès 1933, une loi tirant les conséquences de la crise de 1929. Herbert Hoover, fortement critiqué pour son inaction face à la crise, a été battu aux élections présidentielles de 1932 par Franklin Roosevelt et, en mars 1933, le premier *New Deal* a été mis en place. Il repose sur une double action conjoncturelle et structurelle. L'action est conjoncturelle en ce que l'État fédéral va réinjecter de l'argent dans l'économie américaine, moyennant une augmentation du déficit budgétaire qui devrait être comblée, à terme, par les ressources

---

<sup>61</sup> BONIN H., *op. cit.*, p. 188 et s.

<sup>62</sup> V. *infra*, n° 18.

fiscales fournies par la reprise de l'économie. L'action structurelle a pour objectif une meilleure répartition des revenus et richesses entre les citoyens par la soumission des plus grandes entreprises aux besoins nationaux.

**18.** Toutefois, ce premier *New Deal* a uniquement pour objectif de redresser l'économie des États-Unis. Il permet donc de corriger les conséquences de la crise, mais ne traite pas des causes de son déclenchement ni des mécanismes de sa transmission à l'économie réelle. Si les libéraux mettent en avant l'hypothèse d'un accident venant dérégler le fonctionnement d'une structure économique saine, qui n'est donc pas amené à se reproduire, les théoriciens considèrent quant à eux que la crise de 1929 est une manifestation des dysfonctionnements structurels du capitalisme libéral, nécessitant des réformes profondes du système financier<sup>63</sup>. Concomitamment, des élus du Congrès ont dénoncé le fait que les banquiers et les courtiers s'étaient rendus coupables de transactions douteuses, voire malhonnêtes, et d'une utilisation abusive flagrante de la confiance de leurs clients<sup>64</sup>. Ce sont ces dernières opinions qui ont motivé le Président Roosevelt à promulguer le *Banking Act* le 16 juin 1933 ayant pour objet de réglementer le système bancaire.

**19.** Le *Banking Act* de 1933, aussi appelé *Glass-Steagall Act*, du nom du sénateur Carter Glass et du représentant Henry B. Steagall qui ont été à son initiative, consiste en une refonte de la structuration des banques par l'obligation d'une séparation stricte entre l'activité bancaire classique de collecte des dépôts, réservée aux banques, et les opérations sur titres, qu'elles soient effectuées pour le compte de clients ou pour compte propre, qui ne peuvent pas être réalisées par des banques. Le législateur américain a voulu, par cette réglementation, éviter que l'éventuelle instabilité des activités de marché atteigne les activités de réception des dépôts et de prêts commerciaux et se diffuse par ce biais à l'ensemble de l'économie réelle au travers de la raréfaction du crédit et des risques pesant sur les dépôts.

---

<sup>63</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*, p. 235.

<sup>64</sup> BENSTON G., *op. cit.*, p. 1 et 12.

**20.** La préconisation d'une séparation des activités part du constat selon lequel la structure juridique des établissements et groupes bancaires influe considérablement sur la capacité des établissements de crédit à résister au phénomène de contagion d'une crise d'ampleur systémique afin de ne pas être un vecteur de transmission à l'économie réelle. S'opposent ainsi deux modèles : la banque universelle et la banque spécialisée qui est une banque à compétence limitée.

Les banques universelles sont des banques ou des groupes bancaires qui offrent à leur clientèle l'intégralité des services financiers tels que la collecte des dépôts, l'octroi de crédits ou encore les opérations sur titres et prises de participations<sup>65</sup>. La banque universelle peut donc être caractérisée aussi bien au sein même d'une banque, comme c'était le cas pour la BNP Paribas au moment de la crise, que dans le cadre d'un groupe bancaire, comme illustré par le groupe BPCE, historiquement banque de dépôt, mais dont la filiale Natixis exerce une activité de banque d'affaires. Ce modèle de banque s'est progressivement généralisé jusqu'à devenir la structure standard de tout grand groupe ou établissement bancaire. Il résulte du regroupement des activités de deux banques spécialisées que sont la banque de dépôt et la banque d'affaires.

Selon le Doyen Gérard Cornu, les activités d'une banque de dépôt regroupent les opérations de crédit et la réception du public des dépôts de fonds à vue ou à terme<sup>66</sup>. Ce type de banque ne pouvant prendre des participations dans des affaires existantes ou en formation que de façon limitée, l'impact de l'instabilité des marchés financiers est corrélativement restreint pour elle. À l'opposé, la banque d'affaires a un rôle d'intermédiaire dans les opérations financières comme l'introduction en bourse, l'augmentation de capital, le placement d'emprunt... et elle a une activité de prêt généralement limitée et ne reçoit pas des dépôts du public<sup>67</sup>.

**21.** La solution proposée par le *Banking Act* de 1933 reprend la doctrine Germain. Celle-ci a été élaborée par le banquier Henri Germain, fondateur du Crédit Lyonnais. Il est le premier à préconiser une séparation stricte des banques de dépôt et des banques d'affaires et à remettre en cause le modèle de banque universelle. La formulation de son concept, développé entre 1882 et 1904, va inspirer un mouvement de spécialisation

---

<sup>65</sup> PIEDELIEVRE S. et PUTMAN E., *Droit bancaire*, Ed. Economica, 2011, p. 38.

<sup>66</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., Ed. PUF, 2016, p. 121.

<sup>67</sup> Vernimmen.net, *Lexique financier*. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.



bancaire en France par la séparation des activités des banques de dépôt et de celles des banques d'affaires, qui durera jusqu'en 1914<sup>68</sup>. C'est certainement grâce à ce mouvement de spécialisation entérinant la distinction entre les banques de dépôt et les banques d'affaires que la crise des années 1930 n'a pas eu en France les conséquences dramatiques qu'elle a eues aux États-Unis.

Discours d'Henri Germain devant les actionnaires du Crédit Lyonnais en 1904 :

« L'orientation de nos efforts est toujours dirigée vers les affaires de banque. On aurait voulu quelquefois nous voir rechercher les affaires industrielles. Il en est assurément d'excellentes, mais les entreprises industrielles, même les mieux conçues, même les plus sagement administrées, comportent des risques que nous considérons comme incompatibles avec la sécurité indispensable dans les emplois de fonds d'une banque de dépôt. D'autre part, pour qu'elles arrivent à maturité et donnent les produits que l'on peut en attendre, un temps plus ou moins long est toujours nécessaire. Il ne faut pas avoir à compter sur la réalisation d'un actif industriel pour rembourser des dépôts à vue. Ceux-ci doivent avoir une représentation analogue à celle qui existe à la Banque de France. Le Crédit Lyonnais, banque de dépôt, ne peut trouver, pour ses emplois de fonds, de meilleur exemple que celui donné par la première, la plus puissante, la plus ancienne et la plus prospère des banques de dépôt : la Banque de France. L'actif de la Banque de France, en dehors des encaisses et des immeubles, se compose d'effets de commerce et de créances gagées. Ces valeurs sont les plus sûres et les plus réalisables qui existent. Ce sont elles qui doivent former la contrepartie des dépôts du Crédit Lyonnais. Nous avons toujours observé cette règle ; nous ne modifierons pas, à cet égard, notre ligne de conduite »<sup>69</sup>.

Ainsi, le fondateur du Crédit Lyonnais considère que le modèle de banque universelle fait supporter des risques incompatibles avec l'activité d'intérêt public de réception des dépôts du public et accroît fortement le risque de liquidité<sup>70</sup>, compte tenu du différentiel temporel entre les dettes à court terme, dont les dépôts à vue des

---

<sup>68</sup> BOUVIER J., *Un siècle de banque française*, Ed. Hachette Littérature, 1973, p. 233.

<sup>69</sup> BOUVIER J., *op. cit.*, p. 233.

<sup>70</sup> V. glossaire.

particuliers (activité de banque de dépôt), qui sont susceptibles de devoir être remboursées très rapidement et à tout moment, et les créances à long terme qui sont notamment constituées par des prêts industriels<sup>71</sup> (activité de banque d'affaires) et qui entraînent le blocage des fonds prêtés sur un laps de temps plus important. Sur ce dernier point, à titre d'illustration, dans le cas où une banque universelle ayant octroyé un grand nombre de créances à long terme serait sollicitée par ses déposants pour le remboursement de dépôts à vue correspondant à un montant excédant ses liquidités immédiatement disponibles, elle se retrouverait en difficultés financières puisque dans l'impossibilité de reverser en totalité ce montant quand bien même elle en aurait les capacités financières une fois ses créances à long terme arrivées à échéance. Dès lors, le simple décalage temporel entre l'échéance des dettes et des créances génère un risque de liquidité susceptible de mener à une défaillance de la banque.

En conséquence, par mesure de précaution et comme indiqué dans la doctrine Germain, les banques de dépôt seraient vouées, du fait de la structure de leur passif qui est constitué essentiellement de dépôts à vue, aux opérations de crédit à court terme et à faible risque<sup>72</sup>. Elles ne pourraient alors contracter avec des sociétés de taille importante que de façon très exceptionnelle, pour des opérations à moyen terme et peu risquées au regard de la solvabilité de l'emprunteur. Ainsi, selon Henri Germain, les ressources à court terme (i.e. principalement les dépôts du public) ne peuvent donc correspondre qu'à des emplois de même nature (i.e. des crédits octroyés à court terme) dans le cadre d'une gestion prudente de l'activité de banque de dépôt<sup>73</sup>.

Concernant les prêts à long terme et très long terme, comme exposé par Henri Germain, ceux-ci sont indispensables à l'économie, et particulièrement au financement des grandes entreprises<sup>74</sup>. Toutefois, leur échéance lointaine les rend risqués et inadaptés à la gestion prudente d'une activité de banque de dépôt. C'est la raison pour laquelle doivent coexister aux côtés des banques de dépôt des banques d'affaires qui ne reçoivent pas des dépôts du public et peuvent donc conclure des contrats à plus long

---

<sup>71</sup> En ce sens, peut être cité : MONTOUSSE M. (sous la direction de), *Analyse économique et historique des sociétés contemporaines*, 2<sup>e</sup> éd., Ed. Bréal, 2007, p. 248.

<sup>72</sup> BOUVIER J., *op. cit.*, p. 233.

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> *Idem.*

terme pour des montants importants, et donc plus risqués, sans engager l'épargne des déposants.

22. Ainsi, sur la base de la doctrine Germain, pour les besoins d'une gestion prudente des dépôts du public, il conviendrait qu'à chaque type de banque spécialisée soit rattachée une clientèle déterminée en fonction des critères de risque de liquidité<sup>75</sup> et des montants engagés par contrat. Dans ce cadre, les banques d'affaires auraient une clientèle plus restreinte que celle des banques de dépôt, mais ayant une plus grande capacité d'emprunt, alors que les banques de dépôt regrouperaient une clientèle massive (*a minima* tous les particuliers), mais ayant des possibilités d'emprunt moindres. Si cette vision peut apparaître comme très manichéenne, voire réductrice et excessivement restrictive pour les banques de dépôt, de prime abord, elle est pourtant la seule qui apparaît suffisamment prudente lorsque la gestion des dépôts du public, mission d'intérêt général, est engagée.

23. Inspiré de la doctrine d'Henri Germain, le *Glass-Steagall Act* prévoit le démantèlement du modèle de banque universelle en instaurant la séparation des activités de banque de dépôt (*commercial banking*) et des banques d'affaires (*investment banking*) dans les sections 16, 20, 21 et 32 du *Banking Act* de 1933<sup>76</sup>. Pour cela, le *Glass-Steagall Act* procède par une double restriction portant, d'une part, sur la spécialisation des activités bancaires et, d'autre part, sur l'indépendance des banques spécialisées entre elles afin d'exclure toute possibilité de mettre en place une banque universelle.

Sur le premier aspect relatif à la spécialisation des activités bancaires, le *Glass-Steagall Act* prévoit dans sa section 16 l'interdiction pour les banques nationales<sup>77</sup> membres de la Réserve fédérale des États-Unis d'acheter, de souscrire, de distribuer ou de vendre des titres financiers pour leur compte propre sauf si ces titres ont été

---

<sup>75</sup> V. *supra*, n° 21.

<sup>76</sup> 1933 *Banking Act*, Pub. L. 73-66, 48 Stat. 162, 16 juin 1933, p. 25 et s., 30 et s. et 36.

<sup>77</sup> L'expression « *national bank* » a une signification particulière aux États-Unis. Cela ne signifie pas que la banque a des activités sur tout le territoire américain. Il s'agit d'une banque agréée et surveillée par le *Comptroller of the Currency*, qui est un département du Trésor américain. Les banques nationales s'opposent aux banques d'État qui sont agréées par le gouvernement de l'État fédéral.

acquis comme titres d'investissement, identifiés comme tel par le *Comptroller of the Currency* (littéralement, « Contrôleur de la Monnaie »). Sont exclues de cette interdiction les obligations émises par l'État fédéral et les États fédérés qui peuvent être souscrites par la Réserve fédérale et par toutes banques. Il en résulte une spécialisation des banques nationales membres de la Réserve fédérale en banques de dépôt, en leur interdisant toute activité spéculative pour compte propre à l'exception des opérations portant sur des titres à très faible risque tels que ceux identifiés comme fiables par le Trésor américain et les obligations souveraines émises par les États des États-Unis qui, par nature, supportent un risque quasi inexistant. Corrélativement, la section 21 prohibe à toute société ou personne qui a pour activité l'émission, la souscription, la vente ou la distribution de titres financiers de recevoir des dépôts du public. En conséquence, les sociétés exerçant ces activités pouvant être à risque, voire fortement spéculatives, ne peuvent prendre en charge les dépôts du public. Il en résulte que cette mission d'intérêt public de gestion des dépôts est réservée aux seules banques de dépôt. Dès lors, ces deux articles ont pour effet de prohiber mécaniquement toute banque universelle au sein d'une même entité (i.e. les activités de banque de dépôt et de banque d'affaires ne peuvent être réalisées conjointement dans une même entité juridique).

Sur le second aspect, le *Glass-Steagall Act* a pour objectif d'interdire la mise en place d'une banque universelle dans le cadre d'un groupe bancaire. Ainsi, d'une part, la section 20 interdit aux banques membres de la Réserve fédérale d'être affiliées à une société qui s'est engagée principalement dans le lancement en bourse, l'émission, la souscription, la vente publique ou la distribution de titres financiers. D'autre part, la section 31 interdit à ces banques d'avoir un dirigeant qui travaille également pour une société ayant pour activité l'achat, la vente ou la négociation de titres financiers, sauf exception prévue par la Réserve fédérale. Il en résulte une séparation stricte des banques d'affaires et des banques de dépôt par la prohibition non seulement des liens capitalistiques entre ces deux entités empêchant tout engagement des dépôts du public au secours des éventuelles difficultés de la banque d'affaires ou de la société d'investissement, mais aussi des conflits d'intérêts<sup>78</sup> du dirigeant qui utiliserait les

---

<sup>78</sup> Sur la notion de conflit d'intérêts dans le domaine bancaire : V. BAHBOUHI S., *Le conflit d'intérêts du banquier*, Thèse sous la direction du Pr. F. PASQUALINI, Université Paris-Dauphine, 2015.

capacités de la banque de dépôt qu'il dirige pour soutenir la banque d'affaires ou la société d'investissement dont il a également la direction.

Il en résulte donc une séparation stricte, claire et précise des activités de banque de dépôt et de banque d'affaires, qu'elles soient réalisées au sein même d'une société unique ou au sein d'un groupe bancaire. Les quelques exceptions apportées sont très encadrées par la Réserve fédérale et le *Comptroller of the Currency* et proportionnées afin d'éviter de contraindre outre mesure les banques de dépôt lorsque les risques sont limités. Le modèle de banque universelle a donc été totalement banni par le *Glass-Steagall Act* en imposant une restructuration efficace et équilibrée.

**24.** Contraints de respecter la nouvelle législation en vigueur, les banques des États-Unis ont donc dû choisir entre leurs activités de banque de dépôt et celles de banque d'affaires. Ainsi, la banque House of Morgan se scinde en deux sociétés : J.P. Morgan & Co qui exerce les activités d'une banque de dépôt, et Morgan Stanley qui reprend les activités de banque d'affaires. Les banques Chase et City choisissent de conserver leurs activités de banque de dépôt et Lehman Brothers se consacre aux marchés financiers. Si cette refonte du système bancaire a contraint les banques universelles américaines à adapter leur modèle et leur structure aux nouvelles exigences, l'Histoire nous a ainsi démontré qu'une telle réforme peut être mise en œuvre et n'a pas conduit à l'effondrement du système bancaire américain malgré la limitation *de facto* de la taille des banques établies aux États-Unis.

**25.** Progressivement, d'autres États ayant subi la crise ont adopté la même réglementation bancaire. En France, cela a été fait dès 1941. Avant cette date, un banquier ou une banque était « toute personne ou tout établissement qui effectue des opérations de banque de façon habituelle et à titre professionnel »<sup>79</sup>. Cette définition a

---

<sup>79</sup> C. com., art. 1<sup>er</sup> et 632 (version de 1940).

été modifiée par la loi du 13 juin 1941<sup>80</sup>, complétée par la loi du 2 décembre 1945<sup>81</sup>, qui a introduit la distinction entre banque de dépôt et banque d'affaires.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1941, « sont considérés comme banques, les entreprises ou établissements qui font profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôts ou autrement, des fonds qu'ils emploient pour leur propre compte, en opérations d'escompte, en opération de crédit, ou en opérations financières. » Les banques doivent être inscrites sur une liste tenue par le comité permanent d'organisation professionnelle des banques, entreprises et établissements financiers pour pouvoir bénéficier de l'appellation de « banque » selon l'article 9 de la loi précitée.

Par distinction, l'article 27, 2<sup>o</sup> de cette même loi vise quant à lui les « entreprises [...] qui, sans être inscrites sur lesdites listes, font profession habituelle d'accomplir une ou plusieurs des opérations suivantes :

- a) Servir de commissionnaire, de courtier, ou d'intermédiaire dans les opérations portant sur les valeurs mobilières et les fonds d'État, les effets de commerce ou les effets publics ;
- b) Effectuer des opérations de crédit à court ou moyen terme ou des opérations de change ;
- c) Escompter, prendre en nantissement ou encaisser des effets de commerce, des chèques et des effets publics. »

Cet article introduit la notion d'établissement financier. Les établissements financiers ne sont donc pas des banques, et à ce titre, ils ne peuvent pas bénéficier du monopole bancaire<sup>82</sup>, bien que certaines activités comme l'octroi de crédits à court terme soient communes aux deux types de structure. Dans ce cadre, l'article 3 de la loi de 1941 leur interdit de recevoir des fonds du public à court terme, c'est-à-dire à vue ou à terme de moins de deux ans.

---

<sup>80</sup> L. n° 41-2532 du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire, *JORF du 6 juill. 1941*.

<sup>81</sup> L. n° 45-15 du 2 déc. 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques et à l'organisation du crédit, *JORF du 3 déc. 1945*.

<sup>82</sup> Le monopole bancaire interdit aux sociétés autres que des établissements de crédit ayant été agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution d'effectuer des opérations de banque, c'est-à-dire la réception des fonds du public, les opérations de crédit et les services bancaires de paiement. Il est institué par l'art. L. 511-5 du C. mon. fin.

Ainsi, de façon analogue au *Glass-Steagall Act*, la séparation se fonde sur une restriction des activités exercées par la banque de dépôt, d'une part, et sur l'interdiction de recevoir des dépôts du public faite à tout établissement autre qu'une banque de dépôt, d'autre part.

**26.** Au regard de ces articles, la distinction apportée par la loi du 13 juin 1941 ne repose pas sur l'emploi des ressources des banques et établissements, qui peuvent toutes deux accomplir les mêmes types d'opérations, mais sur l'origine de celles-ci. En effet, si les banques ont la possibilité d'utiliser les fonds qu'elles reçoivent du public pour se financer, les établissements financiers ne peuvent mobiliser que leurs capitaux propres et les fonds qu'ils auraient éventuellement reçus d'autres entités que le public. À ce stade, la séparation mise en place par le législateur français repose donc uniquement sur la détermination des établissements qui sont autorisés à recevoir des dépôts du public. Il s'agit donc d'une réglementation sans réel impact pratique puisqu'aucune restriction d'activité n'est imposée aux banques de dépôt.

La loi du 2 décembre 1945 consacre et complète la loi de 1941 en lui donnant une portée effective. Elle fait apparaître pour la première fois dans la législation française les termes de « banque de dépôt » et de « banque d'affaires » dans ses articles 4 et 5. Il en ressort trois catégories de banques : les banques de dépôt<sup>83</sup>, les banques d'affaires<sup>84</sup> et les banques de crédit<sup>85</sup>. Ainsi, les banques de la loi de 1941 deviennent des banques de dépôt et les établissements financiers de cette même loi deviennent des banques d'affaires ou des banques de crédit.

**27.** Il résulte donc de la législation qui s'est établie entre 1941 et 1945 que les banques d'affaires telles que définies par la loi de 1945 n'ont pas la possibilité de recevoir des dépôts du public à moins de deux ans de terme, mais qu'elles peuvent

---

<sup>83</sup> Les banques de dépôt sont celles dont l'activité principale consiste à effectuer des opérations de crédit et à recevoir du public des dépôts de fonds à vue et à terme.

<sup>84</sup> Les banques d'affaires sont celles dont l'activité principale est l'octroi de crédit, ainsi que la prise et la gestion de participation. Elles ne peuvent investir dans celles-ci des fonds reçus à vue ou à terme inférieur à deux ans.

<sup>85</sup> Les banques de crédit sont celles dont l'activité principale consiste à ouvrir des crédits dont le terme est au moins égal à deux ans. Elles ne peuvent, en principe, pas recevoir des dépôts pour un terme inférieur à cette durée.

prendre des participations sans limitation dans les sociétés industrielles ou commerciales<sup>86</sup>. À l’opposé, les banques de dépôt peuvent recevoir des dépôts du public à vue ou à terme de moins de deux ans. En contrepartie, il leur est interdit de consentir des prêts à long terme, limitant ainsi le risque de liquidité, et de prendre des participations de plus de 10 % dans des sociétés commerciales ou industrielles. Ce seuil ne s’applique cependant pas aux participations prises dans les banques, établissements financiers ou sociétés immobilières lorsque ces participations sont considérées comme indispensables à l’exploitation de la banque de dépôt acquéreuse. De plus, le montant total de leurs participations ne peut dépasser 75 % de leurs ressources propres.

En conséquence, les risques liés aux liens capitalistiques en cas de difficultés d’une filiale et aux éventuels conflits d’intérêts qui peuvent résulter de ces liens sont limités à 10 % par société hors exception et à 75 % des ressources de la banque de dépôt. Toutefois, d’une part, il convient de souligner que le chiffre de 75 % est conséquent et, de ce fait, générateur d’interconnexions multiples avec d’autres sociétés pouvant entraîner des effets de contagions en cas de crise systémique. D’autre part, sur un aspect plus contestable encore, le seuil de 10 % ne s’appliquait pas aux participations dans les établissements financiers, et donc les banques d’affaires et banques de crédit, indispensables à l’exploitation de la banque de dépôt. En conséquence, à la différence du *Glass-Steagall Act* qui prohibe de façon stricte et totale les liens capitalistiques entre les banques de dépôt et les banques d’affaires, la réglementation française autorisait les banques de dépôt à acquérir des participations de banques d’affaires et de banques de crédit sans limitation dès lors qu’elles justifiaient du caractère indispensable de ce lien capitalistique pour leur exploitation. Il en résulte non seulement qu’une large marge d’interprétation est laissée par le législateur aux banques et aux régulateurs, mais aussi que le législateur n’a prévu aucune interdiction en sens inverse, i.e. quant à la détention de participation de banques de dépôt par des banques d’affaires. Le modèle de banque universelle subsiste donc en France sous trois formes :

- Lorsque la société est une banque de dépôt et qu’elle détient au plus 10 % des titres d’une banque d’affaires ;

---

<sup>86</sup> VASSEUR M., *Droit et économie bancaires*, Ed. Les cours de droit, 1976, p. 94.



- Lorsque la société est une banque de dépôt et qu'elle détient des participations dans une banque d'affaires qui sont indispensables à son exploitation ; et
- Lorsque la société mère est une banque d'affaires ayant comme filiale une banque de dépôt, sans limitation quelconque.

En conséquence, le législateur français a adapté de façon très souple la doctrine Germain, en imposant une séparation entre la banque de dépôt et la banque d'affaires relativement stricte au sein d'une même société, mais insuffisante dans le cadre d'un groupe bancaire. Ce laxisme s'explique certainement par la structure économique de la France à l'époque, composée principalement de petites et moyennes entreprises et de banques régionales ou très spécialisées dans des secteurs d'activité, et par les causes de transmission de la crise en France, celle-ci n'ayant pas été la conséquence directe des banques françaises, mais de l'effondrement global des économies des autres États occidentaux.

**28.** À la sortie de la Deuxième Guerre mondiale, en 1945, l'économie mondiale est fortement désorganisée, mais la croissance remonte, surtout aux États-Unis qui deviennent alors incontestablement la première puissance économique et politique mondiale<sup>87</sup>. Du fait de la forte croissance économique, la demande de financement des investisseurs est très pressante sur les banquiers. Aussi, les praticiens de l'époque ont exposé que, pour soutenir l'économie, il fallait permettre aux banques de dépôt qui avaient recueilli une quantité considérable de dépôts de les utiliser pour accorder des crédits à long terme. Il s'agit, selon l'expression de la doctrine, de la transformation des dépôts à vue ou à court terme en crédit de longue durée<sup>88</sup>. La doctrine d'Henri Germain n'est alors plus considérée comme un modèle de prudence et de modération, mais comme une véritable entrave à l'économie<sup>89</sup>.

**29.** C'est ainsi que cette législation stricte des banques spécialisées s'est progressivement assouplie, jusqu'à disparaître en 1984 pour laisser place à ce que l'on appelait des « banques à tout faire »<sup>90</sup>. En France, la déspecialisation a commencé en

---

<sup>87</sup> BERSTEIN S. et MILZA P., *Histoire du XX<sup>e</sup> siècle, Tome 2*, Ed. Hatier, 1996, p. 24 et s.

<sup>88</sup> VASSEUR M., *op. cit.*, p. 95.

<sup>89</sup> BOUVIER J., *op. cit.*, p. 72 et s.

<sup>90</sup> VASSEUR M., *op. cit.*, p. 17.

1966. Michel Debré, alors ministre de l'Économie et des Finances, a rapproché les banques d'affaires des banques de dépôt en permettant aux banques d'affaires de recueillir des dépôts à vue et aux banques de dépôt de recevoir des dépôts à long terme<sup>91</sup>. Il a aussi autorisé les banques de dépôt à prendre des participations jusqu'à 20 % dans le capital de sociétés<sup>92</sup>, contre 10 % auparavant. Ces décisions prises par décret ont quasiment vidé de toute substance les lois de 1941 et 1945 dont l'impact était déjà limité. Sans attendre la loi de 1984 abrogeant définitivement la spécialisation des banques, celles-ci ont cherché à offrir des services de plus en plus complets à leurs clients, devenant progressivement des banques universelles.

**30.** Le législateur est finalement intervenu par la loi du 24 janvier 1984<sup>93</sup> qui définit les « établissements de crédit ». Il s'agit d'une notion nouvelle pour le droit français, bien que cette expression existait déjà dans les directives européennes<sup>94</sup>. Il faut relever que la notion d'établissement de crédit est plus large que la seule banque. Elle regroupe en plus les caisses de crédit municipal, les banques mutualistes ou coopératives, les sociétés financières et les institutions financières spécialisées. Toutefois, le terme de « banque » est couramment utilisé pour désigner à la fois les simples banques et les banques mutualistes ou coopératives telles que Banque Populaire et Caisse d'épargne comme nous le ferons ci-dessous. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1984 dispose que « les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque. Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement. » Cette définition, non restrictive et inspirée des termes de la directive du 12 décembre 1977<sup>95</sup>, rappelle fortement celle applicable avant les lois de 1941 et 1945, elle est à quelques mots près encore celle qui

---

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Décret n° 66-1053 du 23 déc. 1966 relatif aux participations des banques de dépôts, *JORF du 31 déc. 1966*.

<sup>93</sup> L. n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, *JORF du 25 janv. 1984*.

<sup>94</sup> VASSEUR M., *Droit et économie bancaires*, Ed. Les cours de droit, 1986, p. 56.

<sup>95</sup> Première Dir. 77/780/CEE du Conseil du 12 déc. 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE n° L 322 du 17 déc. 1977*.

est en vigueur en droit français. Elle a été codifiée dans deux articles du Code monétaire et financier, à savoir les articles L. 511-1 et L. 311-1.

**31.** Aux États-Unis comme en France, la spécialisation bancaire s'est progressivement assouplie jusqu'à disparaître au profit du modèle de banque universelle. Le lobby bancaire a commencé à s'exprimer contre le *Glass-Steagall Act* dès la fin de la Deuxième Guerre mondiale. En pratique, les banques ont de moins en moins respecté la séparation entre banques de dépôt et banque d'affaires, en se permettant des libertés avec la loi jusqu'à la violer ouvertement.

En 1998, alors que la législation bancaire obligeant à la séparation est encore en vigueur, deux sociétés décident de fusionner malgré l'interdiction pour forcer la loi à évoluer. Citicorp, banque de dépôt, fusionne avec Travelers Group, société qui regroupe des activités d'assurance, de crédit, de courtage et de financement, pour former la société Citigroup. Citigroup combine donc des activités de banque de dépôt, de banque d'affaires et d'assurance. Cette fusion résulte ainsi d'une violation ostensible de la loi. Cependant, au lieu de réprimer cette opération, la Réserve fédérale a décidé de l'exempter temporairement en septembre 1998<sup>96</sup>. Elle a été définitivement légalisée en 1999 par le *Gramm-Leach-Bliley Act*.

**32.** Le *Gramm-Leach-Bliley Act*, aussi appelé *Financial Services Modernization Act of 1999*<sup>97</sup>, a abrogé, dans sa section 101, le *Glass-Steagall Act*. Il a permis la création de sociétés pouvant offrir tous les services bancaires, financiers et assurantiels à leurs clients. C'est la consécration du modèle de banque universelle et la naissance légale de la bancassurance aux États-Unis. Selon les partisans de l'abrogation du *Glass-Steagall Act*, ce dernier n'était pas en adéquation avec la réalité économique. Ils expliquent que les individus investissent plus lorsque l'économie est en croissance alors qu'ils économisent lorsqu'elle périclité. Ainsi, avoir une banque qui gère à la fois les économies et les investissements permettrait de prendre en compte tous les états

---

<sup>96</sup> MARTIN M., « Citicorp and Travelers Plan to Merge in Record \$70 Billion Deal : A New No. 1 : Financial Giants Unite », *The New York Times*, 7 avril 1998. Disponible sur : <http://www.nytimes.com/1998/04/07/news/07iht-citi.t.html>.

<sup>97</sup> *Gramm-Leach-Bliley Act*, Pub. L. 106-102, 113 Stat. 1338, 12 nov. 1999.

économiques possibles avec un unique interlocuteur<sup>98</sup>. Toutefois, si cette explication est économiquement correcte, elle occulte totalement les dangers et les risques résultant du modèle de banque universelle, en tant que vecteur principal de transmission d'une crise des marchés financiers à l'économie réelle compte tenu de son rôle central dans l'économie par son action à la fois sur les marchés financiers et dans l'économie réelle, et particulièrement de son activité de réception et gestion des dépôts du public génératrice d'aléa moral<sup>99</sup>.

Il faut noter que le *Gramm-Leach-Bliley Act* a, par ailleurs, supprimé l'interdiction des conflits d'intérêts prévue par le *Glass-Steagall Act*. Ce dernier avait prohibé aux directeurs et salariés de banques d'affaires d'exercer une activité de directeur ou de salarié dans une banque de dépôt en même temps. En conséquence, le *Gramm-Leach-Bliley Act* a déconstruit en totalité les mesures prudentes et proportionnées du *Glass-Steagall Act*, en revenant peu ou prou à la législation en vigueur au moment de la crise de 1929.

**33.** Depuis la loi de 1984 en France et le *Gramm-Leach-Bliley Act* aux États-Unis, le modèle bancaire n'a pas fondamentalement évolué. Les banques se sont de plus en plus universalisées jusqu'à exercer dans une même mesure les activités de banque de dépôt et celles de banque d'affaires. Néanmoins, ce modèle de banque universelle, dont les praticiens ont fait l'apologie lors de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, a été vigoureusement critiqué pendant la crise, ainsi que les lois de dérégulations l'ayant autorisé, qui sont considérées comme étant à l'origine de celle-ci<sup>100</sup>. En effet, la crise financière, puis économique, qui a lieu depuis 2007, rappelle fortement dans ses mécanismes et conséquences celle de 1929. Ainsi, la même solution que celle mise en place dans les années 1930, à savoir la réglementation stricte des banques notamment par le biais de leur spécialisation, a été envisagée par les gouvernements et législateurs d'une grande partie des États occidentaux pour assainir l'économie mondiale et éviter les dérives de la finance. Cependant, dix ans plus tard, alors que l'économie mondiale

---

<sup>98</sup> Committee on banking, housing and urban affairs of the United States Senate, Report n° 106-44 on Financial Services Modernization Act of 1999, 28 avril 1999.

<sup>99</sup> V. *infra*, n° 0.

<sup>100</sup> Notamment : HALIMI S., « Le gouvernement des banques », *Le Monde Diplomatique*, juin 2010. Disponible sur : <http://www.monde-diplomatique.fr/2010/06/HALIMI/19180>.

a commencé à se redresser des conséquences de la crise, des voix s'élèvent pour encenser à nouveau le modèle de banque universelle<sup>101</sup>.

**34.** Quels que soient les causes et les modes de diffusion d'une crise économique, les banques ont toujours eu un rôle central dans l'expansion systémique du risque financier à l'économie réelle du fait de leur place incontournable et prédominante dans l'économie. Les missions d'intérêt public qui leur ont été confiées, particulièrement la gestion des dépôts et des moyens de paiement, ainsi que l'octroi de crédits, en font des acteurs économiques particuliers ayant des missions fondamentales pour l'économie, qui ne peuvent être laissées à la libre gouvernance des intérêts privés. Ainsi, « plus que les autres commerçants, il est soumis à une réglementation. Les raisons de celle-ci sont triples : protéger l'épargne d'abord ; ensuite et surtout diriger le crédit ou, tout du moins, contrôler et orienter sa distribution, et, par le crédit, orienter et diriger l'activité économique »<sup>102</sup>. C'est de ce rôle et de cette responsabilité d'intérêt public que découle la nécessité de réglementer son exercice. En effet, sous la forme de banques universelles, leur intervention concomitante sur les marchés financiers et dans l'économie réelle constitue un facteur global de transmission d'une crise financière au reste de l'économie. Une crise systémique est un phénomène de grande ampleur qui remet en cause la stabilité et la sécurité du secteur financier dans sa globalité et qui, par voie de conséquence, est susceptible de perturber profondément l'économie réelle<sup>103</sup>. C'est pourquoi le risque systémique ne peut raisonnablement être ignoré par les États, en le laissant à la charge des intérêts privés. Non seulement c'est généralement l'État qui sera sollicité pour pallier les dettes bancaires en dernier recours par le mécanisme de garantie des dépôts, mais en plus, lorsque l'économie réelle est affectée, une crise de nature systémique peut provoquer l'effondrement de toute l'économie d'un pays, comme cela a été constaté lors des crises de 1929 et de 2007 avec l'instauration d'un cercle dépressif entre les défaillances des sociétés,

---

<sup>101</sup> Notamment : BARBAT-LAYANI, « La banque universelle saura se réinventer pour relever de nouveaux défis », *Fédération bancaire française*, juin 2016 ; WILLERS E., « Idée reçue : “Après 2008, la réforme des banques était nécessaire” », *Contrepoints*, 4 avril 2017. Disponible sur : <https://www.contrepoints.org/2017/04/04/286059-idee-recue-apres-2008-reforme-banques-etait-necessaire>.

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> V. *supra*, n° 6 et s.

l'augmentation du chômage et la baisse de la consommation<sup>104</sup>. Également, des troubles à l'ordre public liés au phénomène de ruée bancaire<sup>105</sup> ne peuvent être exclus si la liquidité<sup>106</sup> des dépôts bancaires n'est plus assurée, comme ce fut le cas à plusieurs reprises en Grèce à la suite du déclenchement de la crise de 2007<sup>107</sup>.

Compte tenu de l'ampleur systémique grandissante des établissements de crédit à dimension mondiale et au regard de l'impact de la crise de 2007, les législateurs, groupes de réflexion et une grande partie de la doctrine juridique et économique ont évoqué la nécessité de refondre le système bancaire afin de limiter le risque systémique en agissant sur la taille et l'interconnexion des banques<sup>108</sup>. Cette prise de conscience est la conséquence de la crise de 2007 dont l'analyse a démontré que le défaut de régulation bancaire a été générateur de risque systémique car il permet aux banques universelles et de dépôt de prendre des risques inconsidérés sans crainte que leur responsabilité soit engagée.

---

<sup>104</sup> V. *supra*, n° 11.

<sup>105</sup> V. *supra*, n° 15 concernant la ruée des déposants lors de la faillite de la Banque nationale de crédit. Également, les ruées bancaires subies par Northern Rock et IndyMac lors de la crise des *subprimes* (KRUGMAN P. et WELLS R., *Macroéconomie*, 3<sup>e</sup> éd., Ed. Ouvertures économiques, 2016, p. 712) et celles subies par les banques grecques en 2012 (notamment : KEFALAS A. « Grèce : ruée bancaire à 800 millions par jour », *Le Figaro*, 17 mai 2012. Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2012/05/16/20002-20120516ARTFIG00657-grece-ruée-bancaire-a-800millions-par-jour.php>).

<sup>106</sup> V. glossaire.

<sup>107</sup> Notamment : Rédaction Lefigaro.fr, « La grève en Grèce dégénère, trois morts à Athènes », *Le Figaro*, 5 mai 2010. Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2010/05/05/04016-20100505ARTFIG00391-la-grece-paralysee-les-salaries-dans-la-rue.php>.

<sup>108</sup> V. *supra*, n° 7.

## II – Le défaut de régulation bancaire, créateur de risque systémique

35. À la suite de la dérèglementation qui s'est opérée dans les années 1980, l'activité bancaire a été relativement peu encadrée, laissant toute liberté au banquier de proposer des offres à ses clients sans égard notamment pour leur capacité d'endettement. Or, le surendettement des particuliers et, plus largement, de l'économie est un vecteur fort de risque systémique et a été l'un des éléments déclencheurs de la crise de 1929<sup>109</sup> ainsi que de celle débutée en 2007<sup>110</sup>. Tirant des leçons de l'Histoire, la Cour de cassation a construit une jurisprudence constante ayant pour objectif de responsabiliser les banques vis-à-vis des capacités d'endettement de leurs clients (A). Toutefois, n'ayant pas les moyens de se substituer pleinement à l'inaction réglementaire des législateurs et à leur choix d'une régulation par la pleine concurrence, le travail de jurisprudence de la Cour de cassation n'était nécessairement pas suffisant pour contourner la crise de 2007 (B).

### A. L'initiative régulatrice de la Cour de cassation

36. Dans le silence du législateur, qui n'est intervenu que postérieurement et de façon ponctuelle, la Cour de cassation a tenté de mettre en place une politique de responsabilisation des banques. Pour cela, elle a déduit de la réglementation qui subsistait des obligations d'information et de mise en garde<sup>111</sup> qui s'imposent au banquier, aussi bien en tant que dispensateur de crédit qu'en tant que prestataire de services d'investissement. Ces contraintes d'information pesant sur les banques françaises ont eu pour effet direct de restreindre le risque de surendettement des particuliers et, plus largement, de l'ensemble de leurs clients, dont l'impact conséquent

---

<sup>109</sup> V. *supra*, n° 11.

<sup>110</sup> V. *infra*, n° 52 et s.

<sup>111</sup> Notamment : BOUCARD F. et DJOUDI J., « La protection de l'emprunteur profane », *D.*, 2008, p. 500 et s. ; MATHEY N., « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », *La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires*, 21 juill. 2011, n° 29, p. 33 et s. ; LECLERCQ P., « L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit », *RJDA*, 1995, p. 322 ; BOUCARD F., « Les devoirs généraux du banquier », *Juris-Classeur Commercial*, 25 oct. 2002, Fascicule 343, n° 33 et s. ; BOUCARD F., *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Université Paris Descartes, sous la direction de D. LEGEAIS, 2001.

avait pu être constaté sur le déclenchement de la crise de 1929, et a été à l'origine de la crise de 2007. En effet, un client bénéficiant d'une information complète et d'une mise en garde adaptée à sa situation et aux risques qu'il encourt sur les opérations qu'il envisage permet, d'une part, au client de mieux appréhender le risque auquel il s'exposerait et, d'autre part, de limiter les comportements incitatifs, voire éventuellement malveillants, des banquiers comme ceux constatés lors de l'octroi abusif des crédits dits « *subprimes* »<sup>112</sup>. Ainsi, le choix d'une politique régulatrice axée sur la prévention du surendettement par la Cour de cassation a eu un écho particulier lors de la crise de 2007, celle-ci ayant été initiée par des défaillances en cascade de particuliers surendettés aux États-Unis.

**37.** En l'absence de réglementation spécifique du législateur et face au déséquilibre d'information et de connaissances qui existe entre le banquier et son client, la Cour de cassation a progressivement construit une jurisprudence protectrice, mais proportionnée, pour protéger les intérêts du client. Pour cela, elle a établi des obligations d'information et de mise en garde qui pèsent sur le banquier<sup>113</sup>. Cette variation dans le degré d'information a permis à la Cour de cassation de ne pas faire peser sur le banquier une charge qui serait disproportionnée dans le cadre des relations commerciales entre professionnels avertis.

Dans la construction de sa jurisprudence, la Cour de cassation a tout d'abord dégagé une obligation d'information pesant sur le banquier ayant pour but de rééquilibrer les connaissances entre les deux parties. La première manifestation de cette obligation est issue d'un arrêt de la chambre commerciale du 28 octobre 1974<sup>114</sup> dans lequel la Cour de cassation fait ressortir une obligation de renseignement à la charge du banquier en ces termes : « La banque avait commis l'imprudence de laisser son client poursuivre des spéculations inconsidérées sans le renseigner, comme elle en

---

<sup>112</sup> V. *infra*, n° 52 et s.

<sup>113</sup> S'ajoutent également le devoir de non-immixtion, le devoir de vigilance et le devoir de respecter le secret bancaire. Ceux-ci ainsi que les obligations d'information, de conseil et de mise en garde sont interconnectés, varient, se complètent et s'assemblent en fonction de la situation de fait. Pour une analyse approfondie sur ces devoirs du banquier : BOUCARD F., *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Université Paris Descartes, sous la direction de D. LEGAIS, 2001.

<sup>114</sup> Cass. com., 28 oct. 1974, n° 72-14.397, Bull. 1974, IV, n° 264 : JCP 1976, II, 18 251, note BOITARD M.



avait le devoir, sur les risques encourus. » Il en résulte donc une obligation pour le banquier qui semble se limiter à une simple information (i.e. un renseignement) relative aux risques supportés par le client dans le cadre des opérations qu'il envisage. Sur la seule base de cet arrêt, il est cependant impossible de savoir si la chambre commerciale avait pour volonté de limiter un tel devoir aux cas où le client serait dans une situation de risque important et immédiat, en l'espèce due à ses opérations de « spéculations inconsidérées » ou, au contraire, si elle envisage d'en faire une obligation générale dans les relations des clients avec le banquier.

Cette décision est surprenante à deux égards. En premier lieu, il est étonnant que la formation de la Cour de cassation à l'initiative de la mise en place de cette nouvelle obligation protectrice des intérêts du client soit la chambre commerciale. En effet, cette chambre chargée des relations des banques avec les professionnels a été relativement frileuse pour reconnaître, dans sa jurisprudence postérieure<sup>115</sup>, que le professionnel peut être un client non averti, susceptible donc de bénéficier des obligations d'information et de mise en garde. Nous nous serions ainsi davantage attendus à ce qu'une telle protection du client (qui en plus avait « une connaissance parfaite des opérations de bourse » et « était averti de la pratique boursière » en l'espèce) soit issue de la première chambre civile de la Cour de cassation. En second lieu, cette obligation de renseignement est une création intégralement jurisprudentielle puisque, pour la dégager, la chambre commerciale ne s'est fondée sur aucun article de loi ni de réglementation ni principe général du droit. Ainsi, aucune référence législative n'est citée dans le corps de l'arrêté à l'appui de ce nouveau devoir du banquier, alors pourtant que la Cour de cassation n'a pas à faire œuvre de création de la loi, mais a uniquement un rôle interprétatif de celle-ci.

À la suite de cet arrêt, la Cour de cassation a progressivement fait évoluer sa jurisprudence dont il est ressorti un triptyque d'obligations liées à l'information du client par le banquier : l'obligation d'information, l'obligation de mise en garde et l'obligation de conseil. De ces devoirs mis à la charge du client découlent l'intensité et la façon dont il doit fournir les informations.

---

<sup>115</sup> V. *infra*, n° 40.

**38.** Dans la continuité de ce premier arrêt, la Cour de cassation a commencé à élaborer sa jurisprudence relative à l'obligation d'information. L'information visée par la Haute juridiction pour satisfaire à ce devoir est générale et impersonnelle et ne porte que sur les caractéristiques des services offerts par le banquier sans prendre en compte la situation concrète de l'opération envisagée<sup>116</sup>. Cette obligation a été définie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Buon* du 5 novembre 1991 dans lequel celle-ci précise que « quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance »<sup>117</sup>. Il relève donc de la responsabilité du banquier de transmettre des données de nature à éclairer le consentement de l'emprunteur sur les risques encourus relatifs à l'opération envisagée<sup>118</sup>. Ce devoir peut ainsi être rempli par la simple remise d'une notice informative et impersonnelle, à titre d'illustration. En conséquence, est cassé et annulé un jugement rendu par la juridiction de proximité dans lequel, pour considérer que la banque a manqué à son obligation d'information, elle avait retenu que les seules mentions du document publicitaire relatif au fonds commun de placement ne suffisent pas à permettre au contractant d'appréhender l'exacte portée de son engagement ; la Cour de cassation indique que les juges du fond auraient dû préciser en quoi l'information délivrée aurait été « incomplète, inexacte ou trompeuse », à défaut l'information par le biais d'un simple document publicitaire est considérée comme suffisante<sup>119</sup>. La Cour de cassation a toutefois précisé à l'occasion d'un arrêt rendu deux ans plus tard que la publicité délivrée doit être « cohérente avec l'investissement proposé » (en l'espèce, n'est pas cohérente une plaquette qui indique « vous n'avez pas à vous inquiéter des évolutions des marchés financiers », mention associée à un

---

<sup>116</sup> MATHEY N., *op. cit.*

<sup>117</sup> Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18.005, Bull. civ. 1991, IV, n° 327 ; JCPE G 1992, 68 ; RJDA, 1/92, n° 68 ; Gaz. Pal., 29 nov. 1991, n° 333-334 flash 20 ; D. 1991, n° 40, p. 269 ; Gaz. Pal., 7 févr. 1992, n° 38-39, p. 20 ; Gaz. Pal., 23 sept. 1992, n° 267-268 jp. 20.

<sup>118</sup> PIEDELIEVRE S., « Emprunteur non averti et responsabilité bancaire », D. 2007, p. 2081.

<sup>119</sup> BOUCARD F. et DJOUDI J., *op. cit.* et Cass. com., 19 sept. 2006, 5 arrêts (n° 05-14.344, Bull. 2006, IV, n° 186 ; n° 05-15.304, Bull. 2006, IV, n° 187 ; n° 05-14.343, Bull. 2006, IV, n° 185 ; n° 05-15.305 ; n° 04-19.522) : Dr. sociétés 2007, n° 13, obs. BONNEAU Th. ; D. 2006, p. 2395, obs. DELPECH X. ; JCP G. 2006, II, 10 201, note GOURIO A. ; JCP E. 2006, 40, obs. MATHEY N. ; Gaz. Pal., 24 nov. 2006, p. 35, note VRAY H. ; Banque & Droit 2006, n° 110, p. 27, obs. DE VAUPLANE H., DAIGRE J.-J., SAINT MARS B. et BORNET J.-P., et p. 46, obs. BUISSIÈRE F. ; Banque 2006, n° 685, p. 80, obs. GUILLOT J.-L. et BOCCARA M. ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 24, note RIASETTO I. et STORCK M.

diagramme qui n'envisage à aucun moment des pertes ou une baisse de l'indice boursier concerné alors que la valeur des parts souscrites par le client s'est retrouvée à l'échéance, inférieure à la valeur de souscription) et, surtout, « mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés »<sup>120</sup>. Par cela, la Cour de cassation oriente le contenu de l'obligation d'information, qui était, jusqu'alors, essentiellement considérée comme la transmission d'une information brute, en y instillant un aspect préventif. Elle est allée plus loin encore dans la protection du client par l'obligation d'information en exigeant que la cohérence et la mention des caractéristiques les moins favorables et des risques inhérents soient respectées dans chaque document émis par le banquier. Ainsi, il est indifférent que la notice d'information relative au fonds commun de placement, approuvée par la Commission des opérations de bourse, qui a été remise au client contienne tous les éléments nécessaires à remplir le devoir d'information du banquier dès lors que la publicité de la banque à destination du client en vue de souscrire les parts du fonds n'était pas cohérente et ne précisait pas les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents à l'investissement envisagé<sup>121</sup>.

Il résulte de ce travail prétorien que la Cour de cassation a précisé et complété la portée de l'obligation d'information du banquier, de telle sorte que le client qui en bénéficie doit être renseigné *a minima* sur les risques auxquels il s'expose vis-à-vis du produit financier et/ou de l'opération considérée dans chacun des documents relatifs à ceux-ci. En revanche, l'obligation d'information se caractérise également par son caractère général, objectif et impersonnel, dès lors elle ne couvre pas le degré de risque supporté par le client au regard de sa situation personnelle. C'est pour cette raison que, parallèlement, la Cour de cassation a dégagé une obligation d'informer additionnelle

---

<sup>120</sup> Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798 : Bull. civ. 2008, IV, n° 127 ; D. 2008, p. 1892, obs. DELPECH X. ; Banque et droit 2008, n° 112, p. 23, obs. DE VAUPLANE H., DAIGRE J.-J., DE SAINT MARS B. et BORNET J.-P. ; Banque et droit 2008, n° 121, p. 70, obs. BUSSIÈRE F. ; JCP G 2008, II, 10160, note MATHEY N. ; Bull. Joly Bourse 2008, p. 398, note GUYADER H. ; RTD com. 2008, p. 590, obs. STORCK M. ; RJDA 2008/30, n° 1797, obs. PIEDELIÈVRE. S., RIASSETTO I., « Responsabilité boursière : nouvelle donne pour la distribution financière et la gestion de patrimoine », *RD bancaire et fin.*, 2008, n° 4, p. 41.

<sup>121</sup> Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.627 : *RD bancaire et fin.* 2010, n° 77, obs. STORCK M. ; Banque et droit 2010, p. 49, obs. DE VAUPLANE H., DAIGRE J.-J., DE SAINT MARS B. et BORNET J.-P. ; Banque et droit 2010, p. 35, obs. BUSSIÈRE F.

qui, quant à elle, prend en compte les données du cocontractant, il s'agit de l'obligation de mise en garde.

**39.** L'obligation de mise en garde consiste à attirer l'attention du client sur l'opération projetée, principalement sur les risques prévisibles et non pas uniquement sur les risques théoriques<sup>122</sup>. Elle a pour objectif de mettre en lumière les aspects négatifs du contrat au regard de la situation du client<sup>123</sup>. Le devoir de mise en garde est donc plus concret et circonstancié que la simple obligation d'information<sup>124</sup>. Il s'agit d'un devoir d'informer qui est renforcé et adapté à la situation du client, qui demande ainsi plus d'investissement au banquier. Ainsi, nous comprenons aisément que cette obligation mise à la charge de banquier est restreinte. En effet, compte tenu de son aspect subjectif et afin de ne pas surcharger le banquier dans ses obligations, la Cour de cassation a limité le bénéfice du devoir de mise en garde aux clients qui en ont le plus besoin. Il s'agit là d'une différence majeure avec l'obligation d'information qui, quant à elle, compte tenu de son caractère général et impersonnel, s'applique au bénéfice de tous les clients du banquier, sans égard pour leur expérience<sup>125</sup>.

**40.** Pour déterminer le champ d'application de l'obligation de mise en garde, la Cour de cassation opère donc une distinction entre le client averti et le client non averti afin de déterminer en pratique le besoin d'information et l'obligation subséquente qui pèse sur le banquier<sup>126</sup>. Cet examen préliminaire est considéré par la Haute juridiction

---

<sup>122</sup> BOUCARD F. et DJOUDI J., *op. cit.*

<sup>123</sup> Notamment : FABRE-MAGNAN M., « De l'obligation d'information dans les contrats », Ed. LGDJ, 1992 ; LE TOURNEAU Ph. et POUMAREDE M., « Contrats et obligations – Classification des obligations – Autres distinctions des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Juris Classeur Code Civil*, fasc. 40, 2014, n° 18.

<sup>124</sup> MATHEY N., *op. cit.*

<sup>125</sup> STORCK M., « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RLDA*, oct. 2008.

<sup>126</sup> Notamment parmi les quatre arrêts similaires rendus par la première chambre de la Cour de cassation le 12 juillet 2005 : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.921, Bull. 2005, I, n° 327 : JCP E 2005, 1359, obs. LEGAIS D. ; JCP G 2005, II, 10 140, note GOURIO A. ; Banque mag. 2005, n° 673, p. 94, note GUILLOT J.-L. et BOCCARA SEGAL M. ; RD bancaire et fin. 2005, obs. CRÉDOT F. et GÉRARD Y. ; D. 2005, n° 44, note PARANCE B. ; D. 2005, AJ 2276, obs. DELPECH X. ; D. 2006, Pan. p. 155, obs. MARTIN D. R. et SYNVEH H. ; RDI 2006, 123, obs. HEUGAS-DARRASPEN H. ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. BONNEAU Th. ; LASSERRE-CAPDEVILLE J., *Les 10 ans de l'arrêt Grimaldi*, RD bancaire et fin., 2015.

comme un préalable indispensable et nécessaire avant toute analyse du devoir de mise en garde et de la responsabilité du banquier. En effet, à plusieurs reprises, la première chambre civile et la chambre commerciale ont cassé et renvoyé des arrêts de Cour d'appel dans lesquels les juges n'avaient pas pris la peine de déterminer la qualité du client pour cet unique motif<sup>127</sup>.

Progressivement, la Cour de cassation a donc élaboré des critères de qualification du client non averti. De manière générale, elle définit le client averti comme étant celui qui dispose des « compétences nécessaires pour apprécier le contenu, la portée et les risques liés » aux opérations concernées<sup>128</sup>. Afin de s'assurer de la bonne information du client, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que l'analyse de la connaissance du client doit se faire individuellement et que le fait que le client soit accompagné ou assisté, même par une personne avertie (fût-elle un professionnel de la finance), est sans incidence sur sa qualification de client averti ou non<sup>129</sup>. Il résulte de ces jurisprudences que la qualification du client<sup>130</sup> s'effectue *in concreto*<sup>131</sup> et est, logiquement, à la charge des juridictions du fond<sup>132</sup>. Ces dernières se fondent sur des critères personnels (âge, formation, expérience, etc.) et particulièrement sur l'activité professionnelle pour déterminer la compétence du client. Ainsi, il résulte des jugements des tribunaux que les cadres et les dirigeants sont

---

<sup>127</sup> Notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 2011, n° 09-70.651, Bull. 2011, I, n° 3 : JCP E 2011, 1140, note LEGEAIS D. – Cass. com., 30 nov. 2010, n° 10-10.950 – Cass. com., 12 nov. 2008, n° 10-10.950 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 2009, n° 08-13.870 – Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, 2 arrêts (n° 06-11.673 et n° 05-21.104) : JCP G 2007, II, 10 146, note GOURIO A. et JCP E 2007, n° 2015, note LEGEAIS D. ; D. 2007, p. 1950, 2081, note PIEDELIÈVRE S. ; D. 2008, p. 878, note MARTIN D. ; RLDC 2007 n° 2661, obs. MARRAUD DES GROTTES G. ; RD bancaire et fin. 2007, 148, obs. D. L. ; Banque et droit 2007, note BONNEAU Th. ; RLDC oct. 2007, p. 32, note DEVÈZE J. ; RTD civ. 2007, note JOURDAIN P. ; RLDC 2007, note DELEBECQUE Ph. ; Dr. & patrimoine 2007, n° 164, p. 77, note MATTOUT J.-P. et PRÜM A. ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 9, note HOCQUET-BERG S.

<sup>128</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 nov. 2012, n° 11-26.477.

<sup>129</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 2009, n° 07-18.334 : JCP E 2009, note LEGEAIS D. ; Banque et droit, juill.-août 2009, p. 20, note BONNEAU Th.

<sup>130</sup> Pour les opérations réalisées par une société, le caractère averti ou non s'apprécie au regard de la situation de son dirigeant (notamment : Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-24.114 et 10-28.657 – Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-19.091).

<sup>131</sup> Notamment : MATHEY N., *op. cit.*

<sup>132</sup> *Idem* et LEGEAIS D., « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », Juris Classeur Banque – Crédit – Bourse, fasc. 500, 2015, n° 23.

généralement considérés comme avertis quand bien même leur activité serait sans aucun lien avec les opérations bancaires envisagées<sup>133</sup>.

À titre d'illustration sur le caractère *in concreto* de la détermination de la qualité d'averti ou non : à propos d'un médecin qui rachète à ses deux anciens coassociés le cabinet, puis trois ans plus tard les locaux, la Cour de cassation a suivi l'avis des juges du fond qui ont estimé que le client était averti compte tenu du fait qu'il est « un médecin spécialiste de haut niveau et en tant que tel capable de réflexion et de discernement, [que s'il] n'était sans doute pas, lorsqu'il a contracté, un homme d'affaires expérimenté ni un professionnel du crédit [il] ne pouvait pas ignorer les risques inhérents aux opérations dont il prenait l'initiative » et que par ailleurs il avait déjà l'expérience d'un premier emprunt contracté trois ans plus tôt et qu'il était évidemment le mieux placé pour apprécier les perspectives de développement de son activité professionnelle (et donc de ses facultés de remboursement)<sup>134</sup> ; à propos d'un pompier professionnel de 26 ans, titulaire d'un baccalauréat médico-social, qui contracte son premier emprunt immobilier pour financer l'acquisition d'un ensemble immobilier à usage locatif, la Cour d'appel a retenu son caractère non averti aux motifs que ni sa profession ni sa formation n'impliquent des connaissances en matière d'investissement financier et de crédit<sup>135</sup> ; à propos d'un découvert accordé à une société dirigée par un gérant âgé de 27 ans qui venait de prendre cette responsabilité sans posséder une expérience en matière financière ou comptable conférant la qualification d'emprunteur averti, la banque est tenue à une obligation de mise en garde du fait du caractère non averti du gérant de la société (la présence d'un expert-comptable pour conseiller la société par ailleurs est sans incidence)<sup>136</sup>.

Afin d'apprécier le caractère ou non d'averti, les juges du fond prennent également en compte les caractéristiques de l'opération. Ainsi, plus sa complexité est grande, moins le client est susceptible d'être considéré comme averti pour les besoins de cette opération<sup>137</sup>. C'est notamment en ce sens qu'a jugé la Cour d'appel d'Orléans

---

<sup>133</sup> LEGEAIS D., *idem*.

<sup>134</sup> Cass. com., 26 mai 2010, n° 08-10.274 et CA Toulouse, 2e ch., 2e sect., 16 oct. 2007, n° 05/06220.

<sup>135</sup> CA Poitiers, 2e ch. civile, 2 sept. 2014, n° 13/03271.

<sup>136</sup> CA Bastia, ch. civile B, 21 nov. 2012, n° 11/00087, confirmé par Cass. com., 4 mars 2014, n° 13-10.588 (« le caractère non averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal »).

<sup>137</sup> MATHEY N., *op. cit* et LEGEAIS D., *op. cit*.

le 30 mars 2009, en considérant que le banquier a manqué à ses obligations en octroyant un prêt de restructuration à une cliente âgée n'ayant aucune compétence en matière financière sans l'avoir auparavant mise en garde<sup>138</sup>. Outre les aspects personnels, qui suffisent à eux seuls à caractériser la qualité de non avertie de la cliente, la Cour précise, concernant l'opération en elle-même, que « le prêt dont il s'agit était un prêt dit "de restructuration", destiné à se substituer à d'autres engagements, ce qui nécessitait que l'emprunteuse soit clairement avertie du sort des engagements concernés, de ceux qui se trouvaient repris sous la couverture de ce prêt, de ceux qui continueraient à subsister, des arriérés éventuellement apurés... ». Ainsi, dans cette affaire, la complexité même de l'emprunt aurait nécessité une mise en garde par le banquier.

**41.** Il doit être souligné que la chambre commerciale, qui traite des litiges relevant des relations entre le banquier et des professionnels, a considéré pendant longtemps que le commerçant était, du fait de sa situation d'exercice professionnel, averti<sup>139</sup>. Il était donc possible pour une même personne qu'elle soit considérée comme non avertie dans le cadre de sa vie personnelle et comme avertie lorsqu'il s'agissait de l'exercice de sa profession. Cette anomalie jurisprudentielle a été rectifiée puisqu'il est désormais reconnu que le commerçant, et plus généralement la personne qui contracte pour les besoins de sa profession, peut être un client non averti<sup>140</sup>. C'est par ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation préfère utiliser les termes de « client non averti » à ceux de « client profane » qui renvoient à la notion de consommateur. Ces notions de client averti et de client non averti sont la base de la détermination de l'étendue de

---

<sup>138</sup> CA Orléans, 30 mars 2009, n° 08/00619.

<sup>139</sup> MATHEY N., *op. cit.* – LEGEAIS D., « Responsabilité bancaire. Conditions de la responsabilité à l'égard de l'emprunteur. Absence de devoir de conseil », note sous Cass. Com, 24 sept. 2003, n° 02-11362, *RTD com.*, 2014, p. 142.

<sup>140</sup> Notamment : Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517, Bull. 2006, IV, n° 101 : JCP E 2006, 1890 ; JCP G 2006, 10 122 ; D. 2006, 1618, note FRANCOIS J. ; Gaz. Pal., 28 juin 2006, p. 5 – Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211, Bull. 2006, IV, n° 102 : JCP E 2006, 1890 ; D. 2006, 1618, note FRANCOIS J. Gaz. Pal., 28 juin 2006, p. 5 – Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, Bull. 2006, IV, n° 103 : JCP E 2006, 1890 ; Banque et droit 2006, p. 53, obs. RONTCHEVSKY N. et p. 85, obs. FAYNER S. et GUILLOT J.L ; Gaz. Pal., 28 juin 2006, p. 5. – Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-14.114, Bull. 2006, IV, n° 145 : JCP E 2006, 2271, note LEGEAIS D.

l'obligation de mise en garde dérogée par la Cour de cassation (elles n'ont en revanche aucun impact sur l'obligation d'information<sup>141</sup>).

42. À l'opposé de l'obligation d'information, l'obligation de mise en garde se distingue également d'un devoir de conseil qui aurait pour objectif d'orienter la décision du client, en l'éclairant sur l'opportunité du contrat (tant sur ses avantages que sur ses inconvénients) et même en lui indiquant quelle serait la solution la plus adaptée à sa situation<sup>142</sup>. Il s'agit donc d'une obligation distincte et plus exigeante que le devoir de mise en garde. Toutefois, selon certains auteurs, le devoir de mise en garde peut être considéré comme une variante<sup>143</sup> ou une composante substantielle du devoir de conseil dès lors que ces deux obligations sont intimement connectées puisqu'il est difficile de mettre en garde le client sans, d'une certaine manière, lui conseiller de ne pas s'engager dans l'opération concernée, ou du moins pas dans les conditions dans lesquelles elle est envisagée<sup>144</sup>. Cependant, le devoir de conseil fait débat et la jurisprudence à son égard est très fluctuante<sup>145</sup> compte tenu de la complexité, en pratique, d'isoler ces trois obligations d'information indépendamment l'une de l'autre, d'une part, et de la difficile conciliation avec le principe de non-immixtion, d'autre part. Ainsi, sur ce premier point, le devoir de conseil a régulièrement été enchevêtré avec l'obligation d'information malgré leurs différences conséquentes (i.e. l'une étant une obligation objective et générale alors que l'autre tient compte de la situation

---

<sup>141</sup> V. *supra*, n° 38.

<sup>142</sup> GROUTEL H., « Le devoir de conseil », *RD bancaire et fin.*, janv.-févr. 1999 ; TRICOT D., « La rémunération du crédit en Europe », *RD bancaire et fin.*, mars-avr. 2007.

<sup>143</sup> MATHEY N., *op. cit.* : « Le devoir de mise en garde peut s'analyser en une forme de devoir de conseil négatif. Il en reste toutefois réellement distinct dans la mesure où il n'y a aucune prescription de la part du banquier. »

<sup>144</sup> BOUCARD F. et DJOUDI J., *op. cit.* : « Si le conseil se distingue de l'information, il se confond avec la mise en garde puisque, dans les deux cas, il faut attirer l'attention du cocontractant. Comment conseiller efficacement un client, c'est-à-dire agir sur sa décision et l'éclairer sur l'opportunité du contrat sans attirer son attention, l'avertir ou l'informer sur les avantages et les inconvénients de l'opération ? Comment mettre en garde un cocontractant, c'est-à-dire l'avertir sur un point négatif, un risque, sans lui conseiller de ne pas prendre un tel risque ? Rien ne semble s'opposer réellement à ce que le devoir de mise en garde soit une simple variante renforcée du devoir de conseil ou, du moins, sa composante substantielle que l'on n'ose pas affirmer comme telle pour éviter le conflit avec le principe de non-ingérence du banquier. »

<sup>145</sup> Le devoir de conseil a été pendant longtemps rejeté par la Cour de cassation avant d'être admis dans certains arrêts et refusé dans d'autres.



personnelle de l'emprunteur)<sup>146</sup>, voire avec l'obligation d'information et le devoir de mise en garde simultanément (« que les prêteurs ne justifiaient pas, ni même n'alléguaient avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts ; que la cour d'appel a pu en déduire que les établissements de crédit avaient manqué à leur devoir de conseil »)<sup>147</sup>. Sur le second point, le devoir de conseil apparaît inconciliable avec le principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client<sup>148</sup>. En effet, ce devoir de non-ingérence consiste en une interdiction faite à quiconque de s'immiscer dans les affaires d'autrui, soit en s'informant sur celles-ci, soit en prenant une décision qui relève de la compétence du maître de ces affaires ou en orientant la prise d'une telle décision<sup>149</sup>. La Cour de cassation a repris ce principe en affirmant que « le banquier n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client » et donc qu'il n'incombe pas au prêteur de vérifier l'opportunité économique de l'opération financée<sup>150</sup>. Ainsi, les seuls conseils pouvant être fournis par le banquier doivent se faire dans le cadre d'un contrat de conseil<sup>151</sup>.

En l'état de la jurisprudence actuelle et compte tenu des difficultés liées à la mise en œuvre du devoir de conseil, la Cour de cassation semble avoir renoncé à cette obligation en dehors des cas où elle est prévue par la loi ou par un contrat de conseil conclu entre le banquier et le client (« sauf disposition légale ou contractuelle contraire, la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de son client »)<sup>152</sup>, même si certains arrêts vont encore en sens contraire (« les premiers juges en ont tiré à juste titre la conclusion que la banque avait manqué à son devoir de conseil »)<sup>153</sup>.

---

<sup>146</sup> Notamment : Cass. com., 15 mai 2002, n° 99-19958.

<sup>147</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212, Bull. civ. 1995, I, n° 287 : JCP G 1992, 2088 ; JCP E 1995, 1107 ; JCP E 1996, 772, note LEGEAIS D.

<sup>148</sup> PASQUALINI F., Dalloz Rép. com., « Responsabilité du banquier », n° 3.

<sup>149</sup> MOUSTROU F., Obligation de mise en garde de la banque à l'égard de l'emprunteur averti et de l'emprunteur profane, 9 juill. 2009. Disponible sur : [http://avocats.fr/space/frederic.moustrou/content/\\_B781F3B7-ECC2-44FD-963B-F55D0E04BDFF](http://avocats.fr/space/frederic.moustrou/content/_B781F3B7-ECC2-44FD-963B-F55D0E04BDFF).

<sup>150</sup> LEGEAIS D., *op. cit.* – Cass. com., 18 févr. 1997, n° 94-18.073, Bull. 1997, IV, n° 52 ; JCP G 1997, 797 – Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.741 : RD bancaire et fin. 2001, p. 282, obs. CRÉDOT F. et GERARD Y.

<sup>151</sup> MATHEY N., *op. cit.*

<sup>152</sup> Cass. com., 13 janv. 2015, n° : RD bancaire et fin. 2015, n° 71, obs. CRÉDOT F. et SAMIN T. ; AJ 2015, p. 172, note GOURIO A. ; Gaz. Pal., 15 mars 2015, p. 24, obs. MOREIL S. ; RTD com. 2015, p. 341, obs. LEGEAIS D.

<sup>153</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-11.205.

43. Sur la base de ce triptyque de devoirs d'informer, la Cour de cassation a déterminé en fonction du service proposé par la banque, et donc des risques associés pour le client, le degré d'information qui doit être apporté par celui-ci. Ainsi, lorsque le banquier agit en dispensateur de crédit, la Cour de cassation lui a imposé, en plus de son devoir d'information, un devoir général de mise en garde vis-à-vis du client non averti. Cette obligation est issue des quatre arrêts de principe qui ont été rendus par la Cour de cassation le 12 juillet 2005, elle y approuve le raisonnement de la Cour d'appel qui « après avoir analysé les facultés contributives des époux [emprunteurs], en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, la cour d'appel constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde »<sup>154</sup>. Cette solution a par la suite été répétée dans de nombreux arrêts<sup>155</sup>, dont des arrêts de chambre mixte<sup>156</sup>, indiquant la volonté d'établir une jurisprudence constante.

Il résulte de cette jurisprudence que l'obligation de mise en garde est subordonnée à deux conditions, d'une part, l'emprunteur doit avoir la qualité de non averti<sup>157</sup> et, d'autre part, le prêt doit être inadapté aux capacités financières de l'emprunteur. Ainsi, le devoir de mise en garde n'a pas à être respecté lorsque le prêt est adapté aux capacités financières déclarées de l'emprunteur<sup>158</sup>. Dans ce cas, le banquier n'a pas à rechercher si le client est un emprunteur averti ou non<sup>159</sup>, mais subsiste en revanche et dans tous les cas l'obligation d'information au bénéfice du client. Comme l'a indiqué

---

<sup>154</sup> Notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2005, 4 arrêts dont n° 03-10.921, *op. cit.*

<sup>155</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 févr. 2006, n° 02-19.066, Bull. 2006, n° 91 : D. 2006, p. 1618, note FRANÇOIS J. ; Banque et droit 2006, n° 108, p. 63, obs. BONNEAU Th. ; RTD com. 2006, p. 462, obs. LEGEAIS D. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2006, n° 05-12.699, Bull. 2006, n° 398 : Banque et droit 2006, n° 109, p. 50, obs. BONNEAU Th. – Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517, Bull. 2006, IV, n° 101, *op. cit.* – Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-14.114, Bull. 2006, IV, n° 145, *op. cit.*

<sup>156</sup> Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 06-11.673, Bull. 2007, n° 8, *op. cit.*

<sup>157</sup> V. *supra*, n° 39.

<sup>158</sup> Notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 08-13.601, Bull. 2009, I, n° 232 : JCP E 2009, 2140, note LEGEAIS D. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 2009, 2 arrêts (n° 08-12.783 et n° 08-11.866) : JCP E 2010, 1068, note LEGEAIS D.

<sup>159</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 07-21.382, Bull. 2009, I, n° 231, *op. cit.*

un auteur, la mise en garde « ne se conçoit qu'en présence d'un danger »<sup>160</sup>. Dès lors, le banquier est tenu de vérifier les capacités financières de son client préalablement à tout octroi d'un emprunt afin de déterminer s'il est soumis à l'obligation de mise en garde. À titre d'illustration, le juge du fond ne peut accueillir la demande d'une banque en paiement de sommes dues au titre d'un prêt sans avoir antérieurement recherché si la banque, qui a contracté avec un emprunteur non averti, a vérifié ses capacités financières et l'a prévenu le cas échéant du risque d'endettement lié à l'octroi du prêt avant de le lui accorder<sup>161</sup>. Il est à noter que la Cour de cassation a souhaité conserver un devoir de mise en garde qui s'applique largement dès lors que les deux conditions nécessaires sont remplies ; ainsi, cette obligation subsiste même lorsque le prêt est manifestement excessif et que l'emprunteur ne pouvait l'ignorer<sup>162</sup>, et même lorsque le montant du prêt consenti est minime<sup>163</sup> (dès lors que l'emprunteur n'a pas les capacités financières pour y faire face). Dans le cas où le client qui cherche à emprunter est averti, le banquier dispensateur de crédit est en principe déchargé de son devoir de mise en garde<sup>164</sup>. Toutefois, si ce dernier dispose d'informations sur la situation de l'emprunteur ou sur les risques encourus que l'emprunteur lui-même est en droit d'ignorer, le devoir de mise en garde est rétabli<sup>165</sup>.

Aux conditions précitées, la Cour de cassation a également ajouté *a posteriori* que l'emprunteur doit faire preuve de bonne foi. Ainsi, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit ne peut pas être recherchée si l'emprunteur a dissimulé sa situation réelle à la banque<sup>166</sup>. En effet, une des principales sources d'information du banquier pour analyser la situation financière de son client est l'emprunteur lui-même. Dès lors, s'il n'a pas un comportement loyal en communiquant les informations

---

<sup>160</sup> ROUTIER R., JCP E 2014, 1340.

<sup>161</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 08-13.601, Bull. 2009, I, n° 232, *op. cit.*

<sup>162</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2009, n° 08-16.345, Bull. 2009, I, n° 191 : JCP E 2009, 2024.

<sup>163</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2009, n° 08-12.100.

<sup>164</sup> Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, *op. cit.*

<sup>165</sup> Notamment : Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-15.124 : en l'espèce, le banquier a consenti un emprunt pour un client souhaitant acquérir un fonds de commerce dont le banquier, en tant que créancier du vendeur, savait qu'il était à vendre à un prix totalement surévalué compte tenu de l'absence de perspectives précises d'accroissement des bénéfices exploitation.

<sup>166</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2007, n° 06-17.003, Bull. 2007, I, n° 330 : JCP E 2007, n° 2576, note LEGEAIS D. ; D. 2008, p. 256 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2007, n° 06-17.003, Bull. 2007, I, n° 330 ; JCP G 2008, II, 10055, note GOURIO A. ; JCP E 2007, 2576, note LEGEAIS D. ; D. 2007, p. 2871 ; D. 2008, p. 257, note BAZIN E.

nécessaires sur son patrimoine, ses charges et ses revenus, il ne peut se prévaloir de l'obligation de mise en garde.

En cas de défaut du banquier soumis à l'obligation de mise en garde, la Cour de cassation a établi que le préjudice réparable est celui d'une perte de chance de l'emprunteur de ne pas avoir contracté le prêt litigieux<sup>167</sup>. Généralement, les juges allouent l'équivalent des intérêts du prêt en dommages et intérêts, de telle façon que l'emprunteur ne doit plus rembourser que la somme prêtée<sup>168</sup>. Cela apparaît comme équitable à la fois pour l'emprunteur non averti et pour le banquier qui n'a pas respecté ses obligations.

**44.** Pour ce qui est du banquier prestataire de services d'investissement, le devoir d'informer qui pèse sur lui dépend de la situation à laquelle il est confronté. Dans le cadre de l'arrêt *Buon* du 5 novembre 1991<sup>169</sup>, la chambre commerciale a estimé que, en dehors des cas d'opérations spéculatives, l'obligation qui incombe au banquier est dans tous les cas une simple obligation d'information et non pas un devoir de mise en garde. Elle a considéré que le banquier n'a pas à rechercher si son client est averti ou non. La distinction selon la qualité du client ne joue donc pas en cas d'opération non spéculative. Cependant, le banquier prestataire de services d'investissement a l'obligation de s'enquérir de la situation patrimoniale du client, de sa compétence et de ses objectifs afin d'adapter l'information qu'il doit lui fournir<sup>170</sup>. Étant redevable d'une obligation d'information, le prestataire doit attirer l'attention du client sur les caractéristiques du produit proposé et, surtout, sur les aspects les moins favorables

---

<sup>167</sup> Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, Bull. 2009, IV, n° 127 : JCP E 2009, 2053, note LEGEAIS D. ; D. 2009, p. 2971, note HOUTCIEFF D.

<sup>168</sup> RIFFAULT-SILK J., Rendez-vous du 27 févr. 2013.

<sup>169</sup> Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18.005, *op. cit.*

<sup>170</sup> Cass. com. 12 févr. 2008, n° 06-20.835, Bull. 2008, IV, n° 31 : en l'espèce, la cliente a indiqué dans le document contractuel qu'elle a signé qu'elle estimait avoir les connaissances suffisantes pour pratiquer la vente à découvert et en réponse au questionnaire d'évaluation de ses aptitudes, elle a certifié être un investisseur qualifié disposant d'une connaissance suffisante des actions ainsi que des reports et désirant décider seule de ses investissements. Cependant, la Cour de cassation a estimé que l'absence d'évaluation par le prestataire de la compétence de la cliente s'agissant de la maîtrise des opérations spéculatives envisagées et les risques encourus dans ces opérations ne satisfait pas à ses obligations de renseignement sur les connaissances de la cliente.

pouvant résulter de l'évolution des cours et sur le fait qu'il pouvait être exposé à une perte de capital<sup>171</sup>.

Dans le cadre d'une opération spéculative, le banquier prestataire de services d'investissement doit informer son client des risques encourus s'il s'agit d'un client non averti. C'est donc une obligation de mise en garde qui est à sa charge<sup>172</sup>, en plus de l'obligation d'information. En revanche, comme pour un emprunt, si le client est un opérateur averti<sup>173</sup> ou s'il le devient<sup>174</sup>, l'obligation de mise en garde du banquier disparaît.

**45.** L'œuvre de la Cour de cassation est donc conséquente, mais juste et proportionnée, en matière de régulation bancaire. Elle limite les obligations les plus fortes qui pèsent sur le banquier aux opérations les plus risquées et aux clients novices afin de ne pas avoir pour effet de restreindre excessivement l'accès au crédit et d'éviter une trop grande immixtion dans les sociétés clientes. Cette œuvre prétorienne constitue une solide protection pour les clients qui aurait fortement limité, voire empêché, toute bulle spéculative liée au surendettement des particuliers en France. Cependant, son intervention pour responsabiliser les banques est ponctuelle et limitée. En effet, elle ne peut intervenir que dans la limite du domaine des litiges dont elle est saisie et rend des arrêts dont la force est restreinte puisqu'*infra-législative* et *infra-règlementaire*. Évidemment, s'ajoute à cela la limite de son champ d'action territorial aux conflits relevant de la législation française. Dès lors, nous ne pouvons que regretter qu'une jurisprudence similaire n'ait pas été développée aux États-Unis avant le déclenchement de la crise des « *subprimes* », afin de restreindre le surendettement des particuliers en entravant par le biais de l'obligation de mise en garde l'octroi d'emprunt à des particuliers insolvables ou proches d'une situation de surendettement.

Même si la jurisprudence de la Cour de cassation participe à la construction du Droit et bien qu'elle ait souvent été reprise par le législateur, celle-ci ne peut faire œuvre de loi, générale et impersonnelle, à la place du législateur. Or, ce dernier a, en

---

<sup>171</sup> V. *supra*, n° 37 et Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 mars 2014, n° 13-16.672.

<sup>172</sup> Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18.005, *op. cit.*

<sup>173</sup> Cass. com., 18 févr. 2004, n° 02-14.311.

<sup>174</sup> Cass. com., 27 janv. 1998, n° 93-18.672, Bull. 1998, IV, n° 41 : JCP E 1998, 442 ; JCP G 1998, 1577.

1984, décidé de limiter son intervention en matière bancaire et financière, en s'appuyant sur l'impact régulateur de la libre concurrence entre les banques.

## B. Les lacunes de la régulation par la concurrence

46. Par la loi du 24 janvier 1984 et l'entrée en vigueur du *Gramm-Leach-Bliley Act*, les législateurs français et américain ont dérèglementé les banques et leurs activités<sup>175</sup>. Ils ont ainsi préconisé la pleine concurrence entre les banques au détriment de la doctrine Germain<sup>176</sup>, espérant que le secteur bancaire, sous l'effet d'une forte concurrence, se régulerait par lui-même. Il s'agit de l'application des théories de l'économie libérale, qui ont été expliquées notamment par Friedrich Hayek, prix Nobel d'économie en 1974, en ces termes : « la concurrence oblige les gens à agir rationnellement pour pouvoir subsister »<sup>177</sup>. Cela repose donc sur l'idée que les acteurs d'un marché concurrentiel agiraient de façon raisonnée sans prendre des risques excessifs garantir leur pérennité. L'idéologie de cette doctrine subsiste encore aujourd'hui, pourtant les contre-exemples, notamment de sociétés prenant des risques excessifs pour rester compétitives, sont très nombreux et concernent de multiples secteurs d'activité (par exemple, les faillites de WorldCom et d'Enron, l'inclusion de la Société Générale dans l'affaire dite des « *Panama Papers* », les nombreux scandales de spéculations excessives de *traders* mettant en danger la stabilité des sociétés qui les emploient, les fraudes aux normes antipollution sur des moteurs diesel, etc.).

47. Une mutation du secteur bancaire et de son régime juridique a pu être observée à partir de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle. La moralisation qui s'était opérée par la réglementation des années 1930 a peu à peu cédé place à la libéralisation du secteur par l'allègement des contraintes imposées par les États. Ainsi, à titre d'illustration, l'État français a notamment dérèglementé l'ouverture des guichets et les prix des services, qui peuvent désormais être librement fixés par les banques. Cette

---

<sup>175</sup> V. *supra*, n° 30.

<sup>176</sup> V. *supra*, n° 21.

<sup>177</sup> « The basic contention of theory is rather than competition will make it necessary for people to act rationally in order to maintain themselves », HAYEK F., *Law, Legislation and Liberty*, Volume 3: *The Political Order of a Free People*, 4<sup>e</sup> éd., Ed. University of Chicago Press, Etats-Unis, 1981, p. 75.

dérèglementation est issue de la théorie selon laquelle la concurrence entre les banques serait suffisante pour assurer l'équilibre du système bancaire et éviter ses excès<sup>178</sup>. Cette forme d'autorégulation a été théorisée par les auteurs, Henri Bourguinat le premier, sous l'expression « règle des trois D », à savoir décloisonnement, dérèglementation et désintermédiation<sup>179</sup>.

**48.** Le décloisonnement des marchés a pour effet d'élargir le champ concurrentiel du secteur en supprimant les spécificités qui compartimentent les banques. Ce décloisonnement a eu un double impact lors de la dérèglementation du système bancaire à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : un aspect extérieur avec l'ouverture du marché national à l'international et un aspect intérieur avec la suppression des structures légales existantes, et notamment de la distinction entre banque de dépôt et banque d'affaires, et des restrictions d'activité subséquentes. Il s'est illustré, par exemple, par l'abrogation du contrôle des changes en France<sup>180</sup> puis au sein de tous les États de la Communauté européenne<sup>181</sup>, permettant alors de faciliter l'installation de banques françaises à l'étranger et inversement.

En offrant une ouverture plus large à la concurrence, le décloisonnement permettrait, selon les États qui l'ont appliqué, de limiter le risque d'ententes et les attitudes de complaisance entre sociétés d'un même secteur d'activité compte tenu de la multiplicité des sociétés en concurrence. Il serait cependant utopique de penser que le décloisonnement du système bancaire (et donc l'élargissement du champ de la concurrence) fait obstacle à toute entente : s'il est effectivement plus compliqué d'envisager un accord entre un grand nombre de sociétés réparties dans le monde, les ententes locales sont toujours possibles, voire mieux dissimulées compte tenu du nombre d'acteurs à observer. Par l'application des théories libérales, le décloisonnement régulerait également les comportements des sociétés au regard des

---

<sup>178</sup> BONNEAU Th., *Droit bancaire*, 9<sup>e</sup> éd., Ed. Domat droit privé, 2011, p. 17.

<sup>179</sup> BOURGUINAT H., *Finance internationale*, 1<sup>e</sup> éd., Ed. Thémis Economie, 1992, p. 91 et s.

<sup>180</sup> Décret n° 89-938 du 29 déc. 1989 règlementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 30 déc. 1989 et décret n° 90-58 du 15 janv. 1990 modifiant et complétant le décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 règlementant les relations financières avec l'étranger, JORF n° 13 du 16 janv. 1990.

<sup>181</sup> Dir. 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'art. 67 du traité (JOCE n° L 178 du 8 juill. 1988), qui impose la liberté de circulation des capitaux et donc la fin du contrôle des changes à compter du 1<sup>er</sup> juill. 1990.

prises de risque qu'elles pourraient envisager compte tenu de l'élargissement de la concurrence. Cette affirmation n'est cependant ni justifiée ni observée de façon incontestable en pratique ; nous pouvons même constater, dans certains cas, que l'augmentation de la concurrence est un encouragement à la prise de risque des sociétés qui, pour rester compétitives, prennent des positions risquées qu'elles n'auraient peut-être pas mises en œuvre antérieurement<sup>182</sup>.

**49.** La dérèglementation a permis non seulement le décloisonnement des marchés en supprimant les barrières légales et réglementaires, mais aussi la création de nouveaux instruments financiers. En effet, la disparition des contraintes associée à la libéralisation des taux d'intérêt a fortement augmenté la volatilité de ces derniers et des cours de change. Des instruments financiers ont donc été créés pour gérer cette instabilité. C'est ainsi que sont apparus les contrats d'échanges financiers (*swap*)<sup>183</sup>. Initialement, les contrats d'échanges financiers ont offert aux opérateurs une plus grande mobilité, leur permettant de passer d'un taux variable à un taux fixe, d'un contrat en dollars à un contrat en euros ou encore d'un marché au comptant à un marché à terme lorsque la situation leur devenait défavorable. Puis cette mobilité pour les opérateurs s'est mue en insécurité sur le marché car ces contrats, portant désormais sur des sommes importantes, ne servaient plus à couvrir un risque par la souplesse qu'ils apportaient, mais avaient été détournés pour être utilisés comme outils de

---

<sup>182</sup> Notamment : le groupe EDF qui, pour rester compétitif sur le secteur de la production d'électricité face aux nouvelles méthodes de production d'énergie, s'est engagé dans la construction de l'extension de la centrale nucléaire de Hinkley Point sensée permettre à terme de produire l'électricité à moindre coût et dont, à ce stade, la mise en route a été repoussée et le coût estimé a augmenté de 8 % (BEZAT J.-M., « EPR d'Hinkley Point : l'État s'inquiète d'une dérive financière », *Le Monde*, 3 juill. 2017. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/07/03/hinkley-point-edf-revise-a-la-hausse-le-cout-des-deux-reacteurs-epr\\_5154950\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/07/03/hinkley-point-edf-revise-a-la-hausse-le-cout-des-deux-reacteurs-epr_5154950_3234.html)). Également, le groupe Nokia qui a conclu un accord avec Microsoft pour pouvoir utiliser son système d'exploitation mobile appelé « Windows Phone » afin d'installer sur ses téléphones portables un des trois grands systèmes d'exploitation mobile, et donc de rester compétitif face à Apple (iPhone développé sous iOS) et Google (téléphones développés sous Android), et qui suite à cela a perdu sa clientèle historique, a vu son cours boursier perdre plus de 20 % de sa valeur et, en difficulté financière, a fini par céder une partie de ses activités à Microsoft (Rédaction Reuters, « Bourse – Nokia poursuit sa chute après son alliance avec Microsoft », *Reuters*, 14 févr. 2011. Disponible sur : <http://fr.reuters.com/article/companyNews/idFRLDE71D0Q420110214> ; TRENHOLM R., « Microsoft closes Nokia deal, pays more than expected », *Cnet*, 25 avr. 2014. Disponible sur : <https://www.cnet.com/news/microsoft-closes-nokia-deal-pays-more-than-expected/>).

<sup>183</sup> V. glossaire.



spéculation intensive en multipliant les *swaps* dans un objectif de gains à très court terme.

Ainsi, même si la dérèglementation permet aux opérateurs de créer et d'adapter de nouveaux outils aux besoins des marchés, une dérégulation pas ou peu maîtrisée sur des marchés financiers dont, d'une part, les cours peuvent être très volatiles et, d'autre part, sur lesquels certains opérateurs font profession d'engendrer à très court terme des gains conséquents par le biais d'une forte spéculation peut s'avérer extrêmement risqué pour la stabilité de ces marchés sur lesquels opèrent notamment les banques universelles.

**50.** La désintermédiation est intervenue par le biais de la titrisation<sup>184</sup>. Elle a permis aux sociétés d'accéder directement aux marchés pour obtenir des ressources financières sans passer par un intermédiaire financier qui, se finançant sur le marché, prêterait à la société. C'est « le passage d'une économie d'endettement à une économie de marché financier sans passer par l'écran d'un intermédiaire financier dont le rôle se réduit d'un emprunteur/prêteur à celui d'un placeur des titres sur le marché financier »<sup>185</sup>. Cette désintermédiation permet aux sociétés d'accéder plus facilement aux marchés et, en conséquence, de mettre en concurrence les banques dispensatrices de crédit avec l'ensemble des acteurs des marchés financiers par le biais d'un financement directement sur ces marchés. Cependant, cette désintermédiation peut avoir des effets néfastes pour les sociétés, car la multiplication des opérateurs sur un marché a tendance à accélérer le rythme des transactions et met face à face des professionnels et des non-professionnels de la finance, pouvant créer un déséquilibre significatif dans la répartition des risques.

De plus, par cette facilitation de l'accès au marché, un grand nombre de sociétés peuvent titriser<sup>186</sup> les créances qu'elles détiennent et qui sont considérées comme à risque, voire peu recouvrables<sup>187</sup>. La titrisation permet ainsi d'alléger le bilan des sociétés, dont les banques, en sortant les créances douteuses de celui-ci. Elle

---

<sup>184</sup> Notamment : MATHERAT S. et TROUSSARD P., « La titrisation et le système financier », *Revue d'économie financière*, 2000, n° 4, p. 25 et s.

<sup>185</sup> LE FUR Y., QUIRY P., VERNIMMEN P., *Finance d'entreprise 2013*, 11<sup>e</sup> éd., Ed. Dalloz, p. 351.

<sup>186</sup> V. glossaire.

<sup>187</sup> BOURGUINAT H., *op. cit.*, p. 97.

améliore également la liquidité<sup>188</sup> des sociétés en mettant en relation celles qui veulent céder des créances non encore échues (et donc illiquides) avec de potentiels acquéreurs. Sur cet aspect, elle offre un bénéfice supplémentaire pour les banques car la titrisation des créances non échues facilite leur vente par le biais des marchés financiers et leur permet donc de respecter le ratio de solvabilité (qui se calcule en faisant le rapport entre les fonds propres et le total des engagements de la banque<sup>189</sup>) et le ratio de liquidité (qui a notamment pour objectif d'assurer que les actifs liquides disponibles permettent de couvrir les dépenses de la banque sur une période de trente jours) qui leur sont imposés<sup>190</sup>. Ainsi, la banque qui cède une créance non échue par le biais de la titrisation est libérée des obligations de couverture par ses fonds propres du risque qu'elle représente. Cela a tendance à déresponsabiliser les banques qui savent que, par la voie de la titrisation, une créance peu recouvrable, voire irrécouvrable, pourra être transmise (parfois en toute discrétion compte tenu de la complexité et du manque de transparence de certains produits financiers<sup>191</sup>) à un tiers, professionnel des marchés financiers ou non, qui devra en supporter les risques.

**51.** L'association de la dérèglementation, du décloisonnement et de la désintermédiation a donc permis la libéralisation du secteur bancaire en élargissant l'offre concurrentielle au niveau tant des méthodes de financement que des instruments financiers. Il faut reconnaître que cela a offert aux sociétés une plus grande souplesse quant à leur financement et un élargissement de leurs opportunités d'investissement. Toutefois, de cette libéralisation résulte également la suppression des encadrements stricts qui régulaient les marchés financiers, et donc contraignaient des opérateurs, dont l'Histoire démontre qu'ils peuvent être excessifs dans leur réaction aux changements de cours et face aux prises de risque<sup>192</sup>, à des actions responsables. Or, dès lors que la finance dérégulée est ouverte à tous les excès et comportements

---

<sup>188</sup> V. glossaire.

<sup>189</sup> Les engagements de la banque pour le calcul du ratio de solvabilité tel que prévu par les accords de Bâle (v. *infra*, n° 193) incluent le risque de crédit, le risque de marché et le risque opérationnel. Il doit être au moins de 8 %.

<sup>190</sup> V. *infra*, n° 214 et s.

<sup>191</sup> V. *infra*, n° 55 et s.

<sup>192</sup> V. *supra*, n° 9 et s. et *infra*, n° 52 et s.

amoraux, les marchés financiers deviennent vulnérables à la panique boursière générant une forte volatilité des cours, dont l'instabilité est génératrice de risque systémique comme constaté en 1929 et en 2007<sup>193</sup>. C'est ce cheminement de la « règle des trois D » vers une crise systémique de grande ampleur qui a pu être observé lors de la crise de 2007.

**52.** Les prémices de la crise mondiale de 2007 sont apparues aux États-Unis sur le marché des titres financiers appelés « *subprimes* »<sup>194</sup>. L'effondrement de ce marché de produits structurés ayant pour sous-jacents des crédits immobiliers a joué un rôle central dans le déclenchement de la crise financière<sup>195</sup>. À cela doit être ajoutée la complexité de certains produits financiers qui a été un facteur aggravant de cette crise, et notamment des dérivés de crédit<sup>196</sup> tels que les obligations adossées à des actifs (*collateralized debt obligations*, appelés « CDO »<sup>197</sup>)<sup>198</sup>. Il convient de revenir sur le contexte économique de la période précédant la crise pour mieux l'analyser.

**53.** C'est donc dans un contexte économique favorable, mais en proie à des déséquilibres que s'est développée la crise financière et économique de 2007. Or, comme théorisé par l'économiste américain Hyman Minsky, c'est dans les périodes d'expansion économique que les crises de surendettement se produisent, car les ménages anticipent une poursuite continue de la croissance de leurs revenus et empruntent donc toujours davantage, jusqu'à rembourser leurs emprunts en cours avec de nouveaux emprunts<sup>199</sup>. C'est le « paradoxe de la tranquillité » selon lequel la stabilité conduit à un sentiment exagéré de sécurité et donc à une appétence plus grande

---

<sup>193</sup> Idem.

<sup>194</sup> V. glossaire.

<sup>195</sup> V. *infra*, n° 55 et s.

<sup>196</sup> V. glossaire.

<sup>197</sup> V. *infra*, n° 55 et s.

<sup>198</sup> V. *infra*, n° 57 et s.

<sup>199</sup> ARTHUS P., BETBEZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., « La crise des *subprimes* », *Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française*, 2008, p. 12 et s.

aux risques ; ainsi, la stabilité pourrait entraîner de l'instabilité<sup>200</sup>. Ce paradoxe se double du « paradoxe de la crédibilité » théorisé par Claudio Borio et Ilhyock Shim qui expose qu'une maîtrise de l'inflation associée à un climat financier de confiance permet de maintenir des taux d'intérêt très bas, favorisant également l'endettement, mais aussi les prises de risque<sup>201</sup>.

À titre d'exemple, compte tenu de la faible valeur des taux d'intérêt, le rendement de certains instruments financiers spécifiques, tels que les primes de risque (*spreads*) sur les taux d'intérêt<sup>202</sup>, a fortement diminué, motivant les opérateurs voulant maintenir une certaine rentabilité à investir dans des actifs plus risqués, car davantage rémunérateurs. En conséquence, des opérateurs ont eu recours au financement à bas taux et à court terme des marchés monétaires pour financer des actifs à risque de plus long terme et assortis de taux plus élevés. Cela leur permet, en théorie, de dégager des marges plus intéressantes, mais les expose également à de plus grandes prises de risque. Ces deux paradoxes se sont concrétisés lors de la crise de 2007.

**54.** À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, le contexte économique des États-Unis était stable et en croissance. La variation du produit intérieur brut est restée pendant plusieurs années supérieure à 3 %, permettant l'anticipation d'une croissance continue des revenus, un climat financier serein et donc une forte propension à emprunter<sup>203</sup>. Le Président Bill Clinton a alors mis en place une politique d'accession à la propriété, ayant pour objectif d'encourager et d'accompagner les ménages, notamment les plus défavorisés, vers un achat immobilier grâce à un emprunt reposant sur une garantie hypothécaire<sup>204</sup>. Cette politique a été poursuivie et accentuée par le Président Georges W. Bush. Le début des

---

<sup>200</sup> MINSKY H., « The modeling of financial instability : an introduction », *Modeling and Simulation*, Volume 5, Partie 1, Proceedings of the Fifth Annual Pittsburgh Conference, Ed. Instruments Society of America, 1974, p. 267 et s.

<sup>201</sup> BORIO C. et SHIM I., « What can (macro-)prudential policy do to support monetary policy ? », *BIS Working papers*, déc. 2007, n° 242, p. 4.

<sup>202</sup> Le *spread* de taux correspond à l'écart entre le taux d'intérêt de l'action ou de l'obligation et celui d'un emprunt sans risque de durée identique. Il permet de compenser le risque de défaut de l'emprunteur en le rémunérant, et varie donc en fonction de sa fiabilité (COUDERT V., « Taux d'intérêt », *Encyclopædia Universalis*. Disponible sur : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/taux-d-interet/>).

<sup>203</sup> SVETCHINE M., Rendez-vous du 22 févr. 2013.

<sup>204</sup> LEQUESNE-ROTH C., « Retour sur la crise des “*subprimes*” – autopsie d'une déraison d'État », *Revue internationale de Droit économique*, 2009, Tome XXIII, n° 2, p. 219 et s.

années 2000 a donc vu l'endettement des ménages américains progresser très rapidement, encouragé par la croissance, le gouvernement et les prêteurs<sup>205</sup>. Dès lors, en 2006, une partie de la stabilité économique des États-Unis repose sur la capacité des ménages à rembourser leurs crédits et sur la bonne santé du marché immobilier.

À partir de 2006, la croissance économique des États-Unis a commencé à ralentir et de plus en plus de ménages se sont retrouvés en situation de surendettement. Les ménages américains surendettés n'arrivaient plus à satisfaire les échéances de prêts autrement qu'en contractant de nouveaux crédits garantis par la hausse de la valeur de leurs biens immobiliers. C'est ce que les économistes appellent une épargne négative, c'est-à-dire que la consommation est supérieure aux revenus, qui sont donc complétés par l'endettement<sup>206</sup>. Une telle situation a été encouragée par la hausse constante du prix des biens immobiliers due en partie à la politique d'accession à la propriété mise en place. En effet, non seulement cette hausse des prix de l'immobilier a produit sur les propriétaires ce que les économistes appellent « un effet de richesse » qui pousse à la consommation, mais en plus, elle a incité les banquiers à moins de vigilance puisque, à défaut de remboursement, ils pouvaient saisir le bien hypothéqué dont la valeur semblait être en constante croissance<sup>207</sup>. Ainsi, tant que la valeur des biens immobiliers augmentait, accroissant donc mécaniquement la capacité d'emprunt des ménages<sup>208</sup>, ce schéma reposant sur le surendettement des particuliers demeurait sur un point d'équilibre.

**55.** Cependant, une série d'événements a fait chuter le marché immobilier. D'une part, la Réserve fédérale a revu à la hausse sa politique monétaire en relevant fortement son taux directeur de 1 % à 5,25 % entre 2004 et 2006<sup>209</sup>, ce qui a affecté directement les emprunts à taux variables dont le pourcentage a mécaniquement varié d'autant. D'autre part, les revenus des ménages ont cessé de progresser, voire même ont diminué

---

<sup>205</sup> Idem.

<sup>206</sup> SVETCHINE M., *op. cit.*

<sup>207</sup> MEURICE J.-M. et CALVI F., *Le bal des vautours*, Arte, diffusé le 2 oct. 2012.

<sup>208</sup> Notamment : ARTHUS P., BETBEZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., *op. cit.*, p. 26 et s.

<sup>209</sup> SVETCHINE M., *op. cit.*

pour certains. La conjonction notamment de ces deux éléments associée à la multiplication des prêts à risque élevé a augmenté considérablement les défauts de remboursement des emprunts<sup>210</sup>. En effet, après plusieurs années de contexte d'accession à la propriété, les ménages les plus solides financièrement avaient déjà acquis leur bien et la base des potentiels emprunteurs s'est réduite aux ménages ayant les situations les plus précaires<sup>211</sup>. En conséquence, de nombreux crédits hypothécaires ont été octroyés par des courtiers et certaines banques après une analyse des risques parfois légère, permettant à des ménages d'emprunter alors qu'ils étaient loin d'avoir les revenus nécessaires pour rembourser leur emprunt (ce qui aurait été impossible en France compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>212</sup>).

La bulle spéculative liée au surendettement des particuliers qui s'était développée à outrance a fini par éclater lorsque les ménages, de plus en plus endettés, n'ont plus pu s'acquitter de leurs échéances<sup>213</sup>. C'est face à ce constat que l'importance de la jurisprudence mise en place par la Cour de cassation en France s'apprécie et se mesure particulièrement.

**56.** En conséquence, le défaut sur les prêts *subprimes* s'élevait en moyenne à 19 % pour le troisième semestre 2006<sup>214</sup>. Pour chaque ménage défaillant, les banques et courtiers ont saisi les biens hypothéqués afin de les vendre. Cependant, avec l'inflation des défauts de paiement, le marché immobilier s'est trouvé saturé par l'offre de logement, qui dépassait fortement la demande. La valeur des biens immobiliers a alors été dépréciée et le modèle économique en cours aux États-Unis s'est effondré du fait du très grand nombre de créances devenues irrécouvrables, engendrant une succession de faillites en cascade. Cette situation s'est développée et dégradée très rapidement aux États-Unis du fait de l'absence quasi totale de régulation des acteurs financiers, et particulièrement, d'une part, de la non-responsabilisation des prêteurs sur les emprunts

---

<sup>210</sup> MEURICE J.-M. et CALVI F., *op. cit.*

<sup>211</sup> ARTHUS P., BETBEZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., *op. cit.*, p. 28 et s.

<sup>212</sup> V. *supra*, n° 35 et s.

<sup>213</sup> Notamment : ARTHUS P., BETBEZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., *op. cit.*, p. 28 et s ; Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique, « Éclatement de la bulle sur le marché immobilier américain », *Lettre Trésor-Éco*, Juillet 2008, n° 40.

<sup>214</sup> SVETCHINE M., *op. cit.*

qu'ils accordent et, d'autre part, de la quasi-inexistence de supervision des acteurs financiers, surtout pour ceux qui ne collectent pas les dépôts du public, dont les maisons de courtage, les fonds de couverture (*hedge fund*<sup>215</sup>) et les banques d'affaires. Ainsi, il n'y avait pour ces opérateurs aucune obligation d'anticiper les fluctuations de l'économie en couvrant les risques encourus par une certaine somme de fonds propres.

**57.** Cette crise cantonnée au départ au surendettement des ménages aux États-Unis s'est diffusée à toute l'économie mondiale à partir de 2007. Sa propagation a été déclenchée par une crise de confiance des marchés financiers qui a paralysé toute l'économie. En effet, comme peu avant la crise les prêteurs ont contracté principalement avec les ménages les plus précaires, de plus en plus de contrats de prêt à fort risque de défaillance ont été conclus. Or, pour pouvoir les céder facilement, éviter tout risque d'irrecouvrabilité et se refinancer sur les marchés, les prêteurs ont cherché à les regrouper avec des créances à très bas risque afin de compenser le risque de la créance « *subprime* ». Pour cela, ils ont titrisé ensemble des créances relativement sûres avec des créances risquées dans un même produit financier (i.e. en associant la créance immobilière avec, par exemple, des obligations souveraines, le risque du produit financier ainsi titrisé est modéré, voire faible selon les montants). De ce regroupement résulte un type de produit financier, à savoir une obligation adossée à des actifs (*collateralized debt obligations*), aussi appelée « CDO ». Afin de camoufler davantage la prise de risque, l'émetteur du CDO peut céder des parties de celui-ci qui sont appelées des tranches<sup>216</sup>, au lieu d'en céder la totalité à un seul opérateur. Dans ce cas, le CDO est généralement composé de trois tranches divisées selon le degré de risque pris par l'investisseur. Il y a les « tranches senior ou super-senior » qui sont les moins risquées, mais qui sont aussi les moins rentables en matière de primes de risque (*spread*). Puis, il y a les « tranches mezzanine » au niveau intermédiaire et enfin les « tranches *equity* » qui sont très risquées et généralement acquises par le fonds

---

<sup>215</sup> V. glossaire.

<sup>216</sup> Notamment : COUSSERAN O. et RAHMOUNI I., « Le marché des CDO, modalités de fonctionnement et implications en termes de stabilité financière », *Revue de la stabilité financière*, juin 2005, n° 6, p. 47 et s.

commun de créances gérant le CDO<sup>217</sup> ou par des fonds de couverture (*hedge funds*)<sup>218</sup>. Les acquéreurs de cette dernière tranche sont les premiers à supporter le risque de crédit et, à ce titre, ils bénéficient d'un fort taux de rentabilité par la prime de risque<sup>219</sup>.

Cela a pour effet indirect de rassurer les acquéreurs des tranches senior ou super-senior par une fausse impression de protection face aux pertes dont ils peuvent avoir l'impression qu'elles devraient être absorbées par les tranches *equity* et mezzanine sans atteindre leur tranche. Ce sentiment de sécurité a été accentué par les agences de notation qui, au lieu d'estimer précisément la solidité financière du CDO dans son ensemble, se sont limitées à noter les tranches du CDO, attribuant donc d'excellentes notes aux tranches senior et super-senior sous le prétexte qu'elles sont les plus sécurisées<sup>220</sup>. Pourtant, toutes les tranches d'un CDO ont le même sous-jacent. En conséquence, si les créances sous-jacentes sont irrécouvrables, la hiérarchisation des risques sera inefficace. Or, les grandes agences de notation se sont généralement contentées d'une légère analyse des risques du sous-jacent en considérant que la diversité des actifs sous-jacents (créances risquées et créances sûres) suffisait à garantir une certaine solidité des CDO, sans estimer nécessaire de regarder en détail leur contenu<sup>221</sup>. C'est ce qu'il s'est notamment passé lors de la notation complaisante AAA du CDO Abacus 2007 – AC1, vendu par Goldman Sachs par l'intermédiaire d'un fonds de créances à ses clients en 2007<sup>222</sup>, alors pourtant que, pris individuellement, les produits financiers composant le CDO étaient notés au mieux BBB<sup>223</sup>. Pour ces CDO, les agences de notation chargées de leur évaluation ont donc attribué la note AAA au regroupement de produits notés au mieux BBB, ce qui confine

---

<sup>217</sup> Il s'agit d'un véhicule *ad hoc* (*special purpose vehicle* – SPV) créé uniquement pour l'émission des CDO et en charge du portage des créances sous-jacentes. Cette entité, qui peuvent être créées sous n'importe quelle forme juridique, n'existe que pour exécuter l'objectif qui lui est assigné, elle n'a donc pas vocation à subsister.

<sup>218</sup> COUSSERAN O. et RAHMOUNI I., *idem*.

<sup>219</sup> JARVIS J., *The crisis of credit*, 2012. Disponible sur : <http://crisisofcredit.com>.

<sup>220</sup> Notamment : COUSSERAN O. et RAHMOUNI I., *idem*.

<sup>221</sup> Notamment : AMF, La notation en matière de titrisation, 31 janv. 2006.

<sup>222</sup> Notamment : GUILHON B., *Les paradoxes de l'économie du savoir*, Ed. Lavoisier, 2012, p. 60.

<sup>223</sup> CYPEL S., « Les “conflits d'intérêt” d'Abacus », *Le Monde*, 3 mai 2010. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/05/03/goldman-sachs-les-conflits-d-interets-d-abacus\\_1345879\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/05/03/goldman-sachs-les-conflits-d-interets-d-abacus_1345879_3234.html).



soit à l'incompétence, soit à la malhonnêteté. Quelques mois après la vente des tranches du CDO, la valeur de celui-ci s'est effondrée<sup>224</sup>.

**58.** Avec la multiplication des transactions sur les marchés règlementés<sup>225</sup> et l'augmentation conséquente des cessions de gré à gré de dérivés de crédit<sup>226</sup> complexes tels que les CDO sur les marchés libres, les opérateurs n'étaient plus en mesure de savoir quelles sociétés possédaient les créances à risque, et donc étaient particulièrement susceptibles d'être soumises à des difficultés économiques, allant jusqu'à la faillite. Ce sentiment a été renforcé du fait de la complexité des instruments financiers par le biais desquels les créances irrécouvrables ont été dissimulées. Ainsi, même les opérateurs achetant habituellement des produits dits « exotiques » tels que le « CDO de CDO »<sup>227</sup> n'étaient, pour la plupart, pas certains de la qualité des titres acquis, faisant reposer leur choix sur la note attribuée par les agences de notation<sup>228</sup>. En conséquence, face à l'impossibilité de déterminer quelles sociétés détenaient une grande proportion de créances à risque, la solvabilité des cocontractants est devenue incertaine et imprévisible, ce qui a eu pour conséquence une diminution considérable du nombre de contrats conclus entre les opérateurs économiques. Corrélativement, les banques ont accordé de moins en moins de contrats de prêt, contribuant alors au ralentissement global de l'activité économique. Il faut souligner que la crise de confiance était telle que même les banques ne se prêtaient plus entre elles sur le marché interbancaire, cela en raison des fortes pertes annoncées par de grandes banques, comme UBS, HSBC ou encore Citigroup, dont le montant restait encore indéterminé<sup>229</sup>. C'est ainsi qu'une crise à l'origine limitée aux crédits hypothécaires

---

<sup>224</sup> ROBERT V., « Goldman Sachs attaqué pour fraude par la SEC : la finance américaine à nouveau ébranlée », *Les Échos*, 19 avril 2010. Disponible sur : [https://www.lesechos.fr/19/04/2010/LesEchos/20659-132-ECH\\_goldman-sachs-attaque-pour-fraude-par-la-sec---la-finance-americaine-a-nouveau-ebranlee.htm](https://www.lesechos.fr/19/04/2010/LesEchos/20659-132-ECH_goldman-sachs-attaque-pour-fraude-par-la-sec---la-finance-americaine-a-nouveau-ebranlee.htm).

<sup>225</sup> V. *supra*, n° 40.

<sup>226</sup> V. glossaire.

<sup>227</sup> Les « CDO de CDO » correspondent à la titrisation de tranches de CDO dans le cadre d'un nouveau CDO (COUSSERAN O. et RAHMOUNI I., *op. cit.*, p. 52).

<sup>228</sup> COUSSERAN O. et RAHMOUNI I., *op. cit.*, p. 47 et s.

<sup>229</sup> SVETCHINE M., *op. cit.*

de type *subprimes* a contaminé les marchés financiers, puis s'est généralisée au système bancaire avant d'être transmise par ce biais à l'économie réelle.

**59.** La crise de confiance s'est mue en crise économique de grande ampleur le 15 septembre 2008, jour de la faillite de la banque d'affaires Lehman Brothers. La banque Lehman Brothers possédait en effet un grand nombre de créances « *subprime* » pour des montants conséquents qui se sont révélées être irrécouvrables, provoquant ainsi de fortes pertes. Sa cotation boursière a alors diminué de 73 %<sup>230</sup>. Bien que sa situation ait été extrêmement difficile, elle n'avait rien d'exceptionnel à ce moment de la crise. En effet, les banques Bear Stearns et Merrill Lynch, les sociétés de crédit hypothécaire Fannie Mae et Freddie Mac, et la compagnie d'assurance American International Group (AIG) subissaient des difficultés similaires<sup>231</sup>. Il faut d'ailleurs noter que les problèmes économiques d'American International Group ont alimenté la crise de confiance car ils ont fait douter de la capacité des assureurs, qui s'étaient portés garants des opérations financières, à respecter leurs engagements<sup>232</sup>. Toutefois, alors que le gouvernement américain, par le biais de la Réserve fédérale, a aidé et soutenu les sociétés précitées en leur octroyant des prêts ou par la souscription d'actions nouvelles, il n'est pas intervenu pour éviter la faillite de Lehman Brothers malgré sa taille et ses interconnexions avec de multiples acteurs majeurs du système bancaire et financier<sup>233</sup>. La banque d'affaires a alors dû se placer sous la protection du *chapter 11* de la loi sur les faillites américaine<sup>234</sup>. Par cette inaction, le gouvernement des États-Unis a permis ce que les opérateurs économiques pensaient jusqu'à ce jour impossible : la faillite d'une banque d'importance systémique.

---

<sup>230</sup> OVERTON W., *Wall Street Scandals : Greed and Trading on Wall Street –the American Way*, Ed. Xlibris Corporation, 2013 p. 86.

<sup>231</sup> MEURICE J.-M. et CALVI F., *Le bal des vautours*, Arte, diffusé le 2 oct. 2012.

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> Idem.

<sup>234</sup> United States Code, Title 11 « Bankruptcy », Chapter 11 « Reorganization ».

### III - Le risque systémique, créateur d'irresponsabilité bancaire

60. Face à la multiplication des contrats de prêt excessivement risqués conclus notamment par certaines banques d'importance systémique et à leur participation active dans les acquisitions de CDO, se pose la question de savoir pourquoi des sociétés de cette dimension ont pris de tels risques. Si l'appât du gain peut être un début de réponse, l'explication complète implique le soutien financier des États. En effet, il existe une certaine irresponsabilité des banques au regard des conséquences financières que peuvent entraîner leurs opérations et placements risqués puisque, jusqu'à la faillite de la banque d'affaires Lehman Brothers, il était communément admis que les États ne laisseraient pas défaillir une banque de taille importante et fortement interconnectée avec d'autres banques. Encore maintenant, la liquidation de Lehman Brothers fait office d'exception rare, en contradiction avec l'idée globalement admise qu'il existe des banques d'une taille suffisamment importante pour qu'elles soient considérées comme « *too big to fail* »<sup>235</sup>. Cette notion, directement liée au caractère systémique de l'établissement, signifie que les États ne peuvent pas laisser un opérateur de cette ampleur faire défaut et être liquidé sans mettre en danger le reste de l'économie. À titre d'illustration, en conséquence de l'existence du marché interbancaire, la quasi-totalité des banques systémiques détenait des créances ayant pour débiteur la banque Lehman Brothers<sup>236</sup>. Ces créances sont devenues en grande majorité irrécouvrables, augmentant les pertes des banques créancières et les rendant vulnérables à une potentielle faillite à leur tour. C'est l'illustration du risque de faillites en cascade résultant du caractère systémique d'une banque en difficulté.

La conséquence induite par le caractère « *too big to fail* » d'une banque est l'existence implicite d'une obligation pour l'État de soutenir la banque en difficulté. Il résulte de cette garantie implicite, désignée sous les termes d'aléa moral, une certaine irresponsabilité bancaire vis-à-vis des comportements et des risques engagés par la banque (A). C'est cette irresponsabilité bancaire de fait qui rend nécessaire une refonte du système bancaire (B).

---

<sup>235</sup> « Trop grosse pour faillir ».

<sup>236</sup> En ce sens : CYPEL S., « La faillite de Lehman Brothers ébranle le système financier mondial », *Le Monde*, 15 sept. 2008. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/elections-americaaines/article/2008/09/15/la-faillite-de-lehman-brothers-ebranle-le-systeme-financier-mondial\\_1095188\\_829254.html](http://www.lemonde.fr/elections-americaaines/article/2008/09/15/la-faillite-de-lehman-brothers-ebranle-le-systeme-financier-mondial_1095188_829254.html)

## A. L'aléa moral, générateur d'irresponsabilité bancaire

61. La notion d'aléa moral, traduite de l'anglais *moral hazard*, a été développée par l'économiste Adam Smith au XVIII<sup>e</sup> siècle. Il la définit comme étant la maximisation de l'intérêt individuel sans prise en compte des conséquences défavorables de la décision sur l'utilité collective<sup>237</sup>. Plus précisément, il s'agit de « la propension d'un agent qui se sait sous la protection d'un assureur à se surexposer à des risques qu'il ne contracterait pas dans les mêmes proportions s'il se savait devoir en répondre par ses propres moyens »<sup>238</sup>. C'est aussi « tout ce qui encourage les grandes institutions financières à prendre des risques [...] en partant du principe qu'elles recueilleront le fruit de l'opération tout en étant protégées des pertes éventuelles »<sup>239</sup>. Cette dernière définition de l'aléa moral rappelle un adage répandu relatif au secteur bancaire : « socialisation des pertes et privatisation des profits. »

Rapporté au secteur bancaire et financier, cet aléa moral se traduit en ce que les banques, particulièrement les banques universelles, se sachant préservées de la faillite par l'intervention de l'État, prennent des risques excessifs et démesurés puisqu'elles n'auront pas à en supporter la responsabilité en cas de difficultés. En effet, dans le cas contraire, si une banque de dépôt ou universelle, à risque systémique, se trouvait en cessation des paiements, non seulement les dépôts des particuliers pourraient s'avérer irrécouvrables, mais en plus toute l'économie, financière comme réelle, serait exposée à des difficultés majeures<sup>240</sup>. Il en résulte que, pour les besoins de la stabilité de leur économie, les États ne peuvent pas raisonnablement permettre une telle défaillance. C'est ainsi que les banques bénéficient d'une « garantie implicite de l'État »<sup>241</sup> que Frédéric Lordon, économiste au Centre national de la recherche

---

<sup>237</sup> LÉBOUCHER S., « D'Adam Smith à Robert Mundell, ce que la pensée économique nous dit sur la crise actuelle », *Revue banque*, 3 févr. 2012. Disponible sur : <http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/adam-smith-robert-mundell-ce-que-pensee-economique>.

<sup>238</sup> LORDON F., *Jusqu'à quand ? Pour en finir avec les crises financières*, Ed. Raisons d'agir, oct. 2008, p. 149.

<sup>239</sup> HELFER R. T., « Ce que la garantie des dépôts peut et ne peut pas faire », *Finances & Développement*, mars 1999, Volume 36, n° 1, p. 23.

<sup>240</sup> V. *supra*, n° 6, n° 34 et n° 54.

<sup>241</sup> LÉBOUCHER S., « Résolution des crises bancaires : trouver la bonne équation », *Revue banque*, nov. 2012, n° 753, p. 22 et s.

scientifique (CNRS), va jusqu'à qualifier de « prise d'otage » et de « menace »<sup>242</sup>. Entre l'impératif de stabilité financière et l'effet d'irresponsabilité de l'aléa moral subséquent, il faut donc trouver un juste équilibre.

**62.** Outre le sentiment d'irresponsabilité et donc le manque d'éthique qui en découlent, la critique principale faite à l'aléa moral est qu'il instaure, selon l'expression de nombreux auteurs, « un cercle vicieux entre les banques et l'État »<sup>243</sup>. En effet, afin d'aider les banques en difficulté pour éviter leur défaillance, l'État doit leur apporter un soutien financier. Pour cela, il doit récupérer des fonds qui sont généralement issus d'emprunts. Or, les banques détiennent une part importante de la dette souveraine qui, avec le surendettement des États, est généralement remboursée à très long terme et souvent avec du retard. En conséquence, il peut en résulter que les banques en difficulté augmentent l'endettement des États, ce qui accroît le risque d'insolvabilité et de liquidité des banques du fait du délai de remboursement qui leur est imposé<sup>244</sup>. Parallèlement, cet aléa moral a également pour conséquence que les États, de plus en plus endettés, vont avoir à terme des difficultés à trouver des prêteurs pour se financer à des taux corrects (à cela s'ajoute l'éventuelle dégradation de la note de l'État par les agences de notation comme ce fut le cas notamment des États-Unis et de la France pendant la crise<sup>245</sup>). C'est ainsi que la crise financière a engendré une crise de la dette souveraine en France et dans d'autres États ayant soutenu leur système bancaire pendant la crise, la dette de la sphère privée s'étant transférée à la sphère publique.

**63.** Par ailleurs, l'impact négatif de l'aléa moral ne se limite pas à l'engagement des fonds de l'État, et incidemment des contribuables, mais atteint aussi les autres sociétés actrices du système financier. En effet, l'aléa moral génère une distorsion de

---

<sup>242</sup> LORDON F., *op. cit.*, p. 149.

<sup>243</sup> Notamment : GUERSENT O., « Vers un cadre commun européen », *Revue banque*, nov. 2012, n° 753, p. 28 et s.

<sup>244</sup> V. *supra*, n° 21.

<sup>245</sup> Notamment : Rédaction Le Monde, « Avec la France, neuf pays de la zone euro voient leur note dégradée par S&P », *Le Monde*, 13 janv. 2012. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/crise-financiere/article/2012/01/13/la-bourse-de-paris-dans-le-rouge\\_1629457\\_1581613.html](http://www.lemonde.fr/crise-financiere/article/2012/01/13/la-bourse-de-paris-dans-le-rouge_1629457_1581613.html)

concurrence au profit des banques soutenues par rapport aux sociétés proposant les mêmes services que celles-ci. L'un des principes fondamentaux de l'Union européenne est la libre concurrence au sein du marché intérieur, qui se traduit par la libre circulation des marchandises, des personnes et des services<sup>246</sup>. La conséquence directe de ces libertés est que les aides d'État sont fortement encadrées afin de restreindre les atteintes qui peuvent être portées à la concurrence du fait d'un interventionnisme étatique. Ainsi, en principe, les aides d'État sont interdites par l'article 107, 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>247</sup>. Toutefois, compte tenu de la situation difficile de certaines banques systémiques pendant la crise et des conséquences que leur défaillance aurait pu engendrer, la Commission européenne a elle-même validé les aides apportées par les États aux banques sur cette période au regard de la situation exceptionnelle. Elle a établi des lignes directrices concernant les aides d'État accordées aux banques sur cette période<sup>248</sup>, en s'appuyant sur l'article 107, 3 b) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ce dernier dispose que « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à [...] remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ». Bien que la Commission européenne ait tenté d'éviter les distorsions de concurrence par un encadrement de ces aides, le soutien apporté par les États au secteur bancaire a été tel que l'atteinte à la concurrence n'était pas évitable : en effet, le montant des aides accordées aux banques lors de la crise a été près de vingt fois supérieur à la somme habituellement octroyée<sup>249</sup>.

**64.** Dans le même sens, plus globalement et de façon implicite, l'effet néfaste de l'aléa moral se mesure également à l'attitude des acteurs économiques ayant une relation contractuelle avec les banques. En effet, l'aléa moral a là un double effet pervers : non seulement les banques sont moins attentives aux risques qu'elles

---

<sup>246</sup> V. *infra*, n° 337.

<sup>247</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 9 mai 2008, *JOUE* n° C 326 du 26 oct. 2012.

<sup>248</sup> Commission européenne, *Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale*, *JOUE* n° C 270 du 25 octobre 2008.

<sup>249</sup> ALMUNIA J., « Les aides au secteur bancaire représentent annuellement 10 % du PIB européen », *Revue banque*, nov. 2012, n° 753, p. 24 et s.

prennent, mais en plus la vigilance des créanciers des banques est aussi atténuée du fait de la garantie implicite des États. Les créanciers sachant leurs créances couvertes par cette garantie sont moins exigeants vis-à-vis de la prise en compte des risques d'insolvabilité dans les contrats qu'ils concluent avec les banques. En conséquence, les banques d'ampleur systémique se financent généralement à un moindre coût par rapport aux banques plus petites et moins interconnectées (qui pourtant bénéficient également de l'aléa moral lorsqu'il s'agit de banques de dépôt, pour les besoins de la préservation de l'épargne des déposants, mais dont la taille moindre fait certainement craindre aux créanciers une faillite sans intervention étatique) et aux sociétés financières non bancaires pour des risques équivalents. L'aléa moral, et la garantie implicite de l'État qui en découle, viennent donc biaiser les relations commerciales et concurrentielles des banques d'ampleur systémique, et particulièrement des banques universelles, octroyant de fait des avantages injustifiés à celles-ci sans même qu'elles aient à les demander.

## **B. De l'irresponsabilité à la nécessité de refondre le système bancaire**

**65.** Dans ce cadre, Michel Barnier, Commissaire européen en charge du marché intérieur et des services, a illustré par ses propos la nécessité de limiter l'aléa moral du système bancaire : « Depuis 2008, les pays européens ont donné 4 600 milliards d'euros d'aides publiques à leurs banques. Il est finalement temps de se débarrasser de ces garanties d'État implicites pour les banques. Le nouveau cadre assurera que les autorités de supervision aient les outils nécessaires pour mettre en faillite une banque de façon structurée. Il contiendra aussi des règles sur les propositions de financement, avec l'obligation pour les banques centrales de se refinancer entre elles. Cela va limiter l'impact sur les contribuables et assurer que les actionnaires et les obligataires soient les premiers à supporter les pertes »<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> « Since 2008, European countries have given 4 600 billion euro in public support to their banks. It is finally time to get rid of these implicit state guarantees for banks. The new framework will ensure that supervisory authorities have all the necessary tools to resolve a bank in a structured way. It will also contain rules on resolution financing, with the obligation for national systems to lend to each other. It will limit the impact on tax-payers and ensure that shareholders and bondholders are the first to take losses », BARNIER M., Financial regulation, fiscal consolidation, governance, growth : Europe is

**66.** En effet, ce climat d'irresponsabilité lié à l'aléa moral fait reposer les risques sur l'État et donc, indirectement, sur le contribuable. L'État apporte ainsi une aide financière aux banques couvertes par sa garantie implicite qui ont pris des risques excessifs les mettant en difficulté économique. Il s'agit là des seules et uniques sociétés qui peuvent se défaire des conséquences négatives de leurs actes, sans même avoir à solliciter une aide quelconque. L'existence d'une telle garantie opère en quelque sorte un transfert de responsabilité de la banque à l'État. C'est l'État qui supporte, en pratique, les risques excessifs pris par les banques d'ampleur systémique.

Nous pourrions nous attendre à ce que cette garantie implicite soit très limitée en France compte tenu des dispositions prévues officiellement par la réglementation pour la couverture des dépôts du public. En effet, lorsqu'une banque fait faillite, il existe en France un système de compensation mis en place par l'État pour garantir le recouvrement des dépôts, c'est le Fonds de garantie des dépôts. Malgré cela, l'État a tout de même soutenu financièrement les banques françaises face au risque de défaillance lors de la crise, prouvant que de tels mécanismes ne sont pas suffisants pour que les États laissent les banques d'ampleur systémique faire faillite<sup>251</sup>.

**67.** Le Fonds de garantie des dépôts a été créé par la loi du 25 juin 1999<sup>252</sup>. C'est une personne morale de droit privé qui a pour objet d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou d'autres fonds remboursables. Le Fonds de garantie des dépôts est ainsi une composante de la sécurité du système bancaire qui permet de conforter la confiance des déposants dans ce système<sup>253</sup>.

Il a pour mission d'indemniser les déposants, sous certaines conditions et dans la limite d'un plafond de 100 000 euros par déposant, lorsque l'établissement de crédit auquel ils ont confié leurs dépôts ne peut plus les rembourser. Ne sont garantis que les

---

taking up its challenges, 7 juin 2012. Disponible sur : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-420\\_en.htm?locale=fr](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-420_en.htm?locale=fr).

<sup>251</sup> Notamment : Rédaction Le Monde, « L'État français va injecter 10,5 milliards d'euros dans six grandes banques », *Le Monde*, 21 oct. 2008. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/la-crise-financiere/article/2008/10/21/l-etat-francais-va-injecter-10-5-milliards-d-euros-dans-six-grandes-banques\\_1109209\\_1101386.html](http://www.lemonde.fr/la-crise-financiere/article/2008/10/21/l-etat-francais-va-injecter-10-5-milliards-d-euros-dans-six-grandes-banques_1109209_1101386.html)

<sup>252</sup> L. n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, *JORF n° 148 du 29 juin 1999*.

<sup>253</sup> Fonds de garantie des dépôts, *Mission du Fonds de Garantie des Dépôts*. Disponible sur : <http://www.garantiedesdepots.fr/spip/spip.php?rubrique5>.



dépôts qui ont été reçus par des établissements de crédit adhérant au Fonds, ce qui est le cas de tous les établissements de crédit agréés en France<sup>254</sup>. Le Fonds de garantie des dépôts agit sur demande de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution lorsque celle-ci constate qu'un établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public. L'intervention du Fonds n'est évidemment pas sans conséquence puisqu'elle entraîne la radiation de la banque de la liste des établissements agréés<sup>255</sup>. Il doit être noté que le Fonds peut aussi intervenir, à titre préventif et sur proposition de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, auprès d'un établissement de crédit dont la situation fait craindre, à terme, une indisponibilité des dépôts<sup>256</sup>. Depuis sa création, il n'a cependant jamais été actionné, ni à la suite d'une défaillance ni préventivement.

En principe, le Fonds de garantie des dépôts est financé par les établissements de crédit qui y adhèrent, notamment par le biais de cotisations dont le montant est fixé par le ministre de l'Économie et des Finances<sup>257</sup>. Cependant, il est impossible que la faillite d'une banque systémique puisse être couverte intégralement par les ressources financières dont dispose le Fonds à ce jour. À titre d'illustration, en 2011, le montant affecté à la garantie des dépôts par le Fonds s'élevait à 1 877,8 millions d'euros<sup>258</sup> alors que le total des dépôts de BNP Paribas était de 230 966 millions d'euros (dernière information publiée)<sup>259</sup>. En conséquence, le Fonds de garantie des dépôts n'aurait pu couvrir que 0,8 % des dépôts de la BNP Paribas en cas de défaillance en 2011. Dès lors, ce mécanisme ne peut fonctionner efficacement que pour les petites banques de dépôt ; dans le cas d'une faillite d'une banque à risque systémique, l'intervention de l'État pour permettre au Fonds de couvrir l'ensemble des dépôts dans les limites prévues serait sans doute indispensable. Ainsi, avec ou sans le recours au Fonds de garantie des dépôts, l'État devrait s'engager financièrement par ailleurs pour assurer la couverture des dépôts. Nous comprenons donc en partie pourquoi il lui a été

---

<sup>254</sup> C. mon. fin., art. L. 312-4.

<sup>255</sup> C. mon. fin., art. L. 312-5, I.

<sup>256</sup> C. mon. fin., art. L. 312-5, II.

<sup>257</sup> C. mon. fin., art. L. 312-7.

<sup>258</sup> Fonds de garantie des dépôts, *Rapport Annuel - Exercice 2011*, p. 15. Disponible sur : [http://www.garantiedesdepots.fr/spip/IMG/pdf/Rapport\\_annuel\\_2011.pdf](http://www.garantiedesdepots.fr/spip/IMG/pdf/Rapport_annuel_2011.pdf).

<sup>259</sup> BNP Paribas, *Document de référence et rapport financier annuel 2011*, p. 308. Disponible sur : [http://media-cms.bnpparibas.com/file/76/2/bnp\\_paribas\\_ddr\\_2011.21762.pdf](http://media-cms.bnpparibas.com/file/76/2/bnp_paribas_ddr_2011.21762.pdf).

inconcevable de laisser en difficulté les grandes banques systémiques françaises lors de la crise.

**68.** Ainsi, que l'État aide ou non une banque systémique recevant des dépôts du public pour éviter sa faillite, il devra dans tous les cas verser des fonds pour couvrir l'épargne engagée. Se pose alors la question de la juste utilisation de ces fonds. En effet, il est légitime que les aides versées par l'État, et donc indirectement par le contribuable, servent à garantir uniquement les activités dites vitales, c'est-à-dire celles qui sont indispensables au fonctionnement de l'économie réelle<sup>260</sup>.

Les activités de banque de dépôt regroupent principalement le financement de l'économie par le crédit et la réception des dépôts du public. Ces deux activités sont l'essence même du métier de banquier et le support de l'économie réelle puisqu'elles facilitent et soutiennent les échanges commerciaux. Frédéric Lordon les qualifie de « biens publics vitaux pour la société marchande » qui, selon lui, ne doivent pas être confiés à des intérêts privés<sup>261</sup>. Ces fonctions historiques du banquier font consensus en ce qu'elles sont de manière évidente indispensables et vitales au bon fonctionnement de l'économie réelle. Si un tel constat est évident pour les activités de banque de dépôt, la réponse est moins évidente pour les banques d'affaires.

Alors que la séparation entre les banques d'affaires et les banques de dépôt existe, dans les faits, depuis les années 1880, le terme de « banque d'affaires » apparaît tardivement. Sa première apparition date probablement d'un article de Raphaël-Georges Lévy écrit dans la Revue d'économie politique publiée en mai 1903<sup>262</sup>. Il n'est présent ni dans le Dictionnaire des finances de 1894<sup>263</sup>, ni dans le Dictionnaire du commerce, de l'industrie et de la banque de 1901<sup>264</sup>. Cependant, si ce dernier n'utilise pas le vocable de « banque d'affaires », il vise ces activités sous les

---

<sup>260</sup> PHILIPPONNAT T., *Aléa moral et distorsion de concurrence dans le monde bancaire*, 24 avril 2012. Disponible sur : <http://www.agefi.fr/fiche-blogs-wikifinance/alea-moral-et-distorsion-de-concurrence-dans-le-monde-bancaire-1637.html>.

<sup>261</sup> LORDON F., *La crise de trop : reconstruction d'un monde failli*, Ed. Fayard, 2009, p. 134.

<sup>262</sup> BOUVIER J., *op. cit.*, p. 69.

<sup>263</sup> FOYOT L., LANJALLEY A. et SAY L., *Dictionnaire des finances, Tome I*, Ed. Berger-Levrault, 1889-1894.

<sup>264</sup> GUYOT Y. et RAFALOVIC A.G., *Dictionnaire du commerce, de l'industrie et de la banque, Tome I*, Ed. Guillaumin, 1898-1901.

termes dépréciatifs de « banque de spéculation ». Il définit les « banques de spéculation » notamment par cette formule : « Il est facile de voir quel rôle prépondérant jouent, malgré la perspicacité des chefs de ces banques, le hasard et la spéculation en ces sortes d'affaires, où le danger réside surtout dans l'entraînement vers le jeu ; on comprend aussi combien, avec leurs opérations aléatoires, elles s'éloignent des banques de commerce où se traitent des affaires ayant des bases commerciales précises »<sup>265</sup>. Pourtant, certains estiment que les activités de banques d'affaires ont leur utilité particulière qui est importante, sinon nécessaire, pour l'économie<sup>266</sup>. Cependant, même si dans des situations spécifiques, et notamment pour le financement des grandes entreprises, les activités de banque d'affaires peuvent être considérées comme utiles à l'économie réelle, elles n'y sont pas indispensables. Or, l'État ne peut raisonnablement pas garantir toutes les activités ayant un intérêt pour l'économie réelle (dans une telle situation, il conviendrait *a minima* de couvrir également les activités d'assurance) ; il est contraint de centrer son action sur les plus essentielles.

**69.** Les aides accordées par l'État devraient donc être dirigées en faveur des banques de dépôt uniquement. Toutefois, dans une banque universelle, les activités de banque de dépôt et de banque d'affaires sont réunies, que ce soit au sein d'une même entité juridique ou dans deux entités d'un même groupe bancaire. Ainsi, si les fonds versés à une banque universelle sont destinés en théorie aux activités de banque de dépôt, il n'en est pas toujours de même en pratique lorsque ce sont les activités de banque d'affaires qui sont à l'origine des difficultés. C'est particulièrement évident lorsqu'une seule entité regroupe les deux activités en son sein puisque, à défaut de séparation juridique, d'une part, il est difficile de déterminer si les fonds ont été affectés à l'activité de banque de dépôt et, d'autre part, la bonne santé financière de l'activité de banque de dépôt et de l'activité de banque d'affaires sont totalement interdépendantes, la défaillance de l'une pouvant entraîner la faillite de la banque en tant qu'entité juridique.

---

<sup>265</sup> *Ibid*, p. 405 et s.

<sup>266</sup> *V. infra*, n° 137 et s.

Concernant les banques universelles constituées au sein d'un groupe bancaire (i.e. des entités juridiques distinctes pour l'activité de banque de dépôt et pour celle de banque d'affaires), du fait de la structure et de l'organisation même d'un groupe, les flux de trésorerie sont facilités. Par ailleurs, les liens capitalistiques génèrent un risque de transmission des difficultés d'une entité juridique à l'autre, notamment par la perte des participations investies. Ainsi, il est probable que, dans le cas où l'entité juridique de banque d'affaires fasse défaut, des flux de trésorerie soient mis en place en provenance notamment des entités de banque de dépôt, pour soutenir celles en charge des activités de banque d'affaires. Dès lors, l'activité de banque de dépôt viendra secourir l'activité de banque d'affaires. Ce fut d'ailleurs le cas du groupe BPCE et du groupe Crédit Agricole lorsque leurs banques d'affaires respectives (Natixis et Crédit Agricole Corporate and Investment Banking) subirent de fortes pertes pendant la crise de 2007<sup>267</sup>.

Il en résulte que, dans le cadre d'une banque universelle, la garantie implicite de l'État s'applique à toutes les activités qu'elle gère, que ce soit sous la forme d'une entité juridique ou d'un groupe. Il ne lui est en effet pas possible de cibler uniquement les activités de banque de dépôt, obligeant ainsi l'État à apporter son aide financière aussi à des activités non essentielles, voire purement spéculatives, malgré les distorsions de concurrence et le transfert des dettes à la sphère publique que cela engendre<sup>268</sup>.

**70.** En conséquence, la garantie implicite de l'État couvrant l'ensemble des activités d'une banque universelle, le transfert de responsabilité qui s'opère entre l'État et la banque du fait de cette garantie est entier. L'activité de banque de dépôt permet ainsi à la banque universelle la couverture de ses risques, générant en pratique une sorte d'impunité, d'irresponsabilité bancaire et des comportements non éthiques sur la totalité de ses activités. C'est cette perméabilité, des risques comme des gains, intrinsèque au modèle de banque universelle qui le rend fondamentalement dangereux

---

<sup>267</sup> DANCER M., « BPCE et Natixis séparent leurs comptes, les actionnaires empochent la mise », *La Croix*, 18 févr. 2013. Disponible sur : [http://www.la-croix.com/Actualite/Economie-Entreprises/Economie/BPCE-et-Natixis-separent-leurs-comptes-les-actionnaires-empochent-la-mise-\\_NG\\_-2013-02-18-912251](http://www.la-croix.com/Actualite/Economie-Entreprises/Economie/BPCE-et-Natixis-separent-leurs-comptes-les-actionnaires-empochent-la-mise-_NG_-2013-02-18-912251)

<sup>268</sup> V. *supra*, n° 56 et s.

pour la préservation des dépôts et de la stabilité de l'économie réelle. Sans même considérer les éventuelles attitudes abusives et amORAles, les banques universelles constituent un point de passage mécanique d'une crise financière vers l'économie réelle compte tenu de leur rôle dual, sur les marchés financiers, d'une part, et pour la gestion des dépôts du public et le financement de l'économie réelle, d'autre part. Comme nous avons pu le constater lors de la crise de 2007, même séparée en des entités juridiques distinctes dans le cadre d'un groupe bancaire, la banque universelle demeure un vecteur privilégié de transmission du risque financier à l'économie réelle<sup>269</sup>. Ce modèle ne peut donc pas être maintenu sans s'exposer dans quelques années à une nouvelle crise financière et économique aux conséquences systémiques similaires. Ainsi, pour toutes ces raisons, le modèle de banque universelle ne peut pas être pérenne si les législateurs envisagent une gestion prudente des dépôts et une meilleure stabilité économique. Par ailleurs, s'il fallait davantage de raisons d'écarter le modèle de banque universelle, il faut souligner qu'une telle séparation stricte des activités permet mécaniquement de réduire la taille des entités et donc d'alléger le risque systémique. Sur la base de ces constats, une refonte nécessaire du système bancaire est évoquée au sein de l'Union européenne et est déjà mise en place dans certains pays.

**71.** Toutefois, il serait erroné de considérer que seules les banques universelles, dans leurs prises de risque excessives et du fait de leur rôle pivot entre la finance de marché et l'économie réelle, sont responsables de la crise de 2007. Il existe en effet d'autres facteurs de la crise de 2007, qui étaient inexistantes en 1929 et qui mériteraient, à la suite d'une analyse approfondie, de faire l'objet de réformes. Ces causes ont cependant été globalement oubliées ou mises de côté par les gouvernements et législateurs. Peuvent être cités notamment les normes comptables avec la technique d'évaluation dite « *mark to market* », les conflits d'intérêts dans le secteur bancaire et financier, la défaillance des agences de notation dans leur mission, le manque de transparence sur certains produits financiers, les bonus excessifs des *traders* motivant la prise de risque, le *shadow banking*... S'il est impossible de traiter de tous ces sujets dans une seule étude, il faut cependant souligner que deux d'entre eux se démarquent

---

<sup>269</sup> V. *supra*, n° 64.

particulièrement pour avoir joué un rôle majeur dans le déclenchement et l'aggravation de la crise, en biaisant la réalité de la valorisation financière des actifs à la hausse et à la baisse sur les marchés financiers. En effet, il apparaît de l'analyse de la crise économique et financière que son déclenchement est directement lié à une forte dégradation du marché financier dans son ensemble, sur plusieurs années, causée principalement par la grande volatilité de la valorisation des actifs, à la baisse comme à la hausse. Or, cette instabilité n'aurait pas eu lieu, ou en tout état de cause dans une bien moindre mesure, si une réglementation efficace des normes comptables et des agences de notation avait été mise en place. L'évaluation selon la *fair value* des normes comptables dites « *International Financial Reporting Standards* » (IFRS) et le comportement des agences de notation lors de la crise ont en effet par un excès d'immédiateté, voire d'anticipation, eu un fort effet procyclique qui a précipité rapidement l'économie vers une dépression profonde. Malgré cela, la réforme du système bancaire est apparue comme une priorité compte tenu du rôle pivot des banques entre l'économie de marché et l'économie réelle. S'il est bien évidemment nécessaire de se pencher sur les autres facteurs de la crise, la primeur devait être donnée à cet acteur si particulier qu'est le banquier au sein de l'économie mondiale.

**72.** L'enjeu général de ces réformes du système bancaire est de remettre le secteur bancaire et financier au service de l'économie réelle, en l'encadrant de réglementations pour éviter ses écarts et pour faire en sorte que chacun assume les risques qui lui incombent. Toutes les réformes mises en place ont un point commun : la nécessité de séparer les banques de dépôt des banques d'affaires pour restreindre le modèle de banque universelle (PARTIE I). En plus de cette séparation qui atténuerait l'aléa moral sans le faire disparaître, il faut trouver un équilibre entre garantie implicite de l'État et stabilité financière en permettant, lorsque cela est inévitable, la faillite des banques de dépôt. Dans ce cadre, la mise en place d'un régime spécial accompagnant la faillite des banques à risque systémique est nécessaire. Il permettrait d'éviter la perte des dépôts tout en laissant le marché sanctionner les comportements imprudents. Plus précisément, il s'agit, d'une part, de créer des procédures de redressement et de résolution spécifiques aux banques, prévoyant notamment de faire peser les pertes sur les actionnaires et, d'autre part, d'inciter leurs dirigeants à une gestion saine et prudente par des mécanismes de sanction (PARTIE II).



**PREMIÈRE PARTIE :**  
**UNE MAÎTRISE PAR LA**  
**SÉPARATION DES ACTIVITÉS**  
**BANCAIRES**



73. Depuis la crise de 2007, un des moyens invoqués de façon récurrente non seulement pour assurer une garantie effective des dépôts placés dans les banques, mais aussi pour ne pas faire supporter d'éventuelles faillites bancaires aux contribuables est de repenser le système bancaire par une sorte de *Glass-Steagall Act* contemporain. Afin de tirer des leçons de la crise, et donc d'éviter qu'elle ne se reproduise, un certain nombre d'économistes<sup>270</sup> préconisent la fin du modèle de banque universelle par une spécialisation des banques par l'intermédiaire d'un cloisonnement de leurs activités, tel que cela avait été mis en place en France et aux États-Unis à la suite de la crise de 1929. En effet, une telle scission contribuerait de fait à limiter la taille des banques et des groupes bancaires. Cela aurait pour conséquence de restreindre corrélativement le risque systémique, l'aléa moral et l'étendue de la garantie implicite de l'État, en plus de réduire les risques de transmission d'une crise financière à l'économie réelle, sans avoir un impact démesurément négatif sur la compétitivité des banques (lorsque le *Glass-Steagall Act* était en vigueur, les plus grandes banques en taille étaient japonaises et européennes, ce qui n'a pas empêché par la suite l'hégémonie des États-Unis<sup>271</sup>).

Dès lors, afin d'endiguer la garantie implicite de l'État pouvant générer des comportements irresponsables, de circonscrire les entités à risque systémique et de restreindre le risque de transmission d'une crise financière à l'économie réelle, une réforme qui se veut efficace doit nécessairement amener à réduire drastiquement la portée de l'aléa moral. Pour cela, deux mesures doivent être prises rapidement : d'une part, la limitation du nombre de sociétés bénéficiant de la garantie implicite de l'État grâce au démantèlement du modèle de banque universelle et, d'autre part, l'interdiction des activités les plus risquées aux banques couvertes par l'aléa moral.

---

<sup>270</sup> Notamment : LARROUTUROU P., « Pourquoi il faut séparer les banques », *Les Échos*, 26 juin 2015. Disponible sur : [https://www.lesechos.fr/26/06/2015/LesEchos/21967-051-ECH\\_pourquoi-il-faut-separer-les-banques.htm](https://www.lesechos.fr/26/06/2015/LesEchos/21967-051-ECH_pourquoi-il-faut-separer-les-banques.htm) ; GIRAUD G., *Séparation bancaire : Note de synthèse sur le projet de loi présenté par M. Le Ministre P. Moscovici au Conseil des Ministres, le 19 décembre 2012*, janv. 2013. Disponible sur : <http://www.lavie.fr/www/files/medias/pdf/gael-giraud-note-separation-bancaire.pdf> ; LORDON F., *op. cit.* ; REED John (ancien Président-Directeur Général de CitiGroup), *Entrevue avec Bill Moyers*, 16 mars 2002. Disponible sur : <http://billmoyers.com/segment/john-reed-on-big-banks-power-and-influence/>

<sup>271</sup> En ce sens : BERSTEIN S. et MILZA P., *op. cit.*

74. Les gouvernements des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France, puis l'Union européenne et le gouvernement allemand se sont penchés sur l'opportunité d'une refonte du système bancaire. Ceux-ci ont étudié non seulement la séparation des activités bancaires, mais aussi les problématiques liées aux conflits d'intérêts dans le secteur bancaire et financier, particulièrement à l'égard de la notation financière. Aux États-Unis, Paul Volcker, économiste et ancien directeur de la Réserve fédérale, a été à l'initiative d'un projet d'amendement surnommé *The Volcker Rule*. Cet amendement a été intégré au *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* qui est entré en vigueur le 21 juillet 2010<sup>272</sup>. Au Royaume-Uni, une Commission indépendante sur la profession de banquier présidée par John Vickers, économiste et ancien directeur financier de *Bank of England*, a été mise en place en juin 2010. À la suite de son rapport rendu le 12 septembre 2011<sup>273</sup>, un projet de loi a été élaboré puis adopté le 18 décembre 2013 sous le nom de *The Financial Services (Banking Reform) Act 2013*. En France, le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires porté par Pierre Moscovici, ministre de l'Économie, des Finances et du Commerce extérieur de l'époque, a été adopté le 26 juillet 2013<sup>274</sup>. Enfin, en Allemagne, un projet de loi sur le cloisonnement des activités bancaires a été approuvé le 6 février 2013 par le conseil des ministres et a été adopté le 7 août 2013 après avoir été voté par les deux chambres du Parlement allemand<sup>275</sup>.

Ainsi, plusieurs États membres de l'Union européenne ont fait le choix d'adopter une législation nationale, dans l'attente d'une réglementation harmonisée au niveau européen qui tarde à venir. Pourtant, la Commission européenne a agi de façon assez réactive pour élaborer des règles communes. Ainsi, dès février 2012, le Commissaire européen en charge du marché intérieur et des services, Michel Barnier, a confié à Erkki Liikanen, ancien gouverneur de la Banque de Finlande, la mission de monter un groupe de travail pour étudier la possibilité d'une réforme structurelle, destinée à renforcer la stabilité du système bancaire. Le groupe d'experts de haut

---

<sup>272</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376, 21 juill. 2010.

<sup>273</sup> Independent Commission on Banking, Final Report : Recommendations, Royaume-Uni, sept. 2011.

<sup>274</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*.

<sup>275</sup> Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen, 7 août 2013.

niveau sur la réforme structurelle du secteur bancaire de l'Union européenne a présenté son rapport à la Commission le 2 octobre 2012<sup>276</sup>. Celui-ci a inspiré une proposition de règlement<sup>277</sup> qui a été déposée par la Commission européenne le 29 janvier 2014 et a pour le moment été rejetée par le Parlement européen par un vote le 26 mai 2015, sans qu'une nouvelle présentation soit planifiée à ce jour.

Nous constatons donc une volonté commune de réglementer le système bancaire par une réforme structurelle, ces cinq textes mettent en œuvre des modalités plus ou moins divergentes mêlant interdiction totale d'exercer certaines activités et filialisation d'autres activités (TITRE I). Toutefois, l'analyse de ces modalités, par-delà les objectifs louables annoncés, démontre leur insuffisance pour éviter une répétition désastreuse de l'histoire (TITRE II).

---

<sup>276</sup> High-level Group on Financial Supervision in the EU, Report, Belgique, 25 févr. 2009.

<sup>277</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, 2014/0020, 29 janv. 2014.

# Titre I – Les modalités de la séparation des activités bancaires

75. La volonté de séparer les activités bancaires pour scinder les banques universelles en deux banques spécialisées est consacrée par toutes les réformes proposées ou adoptées en Europe et aux États-Unis. Cette séparation est considérée par tous comme étant le préalable à une restriction de l'aléa moral par la suppression du caractère « *too big to fail* » des banques. La scission des activités bancaires peut s'opérer selon plusieurs modalités, ces réformes en retenant deux types : l'interdiction des activités spéculatives aux banques de dépôts et sociétés qui leur sont affiliées (CHAPITRE 1), d'une part, et la filialisation de certaines activités bancaires, d'autre part (CHAPITRE 2).



## Chapitre 1 – L’interdiction des activités spéculatives

**76.** La spéculation est une « opération sur valeurs, immeubles ou marchandises, faite en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations du marché »<sup>278</sup>. Elle se caractérise par l’acceptation d’un risque puisqu’elle est un « pari sur l’évolution future d’une valeur » fait par un investisseur qui « cherche à prévoir les flux futurs »<sup>279</sup>. Il s’agit encore d’assumer « les risques que les autres intervenants ne veulent pas supporter » et de « minimiser ainsi le risque des autres intervenants »<sup>280</sup>. La spéculation est donc une opération risquée ayant pour objet de réaliser des gains, généralement par le biais d’engagements à court terme, sur les marchés financiers en s’appuyant sur leurs fluctuations et leur volatilité. Ces opérations ne sont en aucun cas vitales à l’économie réelle et ne devraient donc pas bénéficier de la garantie implicite de l’État.

Par ailleurs, la quasi-totalité des scandales bancaires qui ont eu lieu ces dernières années était liée à l’activité spéculative des banques. À titre d’illustration, la plus ancienne banque du Royaume-Uni, Barings, a été déclarée en cessation des paiements en 1995 à la suite de placements, réalisés par un de ses *traders*<sup>281</sup>, d’un montant équivalent au double des fonds propres de l’établissement. La perte s’est élevée à plus d’un milliard de dollars<sup>282</sup>. Barings a alors dû être rachetée par la banque Internationale Nederlanden Groep (ING) au prix symbolique d’une livre sterling. Peuvent aussi être cités une perte subie par Morgan Stanley d’un montant de 9 milliards de dollars liée aux couvertures de défaillance (CDS) sur les *subprimes*<sup>283</sup>, ou encore « l’affaire Kerviel » avec une perte de 4,9 milliards d’euros supportée par la

---

<sup>278</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 903.

<sup>279</sup> Vernimmen.net, *Lexique financier*. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.

<sup>280</sup> *Idem*.

<sup>281</sup> V. glossaire.

<sup>282</sup> DRUMMOND H., *The Dynamics of Organizational Collapse : The Case of Barings Bank*, Ed. Routledge, Royaume-Uni, 2008, p.2.

<sup>283</sup> ABELSON M., « *Howie Hubler of New Jersey : The Return of a Subprime Villain* », *New York Observer*, 24 mars 2010. Disponible sur : <http://observer.com/2010/03/howie-hubler-of-new-jersey-the-return-of-a-subprime-villain/>.

Société Générale. En conséquence, autoriser de telles activités à une banque universelle, sans aucun cadre restrictif, s'avère extrêmement dangereux pour la protection des dépôts du public et pour la stabilité de l'économie réelle.

77. Le gouvernement français, tout comme le législateur américain, a décidé de scinder les banques selon un critère d'utilité, entre les activités qui sont présumées utiles pour le financement de l'économie et celles qui sont exercées par les banques pour leur seul intérêt, en dehors de toute sollicitation des clients. C'est ainsi que l'interdiction des activités spéculatives pour les banques et les groupes bancaires a été mise en place aux États-Unis et en France, mais selon des modalités distinctes. L'interdiction des activités spéculative est également prévue dans la proposition de règlement européen, alors qu'elle ne l'était pas dans le rapport dit « Liikanen ». Aux États-Unis et dans le cadre de la proposition de règlement européen, une interdiction générale des activités pour compte propre, appelées « *proprietary trading* », et les relations avec les *hedge fund* et les *private equity funds* a été imposée (SECTION 1), alors qu'en France, le législateur a eu une action plus spécifique, et donc plus limitée : seules les activités de *trading* à haute fréquence et les opérations sur les marchés de dérivés de matières premières agricoles sont interdites (SECTION 2).

## Section 1 – La prohibition générale des investissements spéculatifs aux États-Unis et dans la proposition de règlement européen

**78.** Le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, aussi appelé « *Dodd-Frank Act* », a pour objectif de « promouvoir la stabilité financière des États-Unis par l'amélioration de la responsabilité et de la transparence dans le système financier, de mettre un terme aux "too big to fail", de protéger les contribuables américains en arrêtant les aides aux banques en difficulté, de protéger les consommateurs des pratiques abusives des services financiers et autres fonctions annexes »<sup>284</sup>. Entré en vigueur le 21 juillet 2010, il modifie, dans la section 619, les dispositions du *Bank Holding Company Act* de 1956<sup>285</sup>. À l'origine, la loi devait être appliquée par les banques à compter du 21 juillet 2012, mais son entrée en vigueur a été reportée à juillet 2014, laissant un large délai de quatre ans aux banques pour se mettre en conformité. En effet, cette législation fixe le cadre général de la réforme, mais, avant de pouvoir être effectivement appliquée, ses détails ont dû être déterminés par une collégialité regroupant cinq régulateurs, dont la Réserve fédérale<sup>286</sup>. La *Volcker Rule* a été intégrée au *Dodd-Frank Act*, dans son titre VI sur l'amélioration de la régulation, par l'amendement dit « *Merkley-Levin* ». C'est cet amendement qui a suscité le plus d'opposition de la part du lobby bancaire compte tenu des restrictions générales relatives aux activités spéculatives qu'il impose.

**79.** Le premier élément à porter au crédit du *Dodd-Frank Act* est son champ d'application. Fixé de façon extrêmement large par le législateur américain, il permet d'octroyer ses pleins effets à cette nouvelle réglementation. Bien trop souvent, les

---

<sup>284</sup> « To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too big to fail", to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes », *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376, 21 juill. 2010, p. 2.

<sup>285</sup> United States Code, Title 12 « Banks and Banking ».

<sup>286</sup> PATTERSON S., « *Volcker Rule Could Be Delayed - Again* », *The Wall Street Journal*, 27 févr. 2013.



réformes ambitieuses, qui suscitent des divisions, ont des modalités efficaces, mais une application très limitée du fait de champs d'application personnel et territorial restreints. Or, malgré la pression du lobby bancaire, le législateur américain a conservé une application très extensive, voire extraterritoriale, des dispositions du *Dodd-Frank Act*.

**80.** En premier lieu, le champ d'application personnel du *Dodd-Frank Act* est vaste puisqu'il concerne aussi bien les banques que les sociétés non bancaires ayant pour filiale des banques. Cela résulte de la définition de l'expression « entité bancaire » retenue par le *Dodd-Frank Act*. Sont regroupées sous cette expression non seulement les banques de dépôt bénéficiant de la garantie de la Réserve fédérale, mais aussi toutes sociétés ayant pour filiale une de ces banques de dépôt, et toutes celles affiliées ou subordonnées à ces sociétés<sup>287</sup>, sans condition de lieu d'établissement. Le *Dodd-Frank Act* s'impose donc à un grand nombre d'entreprises, particulièrement à tous les groupes bancaires, et à tous les niveaux d'un groupe dès lors qu'une banque de dépôt en est une composante. En conséquence, les dispositions de cette législation concernent aussi bien les banques universelles sous la forme d'une seule entité juridique que celles issues d'un groupe bancaire. Ce champ d'application extensif rappelle celui prévu dans les dispositions du *Glass-Steagall Act* dans lequel toutes les sociétés affiliées aux banques de dépôt étaient visées<sup>288</sup>.

**81.** Le champ d'application territorial du *Dodd-Frank Act* s'avère aussi très étendu. Les rédacteurs du texte ont souhaité maintenir une certaine égalité de concurrence entre les banques américaines et les banques étrangères<sup>289</sup>, permettant de répondre à

---

<sup>287</sup> « The term “banking entity” means any insured depository institution (as defined in section 3 of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813)), any company that controls an insured depository institution, or that is treated as a bank holding company for purposes of section 8 of the International Banking Act of 1978, and any affiliate or subsidiary of any such entity », *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376, 21 juill. 2010, p. 1629.

<sup>288</sup> V. *supra*, n° 23.

<sup>289</sup> MARAIS J., « La règle Volcker rattrape les banques non américaines », *L'AGEFI*, 1<sup>er</sup> déc. 2011. Disponible sur : <http://www.agefi.fr/articles/la-regle-volcker-rattrape-les-banques-non-americaines-1201659.html>.

l'une des inquiétudes du lobby américain des banques<sup>290</sup>. Ainsi, le *Dodd-Frank Act* ne se restreint pas aux seules entités bancaires ayant leur siège social aux États-Unis ou étant agréées pour exercer leurs activités aux États-Unis. Dès lors qu'une société contrôle une banque couverte par la garantie de la Réserve fédérale, elle est soumise au respect des dispositions du *Dodd-Frank Act*, quel que soit le lieu de son siège social. La condition de contrôle est remplie à partir du moment où la société possède au moins 25 % des droits de vote de la banque garantie. En conséquence, toutes les banques françaises qui ont des succursales ou des filiales bancaires aux États-Unis sont soumises à cette législation extrêmement large d'application. La difficulté pour les régulateurs américains va cependant être de faire veiller au respect de leur réglementation non seulement par toutes les sociétés établies dans un autre État et qui détiennent au moins un quart des droits de vote de leur filiale banque de dépôt établie aux États-Unis, mais aussi, par combinaison avec le champ d'application personnel, par toutes les sociétés qui leur sont affiliées ou subordonnées sans égard pour leur lieu d'établissement.

Compte tenu de l'importance des marchés financiers américains, il est certain que des sociétés entrant dans le champ d'application du *Dodd-Frank Act* se sont soumises spontanément à ses dispositions afin d'éviter toute interdiction d'échanger sur ces marchés. Toutefois, bien qu'un champ d'application aussi large permette d'éviter les contournements de la loi, il est évident qu'il serait utopiste de penser pouvoir surveiller la conformité de l'ensemble des sociétés soumises aux dispositions du *Dodd-Frank Act*.

**82.** De la même manière, les champs d'application personnel et territorial de la proposition de règlement européen sont étonnement larges. Dans son article 3, si elle prévoit en effet de s'appliquer, très logiquement, à tout établissement de crédit établi dans l'Union européenne, elle s'impose également aux succursales européennes des établissements de crédit établis dans un pays tiers, afin d'éviter des distorsions de concurrence dans le marché intérieur (i.e. si cela n'était pas prévu, il suffirait pour une

---

<sup>290</sup> Rédaction Le Monde, « La réforme de Wall Street, "une avancée considérable pour piloter les risques globaux" », *Le Monde*, 25 oct. 2010. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/10/25/la-reforme-de-wall-street-une-avancee-considerable-pour-piloter-les-risques-globaux\\_1405027\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/10/25/la-reforme-de-wall-street-une-avancee-considerable-pour-piloter-les-risques-globaux_1405027_3234.html)

banque européenne de localiser une succursale pour pouvoir exercer les activités prohibées ou limitées par le projet de réglementation européenne). Le même article prévoit également que sont soumises aux dispositions de la proposition non seulement les sociétés mères établies dans l'Union européenne lorsque l'une des entités du groupe est un établissement de crédit établi dans l'Union, mais aussi les succursales et filiales des sociétés et établissements précités « quel que soit l'endroit où elles se trouvent ». En conséquence, la proposition de règlement a vocation à s'appliquer de manière extensive et extraterritoriale, sans considération pour la situation géographique des filiales et succursales, afin d'éviter que les obligations qu'elle prévoit soient contournées par le transfert de certaines activités prohibées ou restreintes en dehors de l'Union européenne. La proposition a néanmoins un champ d'application plus limité que le *Dodd-Frank Act* puisqu'elle n'inclut pas les sociétés mères étrangères de banques européennes ; sont donc également exclues les filiales et succursales d'une société mère étrangère, à partir du moment où il ne s'agit pas également de filiales de la banque elle-même.

Ce large champ d'application est cependant contrebalancé, d'une part, par le fait qu'aucun mécanisme de coopération internationale pour le contrôle des succursales et filiales établies dans des pays tiers n'est prévu, rendant essentiellement théorique cette application extensive, et, d'autre part, par l'article 4 de la proposition de règlement qui vient déroger à son application lorsque pour les États membres ayant mis en place dans leur législation nationale des dispositions similaires<sup>291</sup>.

**83.** La réglementation du secteur bancaire et financier mise en place par la *Volcker Rule*, qui bénéficie donc d'un très large champ d'application, et celle envisagée par la proposition de règlement européen portent sur deux aspects principaux. Elles disposent de l'interdiction d'exercer des activités de négociation pour compte propre (§1) et elles limitent les échanges commerciaux avec les fonds de couverture (*hedge funds*) et les fonds de capitaux privés (*private equity funds*) (§2). En l'état, la proposition de règlement européen, qui a été rejetée par le Parlement européen, est très peu précise

---

<sup>291</sup> V. *infra*, n° 110 et s.

quant aux modalités d'interdiction de ces activités, elle manque de définitions et de détails sur la mise en pratique des restrictions.

### ***§1. L'interdiction de la négociation pour compte propre***

**84.** La négociation pour compte propre est, selon le *Dodd-Frank Act*, l'engagement de la banque, en tant que principal obligé, dans des transactions portant sur l'achat ou la vente de toute valeur mobilière, produit dérivé (tel que les CDO), contrat à terme portant sur la vente de marchandises, ou toutes options sur ces instruments financiers pour un compte de *trading*, c'est-à-dire pour un compte spéculatif permettant de profiter de la variation des cours à court terme<sup>292</sup>. Un compte dont les positions sont détenues pendant un maximum de soixante jours, ou moins, est présumé être un compte de *trading* jusqu'à ce que la preuve contraire soit faite par le détenteur du compte<sup>293</sup>.

La négociation pour compte propre est donc une opération spéculative conclue au seul bénéfice de la banque, en son nom et pour son compte, à la différence des contrats qui sont conclus par la banque pour le compte de ses clients l'ayant sollicitée en ce sens. Il s'agit ainsi d'une activité purement au bénéfice de l'entité qui la réalise et qui n'est donc pas utile au financement de l'économie ni ne soutient l'économie réelle, mais qui est souvent risquée. En effet, le *trader* pour compte propre conclut des contrats à très court terme sur les marchés financiers, souvent sur des instruments financiers risqués ayant un fort rendement, sur lesquels ils engagent de fortes sommes d'argent. Il ne s'agit pas là d'une logique d'investissement qui s'appuie sur l'économie réelle et dans laquelle les gains et les pertes sur la valeur de l'instrument financier peuvent se compenser sur le long terme. En conséquence, dans des opérations de négociation pour compte propre, les pertes – tout comme les gains – peuvent être rapides, conséquentes et inattendues, voire aléatoires. Cette activité financière est de ce fait unanimement reconnue comme risquée. De ce fait et compte tenu de son

---

<sup>292</sup> « The term “proprietary trading” [...] means engaging as a principal for the trading account of the banking entity [...] in any transaction to purchase or sell, or otherwise acquire or dispose of, any security, any derivative, any contract of sale of a commodity for future delivery, any option on any such security, derivative, or contract... » *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376, 21 juill. 2010, p. 1630.

<sup>293</sup> MARAIS J., *op. cit.*

absence d'intérêt pour l'économie réelle, elle doit être strictement exclue de la garantie implicite des États.

**85.** En ce sens, l'instabilité de la négociation pour compte propre a incité le législateur américain à proscrire cette activité à toutes les sociétés entrant dans le champ d'application de la loi<sup>294</sup> : la section 619 du *Dodd-Frank Act* prohibe aux entités bancaires, au sens donc de la présente loi, de s'engager dans une activité de négociation pour compte propre. Si l'interdiction semble ferme de prime abord, elle se trouve considérablement affaiblie par d'autres dispositions du texte. En effet, une partie du *Dodd-Frank Act* s'intitulant « *permitted activities* » (activités permises) vient déroger à la prohibition posée au début de la section 619 consacrée à la *Volcker Rule*.

Les activités exemptées par la loi regroupent notamment les opérations de teneur de marché, de couverture des risques, de gestion des actifs pour le compte de clients ou pour le compte d'une société d'assurance, d'achat et de vente d'obligations émises par l'État et de transaction à l'étranger. Cette multiplicité des exceptions conduit à vider en partie l'interdiction de sa substance. Il faut cependant souligner que, pour plusieurs d'entre elles, l'accent est mis sur le critère de l'intérêt du client pour justifier l'exemption. Par ailleurs, certaines exclusions sont justifiables (comme la gestion des actifs pour le compte de clients qui se rapproche d'une activité pour compte de tiers et les opérations sur les obligations émises par l'État qui sont des titres très peu risqués bien qu'étant parfois à très long terme) et d'autres ne sont pas toujours aisées à mettre en œuvre. Par exemple, pour qu'une opération soit considérée comme étant une transaction à l'étranger, l'entité bancaire doit ne pas être contrôlée par une banque américaine, avoir la majorité de ses actifs et de ses revenus générés à l'étranger tandis que le contrat de transaction doit être totalement extérieur aux États-Unis, c'est-à-dire que les parties ne doivent pas y avoir leur siège social, le personnel concerné ne doit pas se trouver aux États-Unis, le contrat doit être exécuté en dehors de cet État... D'autres exceptions sont en revanche plus faciles à appliquer, voire trop souples, permettant de dissimuler des activités de négociation pour compte propre pures.

---

<sup>294</sup> V. *supra*, n° 75 et s.

**86.** C'est principalement le cas de l'activité de teneur de marché qui est exclue des activités prohibées aux entités bancaires, car elle est en principe une activité au service des clients. Cependant, il peut être difficile de distinguer une activité de teneur de marché de la négociation pour compte propre. En théorie, la tenue de marché est « l'engagement d'un établissement financier à apporter de la liquidité aux marchés sur une base régulière et continue, en communiquant spontanément des prix d'achat et de vente pour certains instruments financiers, ou dans le cadre de son activité habituelle, en exécutant des ordres initiés par des clients ou en réponse à des demandes d'achat ou de vente de leur part, mais dans les deux cas sans être exposé à un risque de marché important »<sup>295</sup>. Toutefois, lorsqu'une société émet des titres pour se financer et, pour rassurer les acquéreurs, demande à sa banque de dépôt de les placer auprès d'investisseurs, ceux-ci s'attendent à ce que la banque en assure une certaine liquidité en tant que teneur de marché, afin qu'ils puissent acheter davantage de titres ou les revendre à tout moment. En conséquence, pour pouvoir assurer la liquidité de ces titres, la banque est amenée à en détenir un stock. De ce fait, en rendant un service à la demande de son client émetteur de titres, elle vient miser sur la hausse ou la baisse de ceux-ci compte tenu de sa position constante d'acheteur/revendeur. Dès lors, il est difficile de savoir jusqu'où la banque est dans son rôle de prestataire au service de son client et à partir de quel moment elle mise sur l'évolution du titre afin d'en tirer délibérément profit<sup>296</sup>. Ainsi, si la tenue de marché est en principe et à l'origine au service des clients de la banque en permettant de conserver de la liquidité sur les titres les intéressant, en pratique il est aisé pour l'établissement de crédit d'en tirer des avantages pour son compte propre, voire d'en abuser en prenant des risques non requis par son activité de teneur de marché. Par ailleurs, cette activité comporte évidemment les mêmes risques que celle de négociation pour compte propre puisqu'il s'agit d'agir sur des marchés financiers qui, par nature, sont volatils. Ainsi, même une banque qui cantonne son activité à la tenue de marché sans en profiter pour dégager des bénéfices pour son compte propre s'expose à des risques de perte importants comme la

---

<sup>295</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, *op. cit.*, p. 27.

<sup>296</sup> FERNANDEZ-BOLLO E., « Séparation : l'obstacle de la tenue de marché », *Revue Banque*, juin 2013, n° 761, p. 35.

Commission européenne l'a souligné dans sa proposition de règlement<sup>297</sup>. Cette activité de teneur de marché a généré de nombreux débats puisqu'il s'agit à la fois qu'une opération au service du client et d'une activité risquée sur les marchés financiers pouvant nécessiter d'engager beaucoup de liquidités<sup>298</sup>. De la même manière que pour la tenue de marché, l'exception relative couverture des risques mériterait d'être précisée et encadrée afin d'éviter toute possibilité de détournement pour réaliser une activité de négociation pour compte propre.

**87.** Pour les mêmes raisons que le *Dodd-Frank Act*, la Commission européenne a, dans sa proposition de règlement européen, tenté de proscrire les activités de négociation pour compte propre. Elle indique ainsi dans son article 6 qu'il est interdit aux banques et aux entités entrant dans son champ d'application, incluant les filiales et succursales étrangères et les succursales européennes de banques étrangères, « d'exercer des activités de négociation pour compte propre. » Ces activités sont définies à l'article 5 comme étant « l'utilisation de fonds propres ou de fonds empruntés pour prendre des positions dans tout type de transaction d'achat, de vente, ou d'autres formes d'acquisition ou de cession, d'instruments financiers ou de matières premières, dans le seul but de réaliser un profit pour son propre compte, et sans aucun lien avec les activités, actuelles ou anticipées, menées pour le compte de clients, ou dans un but de couverture des risques de l'entité découlant des activités, actuelles ou anticipées, menées pour le compte de clients, par l'intermédiaire de salles de marché, d'unités, de divisions ou d'opérateurs de marché se consacrant spécifiquement à cette prise de positions et à cette réalisation de profit, y compris par l'intermédiaire de plateformes en ligne dédiées à la négociation pour compte propre. » Cette tentative de définition n'apporte pas les précisions nécessaires pour déterminer concrètement la limite entre activité prohibée et activité autorisée puisqu'elle se contente de caractériser pour l'essentiel la négociation pour compte propre comme étant une activité « sans aucun lien avec [celles], actuelles ou anticipées, menées pour le compte de clients ». Dès lors, il suffit d'établir un lien, quel qu'il soit, avec une activité menée

---

<sup>297</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, *op. cit.*, p. 19.

<sup>298</sup> Notamment : GAUVENT S., « La tenue de marché observée à la loupe », *Revue Banque*, févr. 2013, n° 757.

pour le compte de clients, même si elle n'est qu'envisagée, pour que l'opération soit considérée comme n'étant pas pour compte propre. Par ailleurs, comparativement à la définition fixée par le *Dodd-Frank Act*, celle prévue dans la proposition de règlement européen est excessivement complexe, même si, telle qu'elle est rédigée, elle semble avoir un impact plus large. En effet, la proposition dispose d'une interdiction stricte de la négociation pour compte propre avec, comme pour le *Dodd-Frank Act*, quelques exceptions. Sur la base du peu de précisions apportées, il semblerait que ne soient autorisées que les opérations menées pour le compte de clients ou pour couvrir un risque découlant de ces opérations, ce qui peut être relativement large et susceptible d'abus par un détournement de l'interdiction de la négociation pour compte propre si les contours ne sont pas plus précisément définis.

**88.** À l'inverse du *Dodd-Frank Act*, la proposition de réglementation européenne ne dispose pas expressément d'une exception pour les activités de teneur de marché. En revanche, l'exposé des motifs indique clairement qu'une distinction est faite entre cette activité et la négociation pour compte propre et, incidemment, que la tenue de marché n'est pas une activité considérée comme relevant du compte propre, qu'elle n'est donc pas prohibée<sup>299</sup>. Il faut cependant souligner que cela n'est pas indiqué dans le corps des articles de la proposition de règlement, mais uniquement dans l'exposé des motifs qui l'accompagne. En outre, la notion de tenue de marché n'apparaît à aucun endroit dans les articles à l'exception de l'article 5 qui se borne à en apporter une définition. C'est là un exemple flagrant de la non-finalisation de cette proposition dont les dispositions sont pour la plupart incertaines, à la différence du rapport dit « Liikanen » qui était bien plus abouti.

Parallèlement, sont évidemment exclues de la prohibition les obligations portant sur la dette souveraine émises par les États afin de permettre à ceux-ci de continuer à se financer aisément sur les marchés et compte tenu du faible risque que de tels investissements représentent. Également, la Commission européenne a choisi d'exclure les achats et ventes des instruments de marché monétaire qui doivent notamment être « très liquides » et « être soumis à un risque négligeable de

---

<sup>299</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE, 2014/0020, 29 janv. 2014, p. 8.



changement de valeur » à des fins de gestion de trésorerie. Là encore, l'imprécision des termes du texte offrirait une grande latitude d'interprétation accompagnée d'une insécurité juridique si ce texte devait être adopté.

**89.** En conséquence, bien que l'interdiction de la négociation pour compte propre soit une initiative louable pour limiter les risques pris par une banque de dépôt pour son propre avantage, elle a été quelque peu vidée de sa substance du fait de certaines exceptions aux dispositions vagues permettant de contourner l'interdiction de la négociation pour compte propre, et particulièrement de l'autorisation de continuer à effectuer une activité de teneur de marché sans aucune restriction. Ainsi, malgré un champ d'application élargi, ce sont finalement les modalités d'application qui s'avèrent mitigées. Outre cette interdiction de la négociation pour compte propre, le *Dodd-Frank Act* et la proposition de règlement européen imposent également aux banques de dépôt une obligation de restreindre leurs relations commerciales avec les fonds de placement généralement spéculatifs que sont les fonds de couverture et les fonds de capitaux privés.

## ***§2. La restriction des relations avec les fonds de couverture et les fonds de capitaux privés***

**90.** Les fonds de couverture (*hedge fund*) sont des fonds de placement à risque généralement ouverts à un nombre limité d'investisseurs qui exigent un rendement élevé moyennant un investissement initial important<sup>300</sup>. Ils sont des opérateurs incontournables sur les marchés puisqu'ils y réalisent une part significative des transactions. Les fonds de capitaux privés (*private equity fund*) sont des fonds de placement investissant habituellement, mais pas uniquement, dans le capital de sociétés non cotées en bourse et fonctionnant d'une manière similaire à celle des fonds de couverture. Ces deux types de structures sont réputées risquées car les rendements substantiels qu'elles engendrent sont issus de placements instables, le risque étant plus rémunérateur que les positions sécurisées. De plus, la complexité de leurs

---

<sup>300</sup> Trader Finance, *Lexique Finance*. Disponible sur : <http://www.trader-finance.fr/lexique-finance.html>.

investissements les rend souvent difficiles à évaluer et donc incertaines quant à leur solvabilité pour les cocontractants.

**91.** Les banques ont multiplié, avant et pendant la crise de 2007, les relations économiques avec les fonds de couverture et les fonds de capitaux privés. C'est pourquoi le législateur américain a décidé de limiter par l'intermédiaire de la *Volcker Rule* les relations des entités bancaires, dont les banques de dépôt, avec ces fonds instables et risqués. Elle interdit ainsi aux entités bancaires non seulement d'acquérir ou de conserver des investissements dans ces fonds pour des raisons évidentes liées aux opérations extrêmement risquées de ces fonds, mais aussi de les promouvoir. Cette promotion est définie par le *Dodd-Frank Act* comme étant le fait de travailler en tant qu'associé commandité, gestionnaire ou fiduciaire d'un fonds, de choisir ou contrôler la majorité des administrateurs, des fiduciaires ou des gestionnaires du fonds, ou encore de partager le même nom ou une variante de ce nom avec le fonds<sup>301</sup>. Cette interdiction de promotion a notamment pour objectif de limiter les conflits d'intérêts qui pourraient motiver les entités bancaires à soutenir de façon plus ou moins directe ces fonds.

**92.** Toutefois, comme pour l'activité de tenue de marché, cette interdiction n'est pas absolue car un certain nombre d'exceptions lui sont apportées. En premier lieu, cette disposition est soumise à un seuil de 3 % du *Tier I*<sup>302</sup> de l'entité bancaire en dessous duquel elle peut investir dans des fonds de couverture ou des fonds de capitaux privés. De plus, dans certains cas l'entité bancaire peut investir ou promouvoir des fonds de couverture et des fonds de capitaux privés. C'est notamment possible lorsqu'aucun droit de propriété du fonds n'est offert à la vente ni vendu à un résident des États-Unis et que l'entité bancaire n'est pas directement ou indirectement contrôlée

---

<sup>301</sup> « The term to “sponsor” a fund means - “(A) to serve as a general partner, managing member, or trustee of a fund; “(B) in any manner to select or to control (or to have employees, officers, or directors, or agents who constitute) a majority of the directors, trustees, or management of a fund; or “(C) to share with a fund, for corporate, marketing, promotional, or other purposes, the same name or a variation of the same name. » Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376, 21 juill. 2010, p. 1630.

<sup>302</sup> V. glossaire.

par une banque américaine. Une autre exception est prévue lorsque l'entité bancaire fournit des conseils en matière fiduciaire ou en matière d'investissement ; elle peut alors promouvoir ces fonds dès lors qu'elle remplit plusieurs conditions, et répond notamment à la nécessité d'agir dans l'intérêt du client. En conséquence, cette restriction des relations avec les fonds de couverture et les fonds de capitaux privés est très limitée compte tenu de la liste des exceptions qui sont prévues par le *Dodd-Frank Act* dont le champ est large ou imprécis. Il semble donc excessivement aisé de contourner l'interdiction qui est faite alors même que le risque relatif aux opérations de ces fonds nécessiterait une prohibition stricte et absolue pour les banques de dépôt. Dès lors, si l'impact de l'interdiction de la négociation pour compte propre est mitigé, celui portant sur les relations avec les fonds de couverture et les fonds de capitaux privés est quasi inexistant.

**93.** La Commission européenne souhaite mettre en place une interdiction similaire à celle du *Dodd-Frank Act* concernant les relations des banques avec des fonds spéculatifs. Ainsi, l'article 6 de la proposition de règlement dispose de l'interdiction, pour les entités entrant dans son champ d'application, d'acquérir ou de conserver des parts ou actions de fonds d'investissement alternatifs<sup>303</sup>, d'investir dans des produits dérivés ou tout autre instrument financier dont la performance est liée à des actions ou parts de fonds d'investissement alternatifs ainsi que d'investir et de détenir des parts d'entités qui exercent des activités pour compte propre ou sponsorisent des fonds d'investissement alternatifs. Cette prohibition stricte se limite à ces fonds généralement très spéculatifs. Elle n'empêche pas les banques d'investir pour les besoins de leur client (notamment dans le cadre de l'activité de tenue de marché) dans les fonds de type fermé ne recourant pas à l'effet de levier (fonds de capital-investissement par exemple) qui sont moins volatils et donc moins risqués que les fonds d'investissement alternatifs, même si une interdiction stricte aurait été préférable pour éviter tout engagement des dépôts du public.

---

<sup>303</sup> V. glossaire. : il s'agit d'une catégorie de fonds d'investissement regroupant notamment des fonds de couverture, des fonds d'investissement en capital à risque, des fonds de capitaux privés et des fonds immobiliers.

94. Le *Dodd-Frank Act* et la proposition de réglementation européenne posent donc des restrictions qui semblent de prime abord strictes et dirigées dans l'intérêt unique du client et du contribuable. Cependant, du fait des nombreuses exceptions et imprécisions, ces interdictions générales perdent de son efficacité. Ainsi, le directeur général de Bank of America a publiquement déclaré que la *Volcker Rule* ne devrait pas être trop difficile à mettre en œuvre<sup>304</sup>. Par ailleurs, le nouveau gouvernement mené par le Président Donald Trump a fait part de son intention de limiter, voire de supprimer, cette législation bancaire<sup>305</sup> pour la remplacer par une autre dont les signaux contraires envoyés en février 2017 puis en mai 2017 par le gouvernement ne nous permettent pas à ce stade de déterminer si elle devrait être plus ou moins stricte que le *Dodd-Frank Act*<sup>306</sup>. Le gouvernement français a, pour sa part, opté pour une prohibition plus ciblée et moins susceptible d'exemptions.

---

<sup>304</sup> LACAPRA L.T., « *BofA Says Volcker Rule Won't Be Too Tough* », *The Street*, 14 sept. 2010. Disponible sur : [http://www.thestreet.com/story/10860335/1/bofa-ceo-says-volcker-rule-wont-be-too-tough.html?cm\\_ven=GOOGLEFI](http://www.thestreet.com/story/10860335/1/bofa-ceo-says-volcker-rule-wont-be-too-tough.html?cm_ven=GOOGLEFI).

<sup>305</sup> Notamment : RAPPEPORT A., « *House Republicans Move to Gut Bank Regulations* », *The New York Times*, 5 mai 2017. Disponible sur : <https://www.nytimes.com/2017/05/05/us/politics/dodd-frank-finance-banking-regulations.html>.

<sup>306</sup> D'une part : Rédaction Les Échos, « *Trump réitère sa menace de démanteler les grandes banques* », *Les Échos*, 1<sup>er</sup> mai 2017. Disponible sur : [https://www.lesechos.fr/01/05/2017/lesechos.fr/0212028901447\\_trump-reitere-sa-menace-de-demanteler-les-grandes-banques.htm](https://www.lesechos.fr/01/05/2017/lesechos.fr/0212028901447_trump-reitere-sa-menace-de-demanteler-les-grandes-banques.htm). D'autre part : DUGUA P.-Y., « *Donald Trump lance sa réforme pour soulager les banques* », *Le Figaro Economie*, 3 févr. 2017. Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/societes/2017/02/03/20005-20170203ARTFIG00301-donald-trump-lance-sa-re-forme-pour-soulager-les-banques.php>.

## **Section 2 – La prohibition spécifique de certains investissements spéculatifs aux banques de dépôt en France**

**95.** La loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>307</sup> a pour objectif de remettre la finance au service de l'économie réelle par l'introduction d'une séparation stricte entre les activités utiles au financement de l'économie et les activités que la banque réalise sur les marchés financiers pour son compte propre, ainsi que par le renforcement de la supervision des activités de marché des banques<sup>308</sup>. Le projet de loi a été présenté le 19 décembre 2012 à l'Assemblée nationale par Pierre Moscovici, ministre de l'Économie et des Finances, puis adopté le 26 juillet 2013. Les dispositions de la loi ont été intégrées au Code monétaire et financier. Désormais, le nouvel article L. 511-48 II du Code monétaire et financier prévoit la prohibition de deux types spécifiques d'investissements spéculatifs : l'interdiction pour les banques et leurs filiales de réaliser des opérations de négoce à haute fréquence (§1), d'une part, et de réaliser des opérations sur instruments financiers à terme dont l'élément sous-jacent est une matière première agricole (§2), d'autre part. C'est donc une intervention extrêmement ciblée qu'a choisie le législateur français.

Cette double prohibition s'applique « aux filiales mentionnées au I » de l'article L. 511-48 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire aux « filiales dédiées à la réalisation des activités mentionnées au I de l'article L. 511-47 [qui] sont agréées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution comme entreprises d'investissements ». Il en résulte que les interdictions précitées sont destinées à s'appliquer à la filiale cantonnée<sup>309</sup>, déterminée par la nouvelle réglementation française comme étant celle qui exerce une activité de banque d'affaires. Aussi, de prime abord, il semble que les activités de *trading* à haute fréquence et de passage d'ordre sur des instruments financiers à terme dont l'élément sous-jacent est une

---

<sup>307</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

<sup>308</sup> Ministère de l'Économie et des Finances, Dossier de presse sur le projet de L. de séparation et de régulation des activités bancaires, 19 déc. 2012, p. 9.

<sup>309</sup> V. *infra*, n° 110 et s.

matière première agricole soient autorisées aux les banques de dépôt, ce qui serait totalement illogique à la vue des risques, voire des dangers, liés à ces activités. Cependant, si l'interdiction de réaliser ces activités pour les banques de dépôt n'est pas indiquée clairement par l'article L. 511-47 II, elle résulte sans équivoque de la répartition des domaines de compétence dans le cadre de la séparation entre l'activité de banque de dépôt et l'activité de banque d'affaires<sup>310</sup>. *In fine*, bien qu'elles ne soient pas visées par l'article précité, les banques de dépôt n'ont pas l'autorisation d'effectuer des activités de *trading* à haute fréquence ni de passage d'ordre sur des instruments financiers à terme dont l'élément sous-jacent est une matière première agricole.

### **§1. L'interdiction du trading à haute fréquence**

96. L'Autorité européenne des marchés financiers a défini le *trading* à haute fréquence comme étant une « activité de *trading* utilisant une technologie algorithmique sophistiquée pour interpréter les données de marché et, en réponse, mettre en œuvre des stratégies de *trading* résultant généralement en l'émission d'ordres à très haute fréquence et leur transmission en des temps de latence extrêmement réduits. Ces stratégies consistent le plus souvent en une quasi-tenu de marché qui serait non contractuelle ou en arbitrage à très court terme. Elles impliquent une négociation essentiellement pour compte propre (et non pour un client) et un dénouement des positions à la fin de chaque séance »<sup>311</sup>. C'est une activité de marché automatisée par des algorithmes informatiques qui combinent l'extraction de l'information de marché, son analyse et le passage d'ordres à une fréquence très élevée. Ce type de *trading* profite des petites anomalies de cours pour générer une faible plus-value (pouvant être de l'ordre de quelques centimes). Ainsi, pour être rentable, cette technique doit être pratiquée sur un nombre très important de

---

<sup>310</sup> V. *infra*, n° 122 et s.

<sup>311</sup> « *Trading activities that employ sophisticated, algorithmic technologies to interpret signals from the market and, in response, implement trading strategies that generally involve the high frequency generation of orders and a low latency transmission of these orders to the market. Related trading strategies mostly consist of either quasi market making or arbitraging within very short time horizons. They usually involve the execution of trades on own account (rather than for a client) and positions usually being closed out at the end of the day.* » European Securities and Markets Authority, Consultation paper: Guidelines on systems and controls in a highly automated trading environment for trading platforms, investments firms and competent authorities, ESMA/2011/224, 20 juill. 2011, p. 10.

transactions. Jusqu'à plusieurs milliers d'ordres par seconde peuvent être passés, l'efficacité de ce *trading* automatisé dépendant de la rapidité de réalisation de l'algorithme. Avec les évolutions technologiques vers des outils et composants informatiques de plus en plus efficaces, il faut s'attendre à ce que le passage des ordres boursiers dans le cadre du *trading* à haute fréquence s'accélère de façon exponentielle.

**97.** Le *trading* à haute fréquence est une activité est très risquée pour les marchés financiers et ses acteurs compte tenu des importantes variations des cours des valeurs mobilières qu'elle peut provoquer. En effet, la combinaison du grand nombre de titres en jeu assortie à la quasi-immédiateté d'exécution constituent un cocktail explosif créateur de bulles spéculatives instantanées. Ainsi, par ses caractéristiques mêmes, le *trading* à haute fréquence peut générer une très forte volatilité sur les marchés financiers pouvant causer des pertes substantielles pour l'ensemble des acteurs de ce marché en un très court laps de temps. À la différence des activités « classiques » d'achat revente sur les marchés, le *trading* à haute fréquence s'avère donc systématiquement excessivement dangereux pour la stabilité des marchés financiers. Cette activité constitue également un risque conséquent pour l'opérateur qui la réalise. En effet, sans même avoir un considérer l'impact d'une mauvaise décision dans les choix spéculatifs, un simple « bug » informatique peut mener à la faillite directe de l'opérateur en quelques instants. Ainsi, en août 2012, la société Knight Capital a évité de peu l'état de cessation des paiements à la suite d'un problème technique lors de l'installation d'un nouvel algorithme de passage d'ordres<sup>312</sup>. Cette défaillance de l'algorithme a généré le passage de 4 millions d'ordres en 28 minutes, correspondant notamment à des positions de 3,5 milliards de dollars sur 80 actions et 3,15 milliards de dollars sur 73 actions. La société s'est ainsi retrouvée à devoir revendre 7 milliards de positions en action<sup>313</sup>. Ce risque fort de faillite traduit la nécessité d'interdire cette activité aux banques d'affaires filiales d'une banque de dépôt et entrant dans le champ

---

<sup>312</sup> TONNELIER A., « Les déboires de Knight Capital, spécialiste du *trading* haute fréquence », *Le Monde*, 7 août 2012. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/08/07/les-deboires-de-knight-capital-specialiste-du-trading-haute-frequence\\_1743230\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/08/07/les-deboires-de-knight-capital-specialiste-du-trading-haute-frequence_1743230_3234.html).

<sup>313</sup> Bourse Investissements, « Comment Knight Capital a perdu 440 millions en 1 journée », *Bourse Investissements*, 19 janv. 2017. Disponible sur : <http://www.bourse-investissements.fr/comment-knight-capital-a-perdu-440-millions-en-1-journee/>.

d'application de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires française<sup>314</sup>. En effet, compte tenu des liens capitalistiques directs et étroits entre la banque de dépôt et la banque d'affaires, les pertes sont susceptibles de remonter très rapidement, par les flux de trésorerie et éventuellement par la perte de l'apport en capital dans la banque d'affaires. Dès lors, la défaillance brutale que peut entraîner l'activité de *trading* à haute fréquence exercée par la banque d'affaires pourrait impacter considérablement la stabilité de la banque de dépôt. Malgré les risques avérés de l'activité de *trading* à haute fréquence, celle-ci représentait plus de 60 % des ordres passés à la bourse de Paris en 2011<sup>315</sup>.

**98.** Compte tenu du nombre d'ordres échangés en un très court laps de temps, le *trading* à haute fréquence peut donc permettre de faire fortement varier à la hausse ou à la baisse les cours des indices boursiers, faussant alors l'appréciation que se font les opérateurs sur la valeur de marché d'une société. Ainsi, de ce fait, cette activité fait partie des rares<sup>316</sup> pour lesquelles le délit de manipulation des cours de l'ancienne réglementation semblait pouvoir être caractérisé.

Selon un auteur, il existe trois types d'actions qui découlent de la pratique du *trading* à haute fréquence et qui sont susceptibles d'être réprimées par le délit de manipulation des cours<sup>317</sup> : le *spoofing* (stratégie qui consiste à émettre un ou plusieurs ordres – d'achat ou de vente lorsque le cours atteint un certain montant par exemple – en sens contraire à ses intérêts réels pour inciter d'autres opérateurs à faire de même, puis à annuler ses ordres au moment où ils devraient être exécutés)<sup>318</sup>, le *momentum ignition* (envoyer un grand nombre d'ordres au marché dans un seul sens pour inciter d'autres opérateurs à faire de même et créer une bulle spéculative)<sup>319</sup> et la stratégie de *order anticipation* (analyser les comportements sur un marché afin de deviner les

---

<sup>314</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

<sup>315</sup> Ministère de l'Économie et des Finances, *op. cit.*, p. 9.

<sup>316</sup> V. *infra*, n° 98 : avec la nouvelle réglementation, les situations susceptibles d'entrer dans le cadre du délit de manipulation de cours semblent être multipliées compte tenu de son large champ d'application.

<sup>317</sup> DANIEL S., « *Trading* haute fréquence et manipulation de cours », *RTDF*, n° 3, sept. 2012, p.55 et s.

<sup>318</sup> V. glossaire.

<sup>319</sup> V. glossaire.



stratégies des autres opérateurs et les devancer en passant des ordres d'achat ou de vente avant que les cours ne varient)<sup>320</sup>. Ces techniques ont pour objectif de créer artificiellement des tendances en profitant de la rapidité et du volume traité par le *trading* à haute fréquence pour prendre ensuite la position inverse afin d'en tirer des gains substantiels au détriment des opérateurs floués par la fausse tendance. Dans tous les cas, l'utilisation de ces méthodes vient berner le marché et les opérateurs, et peut avoir des conséquences dévastatrices pour les sociétés dont les titres victimes du *trading* à haute fréquence peuvent s'effondrer en quelques instants.

**99.** À la suite, d'une part, de la censure par le Conseil constitutionnel des dispositions du code monétaire et financier qui la prévoyait<sup>321</sup> et, d'autre part, de l'entrée en vigueur le 3 juillet 2016 de la nouvelle réglementation européenne relative aux abus de marché dite « paquet MAD-MAR »<sup>322</sup>, l'infraction de manipulation des cours a fait l'objet d'une évolution législative substantielle en juin 2016<sup>323</sup>, venant considérablement élargir son champ d'application et renforcer ses sanctions.

Anciennement réprimé par l'article L. 465-2, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code monétaire et financier<sup>324</sup>, le délit de manipulation de cours était composé de

---

<sup>320</sup> V. glossaire.

<sup>321</sup> Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et n° 2015-462 QPC : Dr. sociétés 2015, n° 94, note TORCK S. ; Dr. sociétés 2015, n° 99, note SALOMON R. ; Bull. Joly Bourse 2015, § 112j3, p. 2014, note BONNEAU Th. ; JCP G 2015, 368, note SUDRE F. ; Banque et droit 2015, n° 160, p. 35, note ROUAUD A.-C. ; RLDA 2015, n° 105, note STASIAK F. ; Bull. Joly Sociétés 2015, §113r4, p. 273, note GAUDEMET A. ; Dr. pén. 2015, com. 79, note PELTIER V. ; RD bancaire et fin. 2015, comm. 63, note PAILLER P. : Se fondant sur le principe de la nécessité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel juge contraire à la Constitution le cumul des poursuites administratives et pénales prévues respectivement par les articles L. 621-15 et L. 465-1 du C. mon. fin. dès lors leurs sanctions ne peuvent être regardées comme de nature différente en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction.

<sup>322</sup> Dir. 2014/57/UE du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, *JOUE n° L 174 du 12 juin 2014* ; Règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil sur les abus de marché, abrogeant la Dir. 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les Dir. 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE n° L 174 du 12 juin 2014*. Pour une analyse approfondie de la nouvelle réglementation européenne : RD bancaire et fin., n° 5, Septembre 2014, n° 186, obs. BONNEAU Th. et n° 5, Septembre 2016, n° 219, obs. BONNEAU Th. ; CONAC P.-H., « Le nouveau cadre européen de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, févr. 2016, p. 71.

<sup>323</sup> L. n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, *JORF n° 0144 du 22 juin 2016*.

<sup>324</sup> Ancien art. L. 465-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du C. mon. fin. : « Est puni des peines prévues au premier alinéa de l'art. L. 465-1 le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne

l'association d'un élément matériel et d'un élément moral, qui nécessitait de rapporter la preuve de l'intention. Cette infraction était constituée par « une manœuvre [ou tentative de manœuvre] ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché règlementé ou d'un système multilatéral de négociation en induisant autrui en erreur ». Cette notion de manœuvre et l'intention qui lui était rattachée ont disparu de la nouvelle infraction de manipulation de cours, qui prévoit désormais, à l'article L. 465-3-1.-I.-A du Code monétaire et financier, qu'est réprimée la réalisation d'une opération ou le passage d'un ordre (ou leur tentative) ou l'adoption d'un comportement qui donne ou est susceptible de donner des indications trompeuses sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixe ou est susceptible de fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un instrument financier.

Cette nouvelle qualification de l'infraction met donc l'accent sur l'impact des actions et du comportement en causes sur le cours de bourse et ne fait plus référence au fait d'induire les tiers en erreur<sup>325</sup>. En conséquence, le nouvel article exonère le juge de la démonstration de manœuvres qui auraient, d'une part, pour objectif spécifique de fausser les cours d'un marché et, d'autre part, induiraient autrui en erreur. Désormais tout agissement, ou même un simple comportement, qui aurait pour effet (et non nécessairement pour objet) de donner ou d'être susceptible de donner des indications trompeuses sur un instrument financier ou de générer ou d'être susceptible de générer un niveau anormal ou artificiel de cours entre dans les prescriptions de l'infraction de manipulation de cours. Ainsi, si la preuve d'une action (ou, désormais, d'un comportement) doit, évidemment, toujours être rapportée, l'élément intentionnel est totalement exclu de la nouvelle version de l'infraction. Or, rapporter la preuve de l'intention dans le cadre du *trading* à haute fréquence a toujours été un obstacle pour les juges compte tenu de l'automatisme des algorithmes utilisés. Pour cela, il conviendrait en effet de prouver que l'algorithme – constitué de données confidentielles, fortement techniques et difficilement lisibles – a été programmé de telle façon qu'il était destiné à provoquer des manipulations de cours. C'est sans doute la difficulté insurmontable de l'apport de cette preuve qui est à l'origine de l'absence de condamnation pénale à ce jour sur ce fondement. Dès lors, que cet élément

---

interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché règlementé ou d'un système multilatéral de négociation en induisant autrui en erreur. »

<sup>325</sup> Rev. sociétés, 2016, comm. 147, note VABRES R.

intentionnel n'est plus requis, nous pouvons nous attendre à une augmentation du nombre de poursuites et de condamnation au titre de l'infraction de manipulation de cours. Par ailleurs, l'élément matériel de l'infraction a été assoupli puisque désormais un simple comportement (non qualifiable de manœuvre donc) suffit pour être condamné. En conséquence, sur la base de ce nouvel article, il est juridiquement possible de sanctionner un opérateur qui a adopté, sans intention, un comportement qui est susceptible de donner des indications trompeuses sur un cours. Ces nouveaux critères de qualification de l'infraction peuvent ainsi être extrêmement étendus et sévères pour les opérateurs.

Il est donc à espérer que les juges en feront une application raisonnée, encadrant notamment les interprétations de la notion de comportement (peut-il s'agir de simples mensonges, ce qui avait été exclus sous l'ancienne réglementation<sup>326</sup>, ou même juste d'un commentaire – mensonger ou non – sur les réseaux sociaux ?<sup>327</sup>) et ce qui doit être entendu comme étant « susceptible de » donner des indications trompeuses et « susceptible de » fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un instrument financier. Cet encadrement par le juge est particulièrement nécessaire au regard du *quantum* des sanctions réprimant, le délit de manipulation de cours, qui peut monter, de façon conséquente, jusqu'à cent millions d'euros d'amende (contre 1,5 million d'euros auparavant), assortie d'un plancher minimum correspondant à l'avantage retiré du délit ; ainsi que deux ans d'emprisonnement.

**100.** Compte tenu de l'amoralité résultant de certaines techniques de *trading* à haute fréquence, des sanctions pénales et financières qui peuvent en résulter en cas de caractérisation du délit de manipulation de cours (ayant un impact direct sur la réputation et sur les actifs de la société condamnée) et des risques que prennent les opérateurs qui pratiquent le *trading* à haute fréquence<sup>328</sup>, le législateur français a décidé d'interdire cette activité très risquée aux banques d'affaires dans le cadre de sa

---

<sup>326</sup> Cass. crim., 28 sept. 2016, n° 14-88.533 : RD pénal, 2016, comm. 159, note ROBERT J.-H. ; RD bancaire et fin., 2016, comm. 260, note PAILLER P. ; Rev. sociétés, 2016, comm. 199, note SALOMON R.

<sup>327</sup> Sur l'impact des réseaux sociaux sur les cours de bourse, notamment : Café de la Bourse, « Bourse et réseaux sociaux : un binôme qui ira loin », *Cafedelabourse.com*, 13 févr. 2017. Disponible sur : <https://www.cafedelabourse.com/archive/article/bourse-reseaux-sociaux>

<sup>328</sup> V. *supra*, n° 0.

réforme du système bancaire. Ainsi, l'article L. 511-48 II 1° du Code monétaire et financier prévoit désormais que les banques ne peuvent réaliser « les opérations de négoce à haute fréquence taxables au titre de l'article 235 *ter* ZD *bis* du Code général des impôts. » Cette interdiction, qui constitue une évidence au regard de l'instabilité déraisonnable générée par l'activité de *trading* à haute fréquence, apparaît comme limpide et difficilement évitable de prime abord ; pourtant le renvoi à l'article 235 *ter* ZD *bis* du Code général des impôts, relatif à la taxation sur les ordres annulés dans le cadre d'opérations à haute fréquence, la limite considérablement compte tenu de la quantité d'opérations qui y sont considérées comme non taxables, et donc hors du champ de l'interdiction.

**101.** En effet, l'article 235 *ter* ZD *bis* du Code général des impôts dispose d'une taxe sur les transactions financières qui vise « les opérations à haute fréquence portant sur des titres de capital [...] réalisées pour compte propre par l'intermédiaire de dispositifs de traitement automatisé. » Ainsi, seul le *trading* à haute fréquence pour compte propre (taxable par l'article 235 *ter* ZD *bis* et donc prohibé par la nouvelle réglementation bancaire) est interdit aux banques. Celles-ci peuvent continuer à réaliser ce type d'opération pour le compte de tiers, et donc notamment dans le cadre de leurs activités de teneur de marché où pourtant elles engagent leur propre responsabilité financière. L'exception relative aux activités de teneur de marché est, par ailleurs, explicitement posée par l'article 235 *ter* ZD *bis* III du Code général des impôts (« Les entreprises mentionnées au I ne sont pas redevables de la taxe au titre des activités de tenue de marché... »). Il y a là une restriction importante du champ d'application de la loi car non seulement il est aisé de dissimuler des opérations de *trading* à haute fréquence pour compte propre lors de la réalisation d'opérations de tenue de marché<sup>329</sup>, mais surtout la réalisation d'opérations de *trading* à haute fréquence pour compte de tiers dans le cadre d'une activité de teneur de marché implique nécessairement de mettre autant en danger la stabilité financière de la banque qui les réalise que si cette activité avait été réalisée pour compte propre<sup>330</sup>. Or, compte tenu de l'impact dévastateur que peut avoir, en dans un très court laps de temps, le

---

<sup>329</sup> V. *supra*, n° 0.

<sup>330</sup> *Idem*.

*trading* à haute fréquence, cette activité devrait être totalement prohibée aux banques d'affaires sans qu'aucune exception ne soit acceptée. Ainsi, par cette exception, le législateur français prend le risque de voir une banque d'affaires, pouvant avoir des liens capitalistiques avec une banque de dépôt, faire faillite en quelques heures, comme ce fut illustré par le crash de la société Knight Capital<sup>331</sup>.

**102.** Également, l'article 235 *ter* ZD *bis* du Code général des impôts dispose que constitue une opération de *trading* à haute fréquence, qui est donc taxable et interdite aux banques d'affaires par l'article L. 511-49 du Code monétaire et financier, « le fait d'adresser à titre habituel des ordres en ayant recours à un dispositif de traitement automatisé de ces ordres caractérisé par l'envoi, la modification ou l'annulation d'ordres successifs sur un titre donné séparés d'un délai inférieur à un seuil fixé par décret. » [soulignement ajouté] Un décret du 6 août 2012 a fixé ce seuil à une demi-seconde<sup>332</sup>. Le dépassement de ce seuil s'apprécie au regard d'une durée médiane, calculée sur le mois qui précède les opérations taxées<sup>333</sup>. En conséquence, ne constituent pas des opérations de *trading* à haute fréquence telles que définies par l'article 235 *ter* ZD *bis* du Code général des impôts les opérations de *trading* automatisé séparées d'un délai de plus d'une demi-seconde. Ces opérations plus « lentes » sont donc hors du champ d'application de l'article précité, ne sont donc pas taxées au titre dudit article, et sont ainsi autorisées aux banques d'affaires.

En plus de cette limitation liée au champ d'application de l'article 235 *ter* ZD *bis*, une exonération de la taxe est prévue sous un certain seuil. Le IV de cet article fixe les opérations, entant dans le champ d'application, qui sont taxables. Sont ainsi définies comme taxables, et donc interdites aux banques d'affaires, les ordres dont « le taux d'annulation ou de modification des ordres relatifs à des opérations à haute fréquence [...] excède un seuil, défini par décret, sur une journée de bourse. » Ce seuil est fixé par le décret précité à 80 % des ordres transmis<sup>334</sup>. En premier lieu, cette taxe ne s'applique qu'aux ordres d'annulation ou de modification, sont donc autorisées sans

---

<sup>331</sup> V. *supra*, n° 0.

<sup>332</sup> Décret n° 2012-957 du 6 août 2012 relatif à la taxe sur les opérations à haute fréquence sur titre de capital, *JORF* n° 0182 du 7 août 2012.

<sup>333</sup> BOI-TCA-FIN-20-20150204, n° 20.

<sup>334</sup> Décret n° 2012-957 du 6 août 2012, *op. cit.*

limite aux banques d'affaires toutes opérations qui ne constituent ni une annulation ni une modification. En second lieu, parmi les ordres d'annulation ou de modification, sont uniquement taxées, et donc interdites aux banques d'affaires, ceux dont le taux d'annulation ou de modification excède 80 % des ordres transmis sur une journée de bourse.

À titre d'exemple, au cours d'une journée de bourse, un service de négociation a réalisé sur un titre des instructions de transmission correspondant à des ordres initiaux d'acquisition ou de vente de 40 000 titres, des instructions de modification correspondant à des ordres d'acquisition ou de vente de 200 titres et des instructions d'annulation d'ordres d'acquisition ou de vente de 35 000 titres. Le taux d'annulation et de modification se calcule de la manière suivante :

$$(200 + 35\,000) / (200 + 40\,000) \times 100 = 87,56\%^{335}.$$

Dans ce cas, le taux étant supérieur au seuil de 80 %, les ordres annulés ou modifiés sont taxables et n'auraient donc pas dû être passés par une banque d'affaires. À l'inverse, si les instructions d'annulation avaient été de 31 500 titres, soit 3 500 titres de moins, le taux d'annulation et de modification aurait été de 78,85 %, et donc ces opérations auraient été autorisées à une banque d'affaires.

En conséquence, ne seront assujetties à l'interdiction que les opérations, réalisées pour compte propre, annulant ou modifiant les ordres passés dans un délai de moins d'une demi-seconde lorsqu'elles sont supérieures à 80 % des ordres passés dans une même journée. Dès lors, toutes les opérations réalisées pour compte de tiers, ou dans un délai de plus d'une demi-seconde, ainsi que toutes celles ne portant pas sur des ordres d'annulation ou de modification sont autorisées aux banques d'affaires. De plus, sont également autorisées les opérations portant sur des ordres d'annulation et de modification effectués en moins d'une demi-seconde à condition que ces ordres représentent moins de 80 % de ceux transmis sur la journée de bourse par la banque. Dans toutes ces situations, la banque d'affaires est autorisée à exécuter des opérations de *trading* à haute fréquence, même pour compte propre.

---

<sup>335</sup> Exemple extrait de la doctrine administrative (BOI-TCA-FIN-20-20150204, n° 120).

**103.** Finalement, le renvoi à l'article 235 *ter* ZD *bis* du Code général des impôts vient considérablement limiter, voire rendre entièrement inapplicable, l'interdiction du *trading* à haute fréquence qui apparaissait comme totalement absolue pour les banques d'affaires de prime abord. Pourtant, la grande dangerosité des opérations de *trading* à haute fréquence devrait entraîner une interdiction totale et sans aucune exception pour les banques d'affaires compte tenu des liens capitalistiques forts qu'elles peuvent avoir avec les banques de dépôt. Ainsi, autoriser cette activité à une banque d'affaires liée à une banque de dépôt c'est prendre le risque de voir cette dernière devoir supporter des pertes conséquentes relatives aux flux de trésorerie et à la perte de son apport en capital. Il est à noter que cette activité n'est pas non plus strictement interdite aux banques d'affaires ni aux banques de dépôt dans le cadre des autres réglementations envisagées dans la présente étude, la seule restriction y étant faite étant relative à l'interdiction faite aux banques de dépôt de réaliser des activités pour compte propre. L'autre interdiction posée par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires française porte sur les instruments financiers à terme dont le sous-jacent est une matière première agricole ; il s'agit d'une activité extrêmement ciblée.

## ***§2. L'interdiction des opérations sur les instruments financiers à terme ayant pour sous-jacent une matière première agricole***

**104.** À l'origine, les opérations sur instruments financiers à terme ayant pour élément sous-jacent une matière première agricole devaient permettre aux opérateurs sur le marché de couvrir le risque de variation de prix. Désormais, plus de deux tiers de ces transactions sont spéculatives<sup>336</sup>. Il existe, selon l'association internationale sans but lucratif Finance Watch, trois types de spéculation sur les matières premières agricoles : la spéculation pure, la prise de position sur le marché de matières premières agricoles en vue de se porter contrepartie d'une transaction de couverture réalisée par un professionnel de l'agriculture ou de l'agroalimentaire et la fabrication et la vente à une clientèle financière de produits de spéculation sur les matières premières

---

<sup>336</sup> JORION P., « Spéculation sur les matières premières : Sarkozy a-t-il raison ? », *Blog de Paul Jorion*, 25 janv. 2011. Disponible sur : <http://www.pauljorion.com/blog/?p=20806>.

agricoles<sup>337</sup>. La spéculation pure sur les matières premières agricoles est très peu utilisée en France ; il s'agit d'un « pari sur une tendance du marché d'un produit agricole pour le seul compte de la banque »<sup>338</sup>. La prise de position en vue de se porter contrepartie d'une transaction de couverture réalisée par un professionnel de l'agriculture ou de l'agroalimentaire permet de couvrir un risque économique réel supporté par le professionnel, tel que le risque de production lié aux conditions climatiques. Enfin, la fabrication et la vente à une clientèle financière de produits de spéculation sur les matières premières agricoles consistent à spéculer sur les produits agricoles pour compte de tiers.

**105.** La réglementation de la spéculation sur les matières premières agricoles est une nécessité car ces pratiques affectent directement des biens vitaux pour l'être humain. Le législateur ne peut donc pas laisser une spéculation excessive faire varier le coût des matières premières agricoles selon des considérations purement financières. C'est sans doute la raison pour laquelle il a réglementé ces instruments financiers dans le cadre de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>339</sup>. Ainsi, le nouvel article L. 511-48 II 2° du Code monétaire et financier dispose d'une interdiction de spéculer sur les matières premières agricoles. À la première lecture, cet article semble poser une interdiction générale à toute banque de réaliser des opérations sur instruments financiers à terme dont l'élément sous-jacent est une matière première agricole. Pourtant, il s'avère que seule la spéculation pure est interdite. En effet, cet article impose la prohibition aux « filiales mentionnées au I ». Or il s'agit des filiales non cantonnées<sup>340</sup>, qui sont celles qui regroupent les activités qui ne sont pas considérées comme utiles au financement de l'économie (i.e. celles qui exercent les activités de banque d'affaires). En conséquence, les banques de dépôt peuvent réaliser des opérations de spéculation sur les matières premières agricoles dans la limite de

---

<sup>337</sup> Finance Watch, Analyse du projet remis par le gouvernement français et propositions d'amendements, janv. 2013, p. 16 et s.

<sup>338</sup> Idem.

<sup>339</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

<sup>340</sup> V. *infra*, n° 110 et s.



leurs compétences telles que prévues par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires, et excluant donc la spéculation pure.

**106.** Plus précisément, les prises de position en vue de se porter contrepartie d'une transaction de couverture réalisée par un professionnel de l'agriculture ou de l'agroalimentaire répondent à une nécessité pour le professionnel et sont ainsi légitimement autorisées pour les banques non cantonnées.

Pour ce qui est de la fabrication et la vente à une clientèle financière de produits de spéculation sur les matières premières agricoles, elles peuvent donc être réalisées par une banque non cantonnée (i.e. une banque de dépôt) compte tenu de la dérogation qui existe pour les activités de teneur de marché qui sont considérées comme utiles au financement de l'économie<sup>341</sup>. Cette autorisation est très contestable car non seulement la fabrication et la vente de ces produits à une clientèle représentent la majeure partie de la spéculation sur les matières premières agricoles,<sup>342</sup> mais en plus, une fois encore, il est facile pour une banque de contourner cette interdiction de spéculation pour compte propre par son activité de teneur de marché<sup>343</sup>. Pourtant, la nature même du sous-jacent, pourtant sur des biens vitaux pour l'humanité, devrait inciter à la plus grande des prudences en mettant en place une restriction sans exception acceptant seulement les transactions de couverture réalisée par un professionnel de l'agriculture ou de l'agroalimentaire.

**107.** Aux États-Unis comme en France, les gouvernements ont décidé d'interdire certaines activités permettant une spéculation excessive. Cependant, cette prohibition n'est pas aussi stricte que ce qu'elle semblait l'être au premier abord. Nous ne pouvons que déplorer le manque d'ambition des législateurs qui laisse une impression d'inachevé, d'autant plus au regard des dangers auxquels s'exposent les banques réalisant des activités de *trading* à haute fréquence ainsi que de l'ambivalence et des risques de leur activité de tenue de marché. Si la législation américaine s'est limitée à

---

<sup>341</sup> V. *infra*, n° 129 et s.

<sup>342</sup> Finance Watch, *op. cit.*

<sup>343</sup> V. *supra*, n° 0.

de telles mesures de prohibition en demi-teinte, en France le gouvernement a décidé de les compléter par la séparation des activités de marché et des activités utiles à l'économie par le biais du mécanisme de la filialisation. C'est également cette mesure qui a été privilégiée au Royaume-Uni, en Allemagne et par la proposition de règlement européen.



## Chapitre 2 – La filialisation des activités bancaires

**108.** La banque universelle regroupe les activités des deux types de banques spécialisées, à savoir la banque de dépôt et la banque d'affaires<sup>344</sup>. Avec le développement de la finance mondialisée et l'expansion du modèle de banque universelle, les activités de banque de dépôt et de banque d'affaires se sont révélées de plus en plus interconnectées, chacune s'appuyant sur l'autre pour réaliser certaines opérations. Néanmoins, elles demeurent distinctes car l'objectif qu'elles poursuivent est différent. Alors que la banque d'affaires est guidée par une idée de rentabilité maximum, la banque de dépôt a une utilité particulière pour l'économie réelle et a, à ce titre, une mission d'intérêt public. Cette dernière a pour objet principal la réception des dépôts du public et le financement des particuliers et des petites et moyennes entreprises. C'est sur cette distinction entre banque de dépôt et banque d'affaires que reposent les lois française, anglaise et allemande, ainsi que la proposition de règlement européen qui fait suite à la publication du rapport dit « Liikanen » pour réglementer les banques. En effet, la crise de 2007 a dévoilé que les risques pris dans les activités de banque d'affaires pouvaient se transférer aux activités de banque de dépôt et, par ce biais, à l'économie réelle<sup>345</sup>. Les législateurs ont donc choisi d'y remédier en énonçant qu'ils allaient établir une séparation stricte entre ces deux activités, empêchant tout transfert des risques dû au modèle de banque universelle.

**109.** Les lois française, anglaise et allemande ainsi que la proposition de règlement européen ont privilégié, pour séparer les activités de banque de dépôt et de banque d'affaires, le recours à la filialisation. Ainsi, la banque de dépôt et la banque d'affaires sont légalement séparées, mais peuvent toutefois exercer leurs activités respectives au sein d'un même groupe bancaire. Ainsi, le modèle de banque universelle n'est dénoncé que partiellement, sans tenir compte des transferts de risques liés aux relations

---

<sup>344</sup> V. *supra*, n° 20 et s.

<sup>345</sup> V. *supra*, n° 52 et s.

capitalistiques<sup>346</sup>. Le choix de la filialisation plutôt qu'une séparation stricte comme celle imposée par le *Glass-Steagall Act* a été argumenté en indiquant que la législation de 1933 ne permettait pas aux banques de dépôt d'assurer l'ensemble des services réclamés par leurs clients car elle les empêchait de se diversifier. Le manque de diversification rendrait aussi les banques plus vulnérables aux modifications de l'économie. Par la filialisation, ces projets conserveraient les avantages de la banque universelle tout en limitant ses inconvénients, particulièrement les liens capitalistiques directs générateurs de transmission des risques et des pertes. Cette analyse est en partie contestable, mais est celle retenue par les États précités. Bien que les législations s'accordent quant à la nécessité de séparer les activités bancaires, elles sont parfois distinctes quant à la mise en œuvre de la scission (SECTION 1) et au contenu des activités séparées (SECTION 2).

---

<sup>346</sup> V. *supra*, n° 20 et s.

## Section 1 – Les techniques de filialisation

**110.** Les quatre réformes mettent en avant la nécessité de protéger les activités principales d'une banque de dépôt car elles sont « utiles », « vitales », ou encore « fondamentales » à l'économie<sup>347</sup>. Pour déterminer la dimension de ces activités, les besoins du client sont placés au centre des nouvelles réglementations. C'est également sur la base de ce critère d'intérêt du client que les interdictions du *Dodd-Frank Act* ont été élaborées<sup>348</sup>. Ainsi, l'ambition du groupe d'experts de haut niveau sur la réforme structurelle du secteur bancaire de l'Union européenne a été d'établir « un système bancaire sécurisé, stable et efficace pour servir les besoins des citoyens »<sup>349</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de ces lois, les banques ont dû scinder leurs activités et filialiser une de leurs branches d'activité. Si ces filialisations s'avèrent structurellement strictes (§2), elles se heurtent à un champ d'application relativement restreint, pouvant générer des distorsions de concurrence (§1). En outre, avec le recul des années, nous avons pu constater que le choix d'une filialisation non d'une séparation totale et stricte telle que mise en place par le *Glass-Steagall Act* a considérablement limité l'impact de ces réformes, n'étant finalement que peu contraignantes pour les banques universelles qui existaient lors de leur entrée en vigueur.

### *§ 1 : Des réglementations soumises à un champ d'application limité*

**111.** Les rédacteurs des réformes mises en place ont eu pour objectif de cibler les banques à risque systémique afin d'éviter les faillites en cascade et les recours à la garantie implicite des États en cas de défaillance, pouvant notamment résulter d'une attitude irresponsable de ces banques dans la conduite de leurs opérations sur les

---

<sup>347</sup> Termes employés respectivement lors de l'élaboration de la L. française, dans le rapport dit « Liikanen » et lors de l'élaboration de la L. anglaise.

<sup>348</sup> V. *supra*, n° 77 et s.

<sup>349</sup> « ...establishing a safe, stable and efficient banking system serving the needs of citizens... » High-level Group on Financial Supervision in the EU, Report, Belgique, 25 févr. 2009, p. 99.

marchés financiers<sup>350</sup>. Ce but est clairement indiqué dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement européen : « Étant donné que le principal objectif de la présente proposition est de traiter des risques systémiques qui subsistent dans le système financier de l'Union, élargir les mesures qu'elle prévoit à tous les établissements de crédit serait disproportionné. »<sup>351</sup> Les mesures imposées par ces lois ont donc un champ d'application personnel restreint, puisqu'elles ne concernent pas toutes les banques universelles, mais uniquement celles à dimension systémique.

Pourtant, l'objectif affiché de ces réformes est de limiter le recours à la garantie implicite des États. Or, il serait abusif et restrictif de penser que seules les banques systémiques enclenchent le recours à la garantie implicite des États en cas de difficulté, et donc que ce sont les seules dont les activités doivent être réglementées. En effet, les banques universelles même plus modestes reçoivent des dépôts du public dans le cadre de leur activité de banque de dépôt. Or, c'est cette activité qui est la plus susceptible de bénéficier du soutien des États, afin de garantir les dépôts et d'éviter les révoltes qui pourraient subvenir en cas de risque ou de perte avérée portant sur l'épargne des particuliers. C'est ce qui a par ailleurs pu être constaté *a contrario* avec l'inaction du gouvernement américain face à la faillite de Lehman Brothers, banque d'affaires pourtant systémique, lors de la crise de 2007 : celle-ci ne recevant pas de dépôts du public, le gouvernement des États-Unis ne lui a pas apporté de concours financier pour la soutenir au moment de sa défaillance.

Malgré cela, les quatre réformes de séparation des activités bancaires soumettent l'application de la loi à des conditions de seuil qui ont pour objectif, soit de ne viser que les établissements de crédit de dimension systémique, soit d'épargner l'application de ces lois aux banques considérées comme non systémiques, sans considération pour leurs éventuelles interconnexions et pour la valeur des dépôts qu'elles gèrent.

---

<sup>350</sup> V. *supra*, n° 60 et s.

<sup>351</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit, 12 sept. 2012, p. 7.

**112.** Ainsi, en France, le nouvel article L. 511-47 I du Code monétaire et financier dispose que la séparation ne s'impose qu'aux établissements de crédit dont les activités de négociation sur instruments financiers dépassent des seuils fixés par décret en Conseil d'État. Ils devront être déterminés sur « la base de l'importance relative des activités de marché dans l'ensemble des activités de l'établissement de crédit. » Actuellement, ils sont fixés par le décret n° 2014-785 du 8 juillet 2014 qui dispose : « Le seuil mentionné au premier alinéa du I de l'article L. 511-47 est fixé sur la base de la valeur comptable des actifs correspondant à des activités de négociation sur instruments financiers à 7,5 % du bilan de l'entité concernée. » En conséquence, la filialisation s'impose dès lors que la valeur comptable des actifs de l'activité de négociation sur instruments financiers est supérieure à 7,5 % du bilan. Cette obligation ne concerne donc que les sociétés qui ont une activité de banque d'affaires pour des valeurs substantielles. Ainsi, dans le cadre de son rapport sur les impacts de la loi de séparation des activités bancaires, la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire a précisé que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution n'a identifié que dix établissements qui sont soumis aux dispositions de ladite loi, regroupant cinq grands groupes bancaires français, trois établissements à capitaux français et deux filiales françaises de banques étrangères<sup>352</sup>. Ce chiffre extrêmement mineur doit être mis en perspective avec le nombre d'établissements de crédit agréés en France qui se portait à 402 au 1<sup>er</sup> janvier 2015<sup>353</sup>.

Pour ce qui est de la loi anglaise, elle ne pose pas clairement l'obligation de déterminer un seuil, mais le sous-entend. En effet, un large pouvoir d'interprétation est laissé à *Her Majesty's Treasury* et aux régulateurs qui doivent déterminer le champ d'application de la loi selon des considérations d'opportunité et dans un objectif de protection des activités fondamentales.

Quant à la réglementation allemande, elle soumet les banques à l'application de ses dispositions dès lors que les activités pour compte propre, les prêts et garanties aux fonds de couverture (*hedge fund*) ainsi que le *trading* haute fréquence se voient

---

<sup>352</sup> Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport d'information sur la mise en application de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, 24 juin 2015, p. 15 et s.

<sup>353</sup> ACPR, Liste des établissements de crédit (à l'exclusion des établissements relevant de l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier) au 01/01/2015, 25 févr. 2015. Disponible sur : [https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/acp/publications/registre-officiel/20150101\\_liste-EC-V2.pdf](https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/20150101_liste-EC-V2.pdf).



allouer un montant d'actifs qui dépasse cent milliards d'euros ou 20 % du total du bilan. C'est un seuil très élevé qui limite fortement le champ d'application de cette loi, le restreignant aux banques ayant l'impact systémique le plus fort.

Enfin, la proposition de règlement européen concerne, d'une part, les établissements de crédit ou sociétés mères dans l'Union européenne qui sont recensées parmi les établissements d'importance systémique mondiale conformément à l'article 131 de la directive 2013/36/UE et, d'autre part, les établissements de crédit ou sociétés mères dans l'Union qui, pendant une période de trois années consécutives, ont eu un total d'actifs représentant au moins 30 milliards d'euros et des activités de négociation atteignant au moins 70 milliards d'euros ou 10 % du total de leurs actifs (soit au moins 3 milliards d'euros).

Il en résulte que les quatre réformes ont pour objectif affiché de limiter leur action aux banques systémiques, excluant de ce fait les plus petites banques sans égard sur leurs potentielles interconnexions entre elles ou même avec des banques plus importantes, ni pour le risque de transmission d'une éventuelle défaillance de leur activité de banque d'affaires vers celle de banque de dépôt.

**113.** Quant au champ d'application territorial, la section 142 A du *Financial Services (Banking Reform) Act* dispose que la filiale cantonnée est une personne morale constituée au Royaume-Uni. Seules les filiales dont le siège social est au Royaume-Uni sont ainsi concernées, la réglementation n'ayant pas vocation à s'appliquer de façon extraterritoriale.

La même conclusion peut se présumer pour la loi française. En effet, dans le silence de la loi, l'application est uniquement territoriale. De plus, ce sont les établissements de crédit tels que définis par l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier qui sont visés, il s'agit donc « des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 ». Or, pour réaliser des opérations de banque telles que définies par la loi, la société doit être agréée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. En conséquence, seules les sociétés soumises à la surveillance de celle-ci doivent respecter cette réglementation. Dès lors, sont uniquement concernées les sociétés exerçant sur le territoire français une activité contrôlée par le régulateur prudentiel. C'est limitation est logique et totalement justifiée, d'une part, par la portée de la compétence territoriale

des administrations et juridictions française et, d'autre part, compte tenu du fait que les banques non agréées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ne peuvent pas exercer d'activité de banque de dépôt en France.

Pour ce qui est de la proposition de règlement européen, elle prévoit en son article 3 de s'appliquer de façon extensive à tout établissement de crédit établi dans l'Union européenne, ainsi qu'aux succursales européennes d'un établissement de crédit établi dans un pays tiers, mais aussi aux sociétés mères établies dans l'Union européenne lorsque l'une des entités du groupe est un établissement de crédit établi dans l'Union. Son champ d'application est également étendu aux succursales et filiales des sociétés précitées « quel que soit l'endroit où elles se trouvent »<sup>354</sup>. Toutefois, d'une part, aucun mécanisme de coopération internationale pour le contrôle des succursales et filiales établies dans des pays tiers n'est prévu, rendant uniquement théorique cette application extensive et, d'autre part, l'article 4 de la proposition de règlement vient limiter son champ d'application au sein même de l'Union européenne. En effet, compte tenu de l'élaboration très tardive de la réglementation européenne sur la séparation des activités bancaires, les États membres ayant déjà mis en place une telle législation depuis plusieurs années ont manifesté leurs inquiétudes à l'idée de devoir amender leur texte, et donc imposer de nouvelles modalités de séparation aux banques qui ont déjà dû modifier leur structuration pour se conformer à la loi nationale. Cela aurait eu un impact particulier pour les banques et groupes bancaires anglais qui ont eu l'obligation de filialiser leur activité de banque de dépôt au titre du *Financial Services (Banking Reform) Act* et auraient également à filialiser leur activité de banque d'affaires pour se conformer à la réglementation européenne. C'est la raison pour laquelle l'article 4 de la proposition de règlement prévoit la possibilité de déroger à ses obligations pour les banques et groupes bancaires qui sont couverts par une législation nationale ayant un effet « considéré comme équivalent » à celui de ladite proposition. Cette possibilité doit être demandée par l'État membre à la Commission européenne pour une législation adoptée avant la date de la présente proposition de règlement. Toutefois, concernant les banques relevant de la réglementation anglaise, l'actualité liée à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne laisse à penser que, sauf

---

<sup>354</sup> V. *supra*, n° 81.

revirement impromptu, le risque d'une double législation en sens contraire est désormais définitivement écarté.

En conséquence, compte tenu du retard pris pour la mise en place de la réglementation européenne, *a minima* les banques et groupes bancaires français, anglais et allemands ne devraient pas être soumis à celle-ci, dont une nouvelle présentation devant le Parlement européen à la suite de son rejet initial n'est par ailleurs toujours pas prévue<sup>355</sup>. Ainsi, alors que l'intérêt principal d'une législation au niveau de l'Union européenne est une harmonisation des obligations et restrictions, et incidemment l'affaiblissement des concurrences déloyales dues aux législations entre les sociétés des États membres de l'Union européenne, l'article 4 et, de manière plus générale, les grandes libertés offertes aux États membres pour les modalités de mise en œuvre de la proposition de règlement européen en font une réglementation « à la carte » extrêmement peu dissuasive.

**114.** Le champ d'application des lois de séparation des activités bancaires qui ont été votées au sein de l'Union européenne est donc restreint aux seules banques d'ampleur systémique et, à l'exception de la proposition de règlement européen, limité à la compétence territoriale de chacun des États. Si la limite de la territorialité est justifiée par la souveraineté des États, l'étendue du champ d'application personnel restreint fortement la portée de ces lois, ce qui est d'autant plus préjudiciable que la séparation structurelle des activités est assurée efficacement par ces réglementations malgré l'insuffisance d'une filialisation. Ainsi, si une banque universelle non systémique se retrouve face à des difficultés financières qui mettent en danger les dépôts du public qu'elle gère, il est peu probable que l'État la laisse défaillir en se limitant à l'intervention du Fonds de garantie des dépôts<sup>356</sup>. Il en résulte que les banques universelles, quelles que soient leur taille et leur importance systémique ou non, bénéficieront certainement d'aides publiques afin d'éviter leur défaillance. Par ailleurs, même une petite banque universelle multiplie, du fait de son regroupement des activités de banque de dépôt et de banque d'affaires, les interconnexions avec

---

<sup>355</sup> V. *supra*, n° 73.

<sup>356</sup> V. *supra*, n° 66.

d'autres établissements et opérateurs, exposant les exposant ainsi un effet de contagion des risques.

## **§ 2 : *Des réglementations structurellement strictes***

**115.** En privilégiant la filialisation, banque d'affaires et banque de dépôt conservent un lien capitalistique qui peut être générateur de risque pour cette dernière. C'est pourquoi, en contrepartie du maintien de ce lien, les quatre réformes ont imposé un cloisonnement plus ou moins strict de la filiale cantonnée. Il doit cependant être noté là encore que l'Histoire a démontré que les filialisations déjà existantes de certains grands groupes bancaires tels que BPCE et Crédit Agricole S.A. n'ont pas suffi à éviter le transfert des pertes de l'activité de banque d'affaires à l'activité de banque de dépôt, ni l'intervention de l'État pour soutenir le groupe dans son ensemble<sup>357</sup>. Ainsi, si l'initiative de réglementer à nouveau les banques par une obligation de spécialisation est louable et doit être saluée, la méthode de filialisation choisie et mise en place risque d'avoir une efficacité restreinte, voire nulle. Avec le recul des années, les réglementations prévoyant la filialisation ne semblent pas avoir posé aux banques les difficultés d'implantation que certains avaient annoncées.

**116.** En France, pour que le cloisonnement soit effectif, le Sénat et l'Assemblée nationale ont décidé de réglementer strictement les rapports entre la filiale et les autres sociétés du groupe. L'article L. 511-48, I, paragraphe 5 du Code monétaire et financier dispose ainsi que la souscription par l'établissement de crédit à une augmentation de capital de sa filiale cantonnée est soumise à autorisation préalable de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Cette mesure est la plus emblématique quant à la restriction des rapports entre l'établissement de crédit et la filiale cantonnée car elle permet d'éviter que la banque finance sa filiale par une augmentation de capital et, corrélativement, que les pertes de la banque en tant qu'actionnaire s'accroissent en cas de liquidation judiciaire de ladite filiale cantonnée. Toutefois, aucune restriction des

---

<sup>357</sup> ROLLAND S., « Les banques françaises s'acquittent de leur dette envers l'État », *La Tribune*, 26 févr. 2011. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/banque/20110226trib000604372/les-banques-francaises-s-acquittent-de-leur-dette-envers-l-etat.html>.

liens capitalistiques existant au moment de l'entrée en vigueur de la réglementation n'est prévue malgré l'impact direct de ceux-ci sur une potentielle transmission des pertes, et donc du risque.

**117.** Les autres dispositions réglementant les relations entre l'établissement de crédit et sa filiale cantonnée tendent à individualiser cette dernière du reste du groupe. L'article L. 511-48, I, paragraphe 3 du Code monétaire et financier prévoit ainsi que la filiale devra respecter à titre individuel les normes de gestion destinées à garantir sa liquidité<sup>358</sup>, sa solvabilité<sup>359</sup> et l'équilibre de sa structure financière. Ce même article dispose que les établissements de crédit sont également tenus de respecter ces normes en excluant de leur situation financière consolidée les filiales cantonnées. Ainsi, aussi bien la filiale que l'établissement de crédit (associé le cas échéant à ses autres filiales lorsque la situation financière doit s'apprécier au niveau consolidé) doivent respecter de manière individuelle l'une de l'autre les normes de gestion, et notamment les ratios de couverture des risques instaurés par le Comité de Bâle<sup>360</sup>. Cette exigence a pour avantage qu'elle permet de renforcer la solidité financière à la fois de la banque de dépôt et de la banque d'affaires, et donc, en principe, de limiter leur risque de défaillance. Toutefois, dans le cadre d'une activité très risquée, comme le *trading* à haute fréquence, il ne peut être exclu que le respect de ces normes ne suffise pas à couvrir les pertes.

En plus de ces exigences normatives, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>361</sup> prévoit des règles supplémentaires visant à individualiser les filiales. L'article L. 511-48, I, paragraphe 7 dispose ainsi que les filiales cantonnées devront utiliser des raisons sociales et des noms commerciaux distincts de ceux des établissements de crédit du groupe de manière à éviter une confusion de leurs cocontractants et de leurs créanciers. Si cette mesure semble cosmétique, elle a en pratique un réel intérêt au regard des garanties requises par le cocontractant sur engagements contractuels de la banque d'affaires. En effet, l'une des conséquences de

---

<sup>358</sup> V. glossaire ; *supra*, n° 49 et *infra*, n° 222 et s.

<sup>359</sup> V. *supra*, n° 49 et *infra*, n° 193 et s.

<sup>360</sup> V. *infra*, n° 187 et s.

<sup>361</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

la garantie implicite d'État est qu'elle diminue la vigilance des cocontractants qui, considérant les pertes éventuelles de la banque couvertes par l'État du fait de cette garantie, ne prennent pas toujours les précautions nécessaires pour la conclusion de leur contrat avec la banque d'affaires<sup>362</sup>. Ainsi, distinguer clairement le nom commercial et la raison sociale de la banque d'affaires de ceux de la banque de dépôt devrait permettre d'atténuer ce sentiment de garantie implicite de l'État en couverture des défaillances pour les contrats conclus avec la banque d'affaires, et donc, d'une part, de limiter ce comportement aux contrats conclus avec la banque de dépôt et, d'autre part, d'enjoindre les cocontractants des banques d'affaires à prendre des risques plus mesurés lorsqu'ils ne sont pas garantis par ailleurs. Est également prévu que les personnes qui assurent la détermination effective de l'orientation de l'activité de la filiale, c'est-à-dire les mandataires sociaux de la filiale, ne pourront pas être, en même temps, investies d'un mandat social par une autre société du groupe, qu'elle soit une banque ou non (article L. 511-48, I, paragraphe 8). Cette mesure a pour objectif d'éviter les conflits d'intérêts du mandataire social qui, voulant soutenir l'activité de banque d'affaires, aurait recours aux fonds, notamment, de la banque de dépôt pour consentir des flux financiers et des emprunts intragroupes à des conditions avantageuses<sup>363</sup>. Enfin, l'article L. 511-49 du Code monétaire et financier édicte plusieurs obligations de gestion et de contrôle interne, ainsi que des dispositions relatives au contrôle externe de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution visant à garantir l'effectivité et le respect de la séparation.

**118.** En conséquence, le mécanisme de la filialisation établi par la loi de séparation des activités bancaires française est suffisamment strict pour individualiser la banque d'affaires des autres entités du groupe de façon efficace. Il faut à ce titre saluer particulièrement les dispositions ayant pour objectif de renforcer la situation financière de la banque d'affaires et celle de la banque de dépôt prises indépendamment, de limiter les liens capitalistiques entre elles et d'éviter les conflits d'intérêts dus au mandataire social. Cependant, l'impact de cette séparation est nécessairement altéré par, en premier lieu, le choix de la technique de filialisation qui octroie nécessairement

---

<sup>362</sup> V. *supra*, n° 63.

<sup>363</sup> V. *supra*, n° 23.

la possibilité pour ces banques de conserver des liens capitalistiques entre elles, et *a minima*, ceux qui existaient avant l'entrée en vigueur de la loi ; et, en second lieu, par l'interdiction en demi-teinte ou même l'autorisation franche de certaines activités risquées, comme le *trading* à haute fréquence pour la banque d'affaires et la tenue de marché pour la banque de dépôt, qui sont susceptibles d'entraîner des pertes conséquentes pour cette dernière, directement ou par le biais des liens capitalistiques et flux de trésorerie.

**119.** Pour assurer un tel cloisonnement, des pouvoirs exorbitants ont été confiés à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en cas de risque de faillite ou de non-respect des dispositions prévues par la loi. L'article L. 612-33-1 du Code monétaire et financier prévoit que, lorsque l'activité d'une personne soumise à son contrôle est susceptible de porter atteinte à la stabilité financière ou lorsqu'est constatée une situation d'urgence prévue par le règlement européen n° 1093/2010 du 24 novembre 2010<sup>364</sup>, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut « décider de limiter ou suspendre l'exercice de certaines opérations par cette personne ». En l'état, les opérations sur lesquelles le régulateur est susceptible d'intervenir ne sont pas délimitées et l'opportunité d'une intervention relève de sa libre appréciation. C'est donc un pouvoir potentiellement très efficace qui est confié à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

L'autre pouvoir octroyé à ce régulateur par la nouvelle réglementation concerne sa capacité d'agrément en cas de non-respect des dispositions prévues par la loi. Afin de pouvoir réaliser des opérations de banque telles que définies par l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier (réception de fonds du public, opérations de crédit et services bancaires de paiement, i.e. les activités de banque de dépôt), une société doit être agréée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Or, l'article L. 511-50 du Code monétaire et financier prévoit désormais que l'agrément peut être refusé si l'organisation et le fonctionnement, ainsi que le système de contrôle interne d'un établissement de crédit ou de sa filiale cantonnée ne permettent pas

---

<sup>364</sup> Règl.(UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 nov. 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *JOUE* n° L 331/12 du 15 déc. 2010.

d'assurer de manière adéquate le respect des dispositions de la loi. S'il faut s'attendre à ce qu'une telle sanction ne soit en pratique jamais mise en œuvre, elle peut constituer un élément de pression à mettre en face des banques qui ne se conformeraient pas à la nouvelle réglementation.

Au regard des pouvoirs étendus et efficaces, voire radicaux, qui ont été confiés à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, lui permettant notamment de restreindre l'exercice d'une activité risquée le cas échéant, nous ne pouvons qu'espérer que, si cela s'avérait nécessaire, elle mettrait effectivement en œuvre ces facultés coercitives.

**120.** La loi anglaise et la proposition de règlement européen sont moins précises sur la réglementation des liens qui existent entre l'établissement de crédit et sa filiale. La nouvelle réglementation anglaise impose le cadre général de la séparation, mais elle délègue les détails au *Her Majesty's Treasury*, qui est le département exécutif du gouvernement britannique chargé de l'élaboration et de la mise en place des finances publiques et des politiques économiques, ainsi qu'aux régulateurs anglais, à savoir la *Prudential Regulation Authority* (littéralement, « Autorité de régulation prudentielle ») et la *Financial Conduct Authority* (littéralement, « Autorité de Conduite Financière »). Leurs décisions n'ayant pas force de loi et à ce titre pouvant être modifiées bien plus rapidement, elles peuvent s'avérer changeantes en fonction des gouvernements. Le *Financial Services (Banking Reform) Act* prévoit toutefois, dans la section 142 H, que les règles fixées par les régulateurs et par *Her Majesty's Treasury* devront inclure certaines dispositions. Par exemple, devront être contenues des restrictions concernant les paiements entre la filiale cloisonnée et le reste du groupe, l'impératif de respect des conditions de concurrence normale pour les contrats conclus entre la filiale et une société du groupe, ou encore des exigences de contrôle interne permettant l'identification et la gestion des risques de la filiale cloisonnée, etc.

**121.** Pour ce qui est de la proposition de règlement établie par la Commission européenne, elle est globalement imprécise et renvoie principalement aux autorités nationales pour déterminer les modalités exactes de la séparation des activités. Elle indique toutefois que les liens juridiques, économiques, opérationnels et de



gouvernance de l'entité cantonnée avec le reste du groupe devront être restreints afin de garantir une séparation efficace. En ce sens, elle semble mettre en œuvre des mécanismes de filialisation similaires à ceux de la réglementation française. Ainsi, l'article 13 prévoit que « l'entreprise mère dans l'Union de l'établissement de crédit à titre principal veille, dans la mesure nécessaire, à ce que ce dernier puisse poursuivre ses activités en cas d'insolvabilité de l'entité de négociation » et qu'en principe l'entité de banque de dépôt ne devra pas détenir des instruments de fonds propres ou de droits de vote dans l'entité de négociation cantonnée. Cette dernière disposition permet donc d'interdire les prises de position capitalistiques directes de la banque de dépôt dans la banque d'affaires, ce qui apparaît comme ambitieux et devant être salué. Il est cependant à souligner que le projet n'indique pas si cette interdiction concerne également les prises de participation indirectes. Ainsi, une telle disposition ne permettra pas de limiter totalement le risque capitalistique et ses conséquences sur la transmission du risque à l'entité de dépôt puisque, d'une part, la banque d'affaires et la banque de dépôt demeurent dans un même groupe et, d'autre part, la position inverse n'a pas été règlementée dans le projet européen (i.e. il n'est pas interdit pour une banque d'affaires d'avoir un lien capitalistique direct avec une filiale banque de dépôt, permettant ainsi le transfert du risque de pertes de la société mère banque d'affaires à la filiale banque de dépôt). Par ailleurs, cette disposition peut être aménagée si l'autorité nationale compétente estime que détenir ces instruments est indispensable au fonctionnement du groupe et que les dispositions nécessaires ont été prises afin de limiter les risques. Sur cet aspect, une grande liberté est laissée aux autorités nationales compétentes qui peuvent donc assouplir considérablement cette interdiction, sans même avoir à en justifier, et laisser subsister des liens financiers étroits entre l'activité de banque de dépôt et celle de banque d'affaires. La proposition précise également que les personnes composant les organes de direction doivent être différentes afin d'éviter les conflits d'intérêts et que le nom de l'entité de négociation doit être différent de celui de l'établissement de crédit de telle sorte que le public puisse facilement reconnaître l'entité qui exerce l'activité de négociation de l'autre. Ainsi, en l'état, le projet de réglementation européenne ne devrait pas prévoir des mécanismes de filialisation différents, ni plus stricts que ceux imposés par la loi française et ne devrait donc pas constituer une contrainte additionnelle pour les banques universelles françaises, outre la nécessité d'interposer une société entre la banque de dépôt et sa filiale banque d'affaires le cas échéant (sauf le cas où les prises de participation

indirectes seraient également prohibées, et donc où la réorganisation du groupe bancaire s'avèrerait un peu plus technique).

**122.** Ainsi, les réformes européennes du système bancaire ont unanimement choisi d'opter pour une filialisation des activités bancaires afin de séparer les activités de banque de dépôt, utiles à l'économie réelle, des activités de banque d'affaires plus risquées. Cette filialisation permet cependant aux entités cantonnées et non cantonnées de conserver des liens financiers qui peuvent la rendre inefficace en cas de pertes massives. En effet, lors de la crise de 2007, les groupes bancaires ayant déjà une structure filialisée n'ont pas hésité à soutenir leur banque d'affaires avec les fonds de leur banque de dépôt afin d'éviter la défaillance de la première, comme ce fut le cas en France dans les groupes bancaires BPCE et Crédit Agricole S.A. Cette intervention a obligé les États à mettre en œuvre leur garantie implicite afin de préserver les dépôts du public de l'établissement de banque de dépôt. Ces projets prévoient des méthodes de séparation similaires et critiquables, mais ils ne se rejoignent pas tous sur le contenu des activités à filialiser.

## Section 2 – Le contenu des activités filialisées

**123.** Une fois la technique de cloisonnement choisie, il faut déterminer quelles sont les activités à cloisonner. Il existe, sur ce point, une distinction majeure entre d'un côté la loi anglaise et de l'autre les réformes française, allemande et la proposition de règlement européen dans la mise en œuvre de la filialisation. En effet, la réglementation anglaise prévoit, dans la section 142 A, la filialisation des activités qu'elle qualifie de « fondamentales », c'est-à-dire des activités de banque de dépôt, alors que les autres réglementations préconisent la filialisation des activités spéculatives, à savoir les activités de banque d'affaires.

Cette différence peut sembler à première vue minime ; pourtant elle est importante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, d'un point de vue symbolique, restreindre les activités de banque de dépôt peut être interprété comme une stigmatisation de la banque de dépôt alors que la réforme a pour objectif de la protéger. Ensuite, le secteur bancaire et financier est très mouvant, de nouveaux types d'instruments financiers et de contrats étant fréquemment créés. En cantonnant les activités de banque de dépôt, ces nouveaux instruments financiers et contrats relèveront de la compétence de la banque d'affaires uniquement jusqu'à ce que la réglementation soit modifiée, ce qui peut prendre un certain temps. Cela a à la fois un impact positif et négatif : il s'agit d'une limitation des possibilités d'action des banques de dépôt, les rendant moins compétitives, d'une part, et d'un moyen d'empêcher le recours à de nouveaux instruments financiers qui pourraient être dangereux, d'autre part. Néanmoins, cloisonner la banque de dépôt revient à prendre le risque de l'entraver en l'empêchant de réaliser certaines opérations qui seraient pourtant utiles à l'économie, voire même en oubliant de lui allouer certaines activités qui lui sont légitimes.

À l'inverse, la filialisation envisagée par les trois autres réformes permet, au contraire, de faire peser le risque d'erreur dans l'attribution des fonctions sur la banque d'affaires et de ne jamais limiter excessivement les activités de la banque de dépôt. Par ailleurs, il faut souligner que si la proposition de règlement européen était entrée en vigueur, les banques anglaises auraient en principe dû respecter la loi anglaise et la réglementation européenne simultanément, ce qui aurait pu amener à des situations compliquées de double filialisation (filialiser à la fois leurs activités de banque de

dépôt et les activités relevant de la banque d'affaires). Toutefois, compte tenu du retard pris pour la mise en place de la réglementation européenne et de l'inclusion qui en a résulté d'une disposition permettant aux banques soumises à une réglementation nationale similaire d'en être exonérée<sup>365</sup>, celle-ci n'aurait finalement pas été appliquée aux banques anglaises déjà soumises au *Financial Services (Banking Reform) Act*. Par ailleurs, l'actualité liée à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne laisse à penser que le risque d'une double législation en sens contraire est désormais définitivement écarté.

Dans un souci de simplification, le terme « filialisation » et ses déclinaisons seront ci-dessous employés comme désignant les activités de banque d'affaires, c'est-à-dire les activités filialisées dans les réglementations française, allemande et dans la proposition de règlement européen, et les activités non filialisées de la loi anglaise.

**124.** Malgré les divergences qui peuvent exister, les réformes européenne et américaine sont similaires sur la nécessité de restreindre certaines activités pour les banques de dépôt. Sont visées unanimement la négociation pour compte propre (§1) et les opérations avec les fonds d'investissement spéculatifs (§2), qui sont considérées comme faisant partie des activités les plus risquées pour la stabilité d'une banque de dépôt. Si les réglementations nationales et les conclusions du rapport dit « Liikanen » ont principalement opté pour la filialisation des activités les plus risquées (outre le *trading* à haute fréquence interdit par la réglementation française<sup>366</sup>), la proposition de réglementation européenne et le *Dodd-Frank Act* ont choisi de prohiber ces activités et, pour la première, également de filialiser certaines activités de négociation qui sont moins risquées, mais peuvent permettre de contourner l'interdiction des activités pour compte propre et des relations contractuelles avec les fonds d'investissement spéculatifs. Cette correspondance quasi parfaite entre l'ensemble des réformes étudiées dans la présente analyse n'est évidemment pas une coïncidence, mais une preuve supplémentaire – s'il en fallait – que ces activités sont définitivement trop risquées pour être effectuées par une banque de dépôt, et au surplus par toute société y étant liée, notamment, dans le cadre d'une banque universelle, compte tenu de sa

---

<sup>365</sup> V. *supra*, n° 112.

<sup>366</sup> V. *supra*, n° 0 et s.

mission d'intérêt général de gestion des dépôts du public et des protections étatiques qui en résultent.

### ***§ 1 : La filialisation des relations contractuelles avec des fonds d'investissement spéculatifs***

**125.** Les fonds d'investissement sont des fonds de placement à risque qui ont pour objectif « d'investir dans des sociétés qu'ils ont sélectionnées selon certains critères. Ils sont le plus souvent spécialisés suivant l'objectif de leur intervention »<sup>367</sup>. Par exemple, les fonds de couverture (*hedge fund*) sont un type de fonds d'investissement. Les fonds d'investissement ne sont pas des contreparties fiables pour les banques car ils présentent un risque important d'insolvabilité du fait de leurs placements instables, mais ayant une meilleure rentabilité<sup>368</sup>. Ainsi, comme prévu par le *Dodd-Frank Act* et la proposition de règlement européen, les lois française, anglaise et allemande sont venues limiter les relations entre la banque de dépôt et ces fonds spéculatifs en les attribuant quasi exclusivement à la filiale de banque d'affaires.

**126.** Au niveau européen, il est à souligner que, bien que le rapport dit « Liikanen » ait donné lieu à l'élaboration de la proposition de règlement européen par la Commission européenne, le groupe d'experts de haut niveau avait opté pour une filialisation des relations contractuelles avec les fonds d'investissement plutôt que pour l'interdiction totale de cette activité telle que prévue pour les groupes bancaires rentrant dans le champ d'application de la proposition de la Commission européenne. Le rapport dit « Liikanen » proposait en effet la filialisation des opérations de prêt, des engagements de prêt et des expositions de crédit non couvertes par une garantie si elles sont conclues avec un fonds de couverture, des véhicules d'investissement structuré, ou encore des entités assimilables à ces derniers.

---

<sup>367</sup> Vernimmen.net, *Lexique financier*. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.

<sup>368</sup> V. *supra*, n° 89 et s.

Même si le groupe d'experts de haut niveau a établi clairement un cloisonnement de la quasi-totalité des contrats généralement conclus par une banque avec un fonds d'investissement, sans y apporter d'exception ni de restriction, la Commission européenne a préféré limiter tout risque en posant une interdiction pure et simple des relations contractuelles des établissements de crédit, leur société mère et leurs filiales et succursales avec des fonds d'investissement alternatifs<sup>369</sup>. Cette disposition plus sévère interdit donc l'engagement d'un groupe bancaire dans des relations commerciales avec ces fonds, outre les exceptions prévues qui viennent en limiter son impact<sup>370</sup>.

**127.** En France, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>371</sup> affecte aux filiales cloisonnées (i.e. la banque d'affaires) les relations contractuelles avec les fonds d'investissement. Ainsi, l'article L. 511-47 II du Code monétaire et financier prévoit qu'est affectée à la filiale cantonnée « toute opération conclue pour [le] compte propre [de la banque] avec des organismes de placement collectifs à effet de levier ou autres véhicules d'investissement similaires, répondant à des caractéristiques fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie » dès lors que l'opération n'est « pas garanti [e] par une sûreté dont les caractéristiques, contrôlées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, satisferont à des exigences de quantité, de qualité et de disponibilité, dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. » Il en résulte qu'en principe aucune autre entité du groupe bancaire que la filiale banque d'affaires ne peut conclure des opérations pour compte propre, non garanties par une sûreté suffisante, avec des fonds d'investissement. En revanche, ces opérations sont autorisées à toute société du groupe, y compris la banque de dépôt, lorsqu'elles interviennent pour compte de tiers. Là aussi, nous sommes alors confrontés aux difficultés liées aux opérations de tenue de marché<sup>372</sup>. Également, l'appréciation des exigences de quantité, de qualité et de disponibilité relève de la libre interprétation de l'Autorité de contrôle prudentiel, sans qu'un seuil minimal soit

---

<sup>369</sup> V. glossaire.

<sup>370</sup> V. *supra*, n° 92.

<sup>371</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*.

<sup>372</sup> V. *supra*, n° 0.

indiqué. Il s'agit non seulement d'une atteinte à la sécurité juridique, car la décision du régulateur peut être imprévisible, mais en plus une telle liberté est génératrice de conflits d'intérêts, voire d'inégalités entre les sociétés.

Concernant le détail de cette disposition, l'arrêté venant préciser l'application de cette séparation a été publié le 9 septembre 2014<sup>373</sup>. Il résulte de son article 7 que seuls les fonds d'investissement alternatifs<sup>374</sup> ayant recours à un effet de levier « de manière substantielle au sens de l'article 111 du règlement délégué n° 231/2013<sup>375</sup> » sont visés. Il s'agit des fonds ayant une exposition supérieure à trois fois sa valeur nette d'inventaire<sup>376</sup>, c'est-à-dire que le montant des actifs couvre au mieux un tiers du passif. Ce sont donc des fonds ayant une couverture des risques minime en cas de défaillance, et qui sont donc fortement susceptibles de faire faillite. Il en résulte que les fonds d'investissement ayant un effet de levier inférieur ou égal à trois (ce qui peut être extrêmement conséquent) ne sont pas concernés par l'interdiction de contracter avec les banques de dépôt. Ainsi, ces dernières sont autorisées, par exemple, à conclure une opération de prêt avec des fonds d'investissement qui sont exposés à un risque allant jusqu'à trois fois la valeur nette de leurs actifs sans avoir l'obligation de mettre en place une garantie. Un tel risque de non-recouvrement des sommes prêtées ne devrait pas être autorisé aux banques de dépôt car, malgré les ratios prudentiels notamment de liquidité et de solvabilité<sup>377</sup>, il reste déraisonnable et déraisonné d'exposer une banque qui gère les dépôts du public aux pertes conséquentes qui peuvent en résulter.

Également, l'arrêté précise qu'un certain nombre d'opérations sont exclues de l'obligation de cloisonner les relations contractuelles avec des fonds d'investissement à la banque d'affaires. C'est notamment le cas des placements réalisés par les filiales d'entreprises d'assurance ou de réassurance (i.e. ces filiales ne sont pas contraintes par

---

<sup>373</sup> Arrêté du 9 sept. 2014 portant application du titre Ier de la L. n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0229 du 3 octobre 2014.

<sup>374</sup> V. glossaire.

<sup>375</sup> Règl. délégué n° 231/2013 de la Commission du 19 déc. 2012 complétant la Dir. 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance.

<sup>376</sup> La valeur nette d'inventaire correspond à la valeur nette des actifs du fonds (AMF, « Modalités de mise en œuvre des obligations en matière de comptes rendus à l'égard de l'AMF dans le cadre de la Dir. AIFM », 23 sept. 2014).

<sup>377</sup> V. *infra*, n° 187 et s.

la restriction de la réalisation d'opérations avec des fonds d'investissement aux seules filiales de banque d'affaires). Cette exception apparaît comme proportionnée, même si elle n'exclut pas le risque, compte tenu des obligations prudentielles auxquelles les entreprises d'assurance et de réassurance sont soumises, garantissant une certaine stabilité de celles-ci. En revanche, trois autres exceptions sont prévues à l'article 7 II de l'arrêté précité et aucune d'elle ne semble justifiée au regard des risques encourus par la banque de dépôt (ou ses sociétés affiliées non cantonnées). En effet, elles doivent être mises en perspective avec la nature des opérations qui entrent dans le champ d'application de l'obligation de séparation : il s'agit uniquement des opérations pour compte propre non garanties et des opérations pour compte propre qui, garanties ou non, sont conclues avec des fonds ayant recours à un effet de levier supérieur à 3. En conséquence, l'interdiction faite aux banques de dépôt et à leurs affiliées non cantonnées d'avoir des relations commerciales avec les fonds d'investissement a un champ d'application extrêmement limité. Dès lors, autoriser les banques de dépôt (et leurs affiliées) à conclure des opérations avec des fonds d'investissement quel qu'ils soient dès lors qu'elles sont garanties ou des opérations (garanties ou non) avec des fonds d'investissement extrêmement risqués ne peut être justifié de quelque manière que ce soit (à l'exception des opérations réalisées par les sociétés d'assurance ou de réassurance qui peuvent être envisagées compte tenu des garanties apportées par les obligations prudentielles auxquelles elles sont soumises).

Il doit être noté que, en plus, l'arrêté exclut un certain nombre de fonds d'investissement de l'obligation de séparation, il s'agit principalement de fonds non spéculatifs et peu généralement risqués tels que les organismes de placement collectifs en valeurs mobilières agréées (OPCVM)<sup>378</sup>, les fonds d'investissement d'épargne salariale<sup>379</sup> et les fonds de capital-investissement<sup>380</sup>.

Il résulte de cette analyse que l'obligation de filialiser les opérations conclues avec des fonds d'investissement est extrêmement limitée, voire totalement inefficace,

---

<sup>378</sup> Les OPCVM sont extrêmement encadrés par la réglementation européenne, française et par le règlement général de l'AMF. Pour pouvoir être commercialisés en France, les OPCVM de droit français doivent être agréés par l'AMF et les OPCVM relevant du droit d'un autre État membre de l'Union européenne ou État partie à l'accord sur l'Espace économique européen doivent être notifiés à l'AMF et sont contrôlés par elle.

<sup>379</sup> Les fonds d'épargne salariale doivent également être agréés par l'AMF.

<sup>380</sup> Les fonds de capital-investissement sont des fonds qui permettent d'investir dans des sociétés non cotées en bourse, à ce titre ils sont donc moins volatiles et non spéculatifs.



compte tenu de l'étendue des exceptions qui y sont faites et de son champ d'application très grandement restreint. En conséquence, alors que cette disposition paraissait efficace en théorie, elle se révèle totalement vidée de sa substance par l'arrêté qui la précise. Par ailleurs, nous rappelons que la réglementation relative à la séparation des activités bancaires ne concerne que les banques d'importance systémique<sup>381</sup>, ainsi les banques étant sous ces seuils peuvent continuer à contracter directement avec les fonds spéculatifs, même lorsqu'elles gèrent des dépôts du public.

**128.** Le *Financial Services (Banking Reform) Act* anglais prévoit l'interdiction pour la banque de dépôt cloisonnée de conclure « des transactions d'un type spécifique ou avec des personnes entrant dans une catégorie spécifique »<sup>382</sup> et de « détenir dans des circonstances spécifiques des actions ou des droits de vote dans des sociétés ayant une description spécifique »<sup>383</sup>. Cette disposition posée dans la section 142 E de la loi est imprécise quant à la portée de l'interdiction et aux sociétés concernées. Elle laisse le soin aux *Her Majesty's Treasury* de déterminer les transactions et/ou personnes entrant dans le champ d'application de l'interdiction. Ainsi, cette loi n'intervient pas clairement en faveur de l'interdiction des relations contractuelles entre la banque de dépôt et les fonds d'investissement, même si ce sont ces activités qui semblent être visées par les articles 142 A et suivants de la loi. La décision de confier aux banques d'affaires les contrats passés avec un fonds d'investissement est donc soumise à la volonté du *Her Majesty's Treasury* et des régulateurs. Une fois encore, il ne peut qu'être constaté que la réglementation anglaise est finalement laissée aux décisions et au bon vouloir de ces derniers.

**129.** Le cloisonnement plus ou moins strict et précis des relations contractuelles avec les fonds d'investissement permet en théorie d'isoler de la banque de dépôt du risque direct d'insolvabilité lié aux activités fortement spéculatives des fonds d'investissement. En pratique, son respect par les banques reste à démontrer car les

---

<sup>381</sup> V. *supra*, n° 111.

<sup>382</sup> « Entering into transactions of a specified kind or with persons falling within a specified class. »

<sup>383</sup> « Holding in specified circumstances shares or voting power in companies of a specified description. »

données relatives aux fonds d'investissement, et particulièrement à l'ampleur de leur effet de levier, ne sont généralement pas publiques ; il sera donc impossible de savoir si une telle séparation est respectée avant qu'un nouveau scandale financier n'éclate. Dans tous les cas, l'étendue des exceptions prévues dans la réglementation française laisse perplexe pour une mesure annoncée comme efficace. Compte tenu des risques conséquents étant relatifs à l'activité même des fonds d'investissement spéculatifs, toute opération conclue avec ce type de fonds par une filiale non cantonnée, et *a fortiori* par la banque de dépôt, devrait être totalement prohibée sans qu'aucune exception y soit apportée. Tout comme le *trading* à haute fréquence, l'exposition au risque des relations contractuelles avec les fonds d'investissement spéculatifs (voire non spéculatifs lorsque la stabilité du fonds n'est pas assurée) est bien trop élevée pour que de telles activités puissent être opérées par la banque de dépôt ou dans son environnement direct. Si la filialisation de cette activité permet, dans une moindre mesure, et de façon insuffisante, de restreindre ce risque, encore faudrait-il que les restrictions soient efficaces. Ainsi, la commission de finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire a reconnu elle-même que la filialisation des opérations conclues avec les fonds d'investissement spéculatifs est « très partielle »<sup>384</sup> ainsi que, de manière générale, « la portée limitée de la filialisation des activités bancaires ». En complément de cette disposition pour limiter l'impact de la spéculation sur les banques de dépôt, les réformes proposent également de réglementer les activités réalisées pour compte propre, comme l'a fait le *Dodd-Frank Act*. Il est à noter que si l'interdiction des relations commerciales avec les fonds d'investissement se limite aux activités réalisées pour compte propre, elle fait l'objet d'un traitement à part dans chacune des législations ainsi que dans les projets successifs de réglementation européenne.

---

<sup>384</sup> Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, *op. cit.*, p. 15 et s.

## **§ 2 : La filialisation des activités de négociation pour compte propre**

**130.** Les activités réalisées pour compte propre sont, par excellence, celles qui ne sont pas nécessaires à l'économie et ne méritent donc pas de se voir soutenir par l'État ni de bénéficier de sa garantie implicite. Dès lors que la crise de 2007 nous a démontré qu'il est essentiel de restreindre l'octroi des aides publiques aux seules activités qui sont utiles à l'économie réelle<sup>385</sup>, les opérations pour compte propre doivent en être exclues. En conséquence, l'ensemble des réformes, adoptées ou en projet, de la présente analyse s'accordent sur la nécessité d'interdire les activités de négociation pour compte propre aux banques de dépôt. Outre l'interdiction prévue par le *Dodd-Frank Act* et dans l'actuelle proposition de règlement européen, les législateurs ont opté pour la filialisation des activités réalisées pour compte propre afin de les affecter, en principe, exclusivement à la filiale de banque d'affaires. Cependant, chacune d'entre elles a une définition précise de ce qui est considéré comme étant des activités pour compte propre et des exonérations qu'elle entend apporter à cette filialisation. Compte tenu du rejet, à ce stade, de la proposition de réglementation européenne, il n'est pas exclu que de potentiels futurs projets reprennent les propositions du rapport dit « Liikanen ». Au regard des réformes adoptées au niveau national, les dispositions de ce rapport relatives à la négociation pour compte propre s'avèrent être les plus ambitieuses alors que les autres projets sont soit limités dans leur portée, soit demeurent très imprécis.

**131.** Le rapport dit « Liikanen » prévoit que la négociation pour compte propre soit obligatoirement assignée à la banque d'affaires. Elle y rattache les positions résultant d'une activité de tenue de marché, compte tenu de l'ambiguïté qui peut en découler<sup>386</sup>. Il est à noter que, s'agissant d'un simple rapport, les rédacteurs n'ont défini ni la négociation pour compte propre, ni la tenue de marché, ce qui est regrettable, mais aisément compréhensible compte tenu du consensus général qui existe autour de la définition de ces deux notions. À l'exception de ces deux prohibitions, toutes les autres

---

<sup>385</sup> V. *supra*, n° 60 et s.

<sup>386</sup> V. *supra*, n° 0.

activités bancaires pourront être exercées par la banque de dépôt (notamment les prêts aux petites, moyennes et grandes entreprises, les prêts interbancaires, la gestion de patrimoines et d'actifs privés, etc.). Il faut donc saluer la démarche, voire l'audace, des rédacteurs du rapport qui, contre tous, ont eu la clairvoyance d'inclure les activités de teneur de marché dans le cadre de cette interdiction faite aux banques de dépôt.

Cette séparation est cependant assouplie par deux exceptions qui visent pourtant des activités dont les rédacteurs du rapport reconnaissent les risques. Ils insistent sur le fait que la séparation ne concerne pas la prise ferme de valeurs mobilières ni la fourniture de services de couverture des risques à des clients autres que des banques à partir du moment où ces services ne seraient pas excessivement risqués au regard des fonds propres de la banque. Cette dernière exception apparaît comme proportionnée compte tenu, d'une part, qu'il s'agit d'une activité étant généralement qualifiée d'opération pour compte de tiers et, d'autre part, que l'autorisation de réaliser ces opérations est restreinte par le *quantum* des fonds propres de la banque. Cependant, une fois encore, s'agissant d'un simple rapport, les dispositions indiquées dans ce texte mériteraient d'être précisées afin de garantir que cette exception est correctement circonscrite. Concernant la prise ferme de valeurs mobilières, l'exception envisagée par le rapport « Liikanen » est bien plus contestable. En effet, il s'agit d'une opération à risque car la banque qui la réalise s'engage à souscrire une part déterminée d'actions au moment de leur émission, ce qui permet à l'émetteur d'être garanti de la souscription d'une partie de ses actions. Dès lors, le recours à cette activité s'effectue par exemple lorsque les souscripteurs potentiels ne sont pas rassurés par la viabilité de la société émettrice et que celle-ci n'est donc pas certaine de voir l'intégralité des actions émises être souscrites. Ainsi, les banques qui réalisent une prise ferme de valeurs mobilières vont acheter les actions dès leur émission, puis les vendre au public<sup>387</sup>. Néanmoins, si la banque n'arrive pas à vendre les titres acquis, elle sera contrainte de les conserver et subira alors un risque de marché sur ces titres, voire même un risque de liquidité compte tenu de l'absence d'acquéreur potentiel de ses actions. Il est donc essentiel d'interdire aux banques de dépôt de réaliser des prises fermes sur valeurs mobilières, *a minima* en les cantonnant dans la

---

<sup>387</sup> Vernimmen.net, *Lexique financier*. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.

filiale banque d'affaires. Outre ces exemptions, le rapport dit « Liikanen » impose de façon stricte et sans façade la filialisation pour la majorité des activités risquées pouvant être réalisées par une banque. C'est par le cantonnement des activités de tenue de marché que ce rapport s'avère plus efficace que les autres projets.

**132.** Contrairement au rapport dit « Liikanen », les trois autres projets excluent l'activité de tenue de marché de l'obligation de filialisation (de la même manière que la proposition de règlement européen l'exclue de l'interdiction qu'elle prévoit. L'autorisation des opérations de tenue de marché effectuées par le banquier est un des points de discordance parmi la doctrine car cette activité peut autant constituer un service essentiel du point de vue du client, lui permettant notamment de s'insérer sur les marchés financiers qu'une porte ouverte vers, d'une part, les risques liés à une activité de négociation sur les marchés financiers et, d'autre part, de la négociation pour compte propre<sup>388</sup>. Le rôle d'un teneur de marché, lorsqu'il est exercé uniquement dans les limites d'une activité pour compte de tiers, est essentiel car il apporte de la liquidité supplémentaire au marché, évitant que les échanges sur celui-ci se bloquent. Pour les valeurs mobilières peu liquides, le teneur de marché propose une fourchette de prix à l'achat et à la vente sur laquelle les opérateurs vont se baser pour optimiser le marché. Pour les valeurs mobilières liquides, le teneur de marché permet de mieux définir la fourchette de cotation et donc de limiter les écarts de prix entre les différents marchés, ce qui diminue en principe la volatilité du marché et, corrélativement, les risques encourus par les investisseurs. En pratique, en effectuant un service à la demande de son client émetteur de titres, la banque dans son rôle de teneur de marché garde une position constante d'acheteur/revendeur et vient donc miser sur la hausse ou la baisse de ceux-ci selon les besoins. Dès lors, comme nous l'avons vu, cette activité peut se confondre de la simple négociation pour compte propre et il est difficile de savoir jusqu'où la banque est dans son rôle de prestataire au service de son client et à partir de quel moment elle mise sur l'évolution du titre afin d'en tirer délibérément profit<sup>389</sup>. De plus, du fait de l'importance que peut revêtir cette mission, l'activité de teneur de marché bénéficie d'avantages financiers et d'exceptions relatives à certaines

---

<sup>388</sup> V. *supra*, n° 0.

<sup>389</sup> *Idem*.

exigences réglementaires posés par les textes européens. Indirectement, de tels avantages ont pour conséquence de rendre l'activité de tenue de marché encore plus difficile à cerner car, recouvrant déjà des opérations très diverses, son étendue ne cesse d'être accrue par les opérateurs, qui souhaitent bénéficier des avantages conférés au statut de teneur de marché<sup>390</sup>. Cela a pour effet de rendre la distinction entre les activités de teneur de marché et les activités pour compte propre particulièrement ténue, d'autant plus que les textes européens ne posent pas de définition claire et unanime des activités de tenue de marché.

En premier lieu, la directive concernant les marchés d'instruments financiers<sup>391</sup>, dite « MIF », définit le teneur de marché comme étant « une personne qui est présente de manière continue sur les marchés financiers pour négocier pour son propre compte et qui se porte acheteuse et vendeuse d'instruments financiers en engageant ses propres capitaux, à des prix fixés par elle. » Si cette définition précise la qualité des personnes exerçant une activité de teneur de marché, elle ne permet pas de délimiter clairement les activités qui pourraient relever du compte propre et qui doivent donc être exclues de la tenue de marché dans certains cas vis-à-vis des activités inhérentes au teneur de marché telles que l'offre de fourchettes d'achat et de vente d'un instrument financier pour compte de tiers. Ainsi, sont mêlées dans cette définition du teneur de marché, d'une part, les opérations pour compte de tiers qui peuvent être considérées comme légitimes à bénéficier de la garantie implicite de l'État et des aides publiques lorsqu'elles sont nécessaires à l'économie réelle et, d'autre part, les opérations pour compte propre qui ne devraient en aucune manière pouvoir en bénéficier.

En second lieu, le règlement européen encadrant la vente à découvert<sup>392</sup> définit les activités de tenue de marché comme étant « les activités d'un établissement de crédit [...] qui est membre d'une plate-forme de négociation [...] et que l'entité

---

<sup>390</sup> AMF, « La définition et l'encadrement du *market making* », *La lettre de la régulation financière*, oct. 2012, n° 8, p. 2.

<sup>391</sup> Dir. 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les Dir. 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la Dir. 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Dir. 93/22/CEE du Conseil, *JOUE n° L 145 du 30 avril 2004*.

<sup>392</sup> Règl. (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, *JOUE n° L 86 du 24 mars 2012*.

concernée procède en tant qu'agent principal à des transactions sur un instrument financier [...] de l'une des manières suivantes :

- i) en communiquant simultanément des cours acheteurs et vendeurs fermes et de taille comparable, à des prix concurrentiels, avec pour résultat d'apporter de la liquidité au marché sur une base régulière et continue ;
- ii) dans le cadre de son activité habituelle, en exécutant des ordres initiés par des clients ou en réponse à des demandes d'achat ou de vente de leur part ;
- iii) en couvrant les positions résultant de la réalisation des tâches visées aux points i) et ii). »

Le premier point de la définition est unanimement reconnu comme participant d'une activité de tenue de marché, mais les deux autres élargissent considérablement l'étendue de cette activité en y incluant des opérations qui ne sont généralement pas considérées comme relevant de la tenue de marché<sup>393</sup>. Il est à noter que cette définition est reprise de façon similaire dans la proposition de règlement européen (article 5, définition des termes « tenue de marché » : « l'engagement d'un établissement financier à apporter de la liquidité aux marchés sur une base régulière et continue, en communiquant simultanément des prix d'achat et de vente pour un certain instrument financier, ou dans le cadre de son activité habituelle, en exécutant des ordres initiés par des clients ou en réponse à des demandes d'achat ou de vente de leur part, mais dans les deux cas sans être exposé à un risque de marché important »).

Les lois françaises, anglaises et allemandes dispensent la tenue de marché de filialisation. Or, en l'absence de définition claire et harmonisée, l'activité de teneur de marché recouvre de nombreuses opérations, pouvant même aller jusqu'à considérer que le *trading* haute fréquence en fait partie<sup>394</sup>. Il s'agit donc d'une véritable limite à l'efficacité de la séparation mise en place dans ces trois législations.

**133.** La loi française de séparation et de régulation des activités bancaires prévoit à l'article L. 511-47 I 1° la filialisation des activités de négociation sur instruments financiers faisant intervenir le compte propre des établissements de crédit. Il semble obliger la filialisation de toutes les activités sur compte propre. Cependant, cette

---

<sup>393</sup> AMF, *op. cit.*

<sup>394</sup> *Idem*, p. 3.

disposition est restreinte par une multitude d'exceptions. Ainsi, peuvent être réalisées par la banque de dépôt des activités faisant intervenir son compte propre qui sont relatives à la fourniture de services d'investissement à la clientèle, la compensation d'instruments financiers, la couverture des risques de l'établissement de crédit ou du groupe à l'exception de la filiale cantonnée, la tenue de marché, la gestion saine et prudente de la trésorerie du groupe, les opérations financières entre les établissements de crédit et leurs filiales et les opérations d'investissement du groupe. Si certaines de ces activités sont légitimes à être exécutées par une banque de dépôt, comme la couverture des risques, ou semblent l'être dans certains cas, comme la fourniture de services d'investissement à la clientèle, les autres ne sont pas justifiées et constituent une atteinte à l'efficacité de la filialisation. Ainsi, l'organisation Finance Watch considère que seules la couverture des risques de l'établissement de crédit, la couverture des risques de taux et de change pour le compte d'entreprises non financières par le biais d'instruments simples et la gestion saine et prudente de la trésorerie de l'établissement de crédit et de ses filiales, à l'exception de la filiale cloisonnée, sont légitimes à faire exception au principe de filialisation des activités de marché<sup>395</sup>. Il faut souligner que la loi donne une définition des activités de tenue de marché<sup>396</sup>, celle-ci équivaut à la définition contenue dans le règlement européen encadrant la vente à découvert à l'exception de son troisième point. Malgré cet effort de précision permettant de restreindre l'exception de tenue de marché, la définition posée est trop large et exempte donc des activités qui ne mériteraient pas de l'être.

**134.** La loi anglaise cantonne les activités de banque de dépôt qu'il considère comme étant des « activités fondamentales ». Cependant, une seule activité est considérée, dans la section 142 B, comme étant fondamentale, à savoir la réception des fonds du public. Le législateur laisse en effet le soin de déterminer les autres activités fondamentales au *Her Majesty's Treasury* en indiquant qu'il doit s'agir

---

<sup>395</sup> Finance Watch, *op. cit.*, p. 21.

<sup>396</sup> « Au sens du présent article, on entend par “tenue de marché” l'activité d'un établissement qui, en tant qu'intermédiaire, se porte partie à des opérations sur des instruments financiers : 1° Soit consistant en la communication simultanée de prix d'achat et de vente fermes et concurrentiels pour des volumes de taille comparable, avec pour résultat d'apporter de la liquidité aux marchés sur une base régulière et continue ; 2° Soit nécessaires, dans le cadre de son activité habituelle, à l'exécution d'ordres d'achat ou de vente de clients ou en réponse à des demandes d'achat ou de ventes de leur part. »



d'activités dont l'interruption pourrait affecter la stabilité du système financier du Royaume-Uni ou une grande partie de celui-ci et que la séparation de ces activités permettrait de les protéger mieux. Cependant, il indique de façon très surprenante que l'activité de réception des fonds du public, pourtant vitale à l'économie réelle, peut « dans des circonstances spécifiques » être appréciée par le *Her Majesty's Treasury* comme n'étant pas fondamentale et n'ayant donc pas à être limitée aux seules banques de dépôt. Cette dernière disposition est extrêmement critiquable compte tenu de l'importance de l'activité de réception des fonds du public pour le maintien de la stabilité financière. La réglementation pose l'interdiction pour ces filiales cloisonnées de réaliser des activités d'investissement<sup>397</sup>, sauf – là encore – si le *Her Majesty's Treasury* en décide autrement dans le cas où il estimerait que ces activités ne devraient pas avoir d'impact sur la continuité de celles considérées comme fondamentales. Ces propositions sont vagues et reposent uniquement sur la volonté ou non du *Her Majesty's Treasury* de restreindre de façon proportionnée les risques auxquels peuvent être soumises les banques de dépôt. Par ailleurs, n'ayant pas force de loi, les décisions du *Her Majesty's Treasury* sont susceptibles de varier en gré des gouvernements successifs. Au regard de la tonalité générale donnée par la loi et de la stricte restriction des activités des banques de dépôt, sans pour autant limiter la gestion des dépôts du public à ces dernières, la réforme semble, à l'inverse des autres réformes, excessivement restrictive pour les banques de dépôt sans pour autant assurer une totale garantie des dépôts reçus du public.

**135.** La loi allemande est la moins sévère de toutes car elle cantonne uniquement les activités pour compte propre, définies comme étant des activités sans contact avec le client. Une telle définition exclut l'activité de teneur de marché, qui est relative aux clients, de la filialisation. De plus, il peut être assez difficile de distinguer les activités pour compte propre pures des activités de gestion pour les clients de leurs produits dérivés, qui requièrent une analyse de l'évolution du marché par les *traders* de la

---

<sup>397</sup> « The regulated activity of dealing in investments as principal... »

banque<sup>398</sup>. Cette réforme laisse donc, en l'état, de nombreuses passerelles entre les activités de banque de dépôt et celles de banque d'affaires.

**136.** Il faut cependant noter que l'existence d'une telle réglementation de séparation des activités en Allemagne est surprenante puisque les banques allemandes sont constituées traditionnellement sous le modèle de banque universelle, comme l'emblématique Deutsche Bank. Ainsi, si une certaine spécialisation des banques est envisagée en Allemagne, c'est sans nul doute parce que le modèle de banque universelle a montré ses limites et ses risques. Malgré cela, de nombreuses contestations existent face aux réglementations mises en place car certains défendent le modèle de banque universelle obstinément. À l'opposé, d'autres estiment à raison que ces réglementations ne sont pas assez sévères pour garantir la sécurité des dépôts et des activités vitales à l'économie, permettre de limiter le recours aux aides publiques et à la garantie implicite de l'État.

---

<sup>398</sup> Finance Watch, Statement and opinion to Finanzausschuss im Deutschen Bundestag, 18 avril 2013, p. 18.



## **Titre II – La remise en cause de la séparation des activités bancaires**

137. En France, au Royaume-Uni, aux États-Unis, en Allemagne ainsi qu’au sein de l’Union européenne, une réglementation des banques a été jugée nécessaire à la suite de la crise de 2007 afin de limiter les risques d’un effondrement généralisé du système économique et financier. Les réformes établies préconisent toutes une restriction des activités bancaires, par le biais d’une interdiction ou d’une filialisation, pouvant s’effectuer au sein d’un même groupe de sociétés. Cependant, les refontes du système bancaire proposées sont confrontées à de nombreuses critiques. Certains estiment que l’idée même d’une séparation est préjudiciable (CHAPITRE 1) alors que d’autres considèrent que les réformes proposées sont trop peu ambitieuses (CHAPITRE 2). De l’analyse de la situation et des mécanismes de la crise de 2007, il résulte pourtant que le modèle de banque universelle ne peut être raisonnablement conservé sans mettre en danger les dépôts du public et la stabilité de l’économie réelle, compte tenu du vecteur de transmission de la crise que constitue une banque effectuant à la fois des activités de banque de dépôt et des activités de banque d’affaires sur les marchés financiers.



## Chapitre 1 – Les objections au principe de séparation

**138.** Depuis l'élaboration même des différentes réformes, certaines personnes protestent contre le principe même d'une séparation des activités bancaires. Elles considèrent que la volonté de spécialiser les banques, et donc d'interdire le modèle de banque universelle, n'est pas la solution pour éviter que la crise de 2007 ne se reproduise. Elles invoquent que le modèle de banque universelle aurait de nombreux atouts (SECTION 1) et qu'une telle séparation serait alors néfaste pour l'économie (SECTION 2). Pourtant l'Histoire a démontré que, même s'il faut lui reconnaître des avantages, les risques pour la stabilité de l'économie et l'aléa moral engendrés par ces banques qui sont souvent systémiques représentent un danger conséquent qui ne saurait être compensé par des facilitations économiques en période de bonne santé des marchés.

## **Section 1 – La prédominance du modèle de banque universelle**

**139.** Malgré les divergences de point de vue, prévaut une idée générale selon laquelle il n’y a pas d’économie saine sans banque saine. Les partisans et les détracteurs des réformes de séparation des activités bancaires s’accordent sur la nécessité absolue d’éviter les faillites bancaires pour que l’économie mondiale demeure relativement stable. Cependant, les avis diffèrent quant à l’utilité d’une séparation des activités, et donc à la fin du modèle de banque universelle, pour éviter les difficultés bancaires. Ainsi, certaines personnes prônent le maintien de ce modèle car il serait non seulement celui qui a le mieux résisté à la crise (§1), mais aussi le modèle le plus bénéfique pour les clients (§2).

### ***§1. La prétendue solidité de la banque universelle face à la crise de 2007***

**140.** Le modèle de banque universelle est défendu par les rédacteurs des projets de réforme eux-mêmes. Ainsi, Paul Vickers, président de la Commission indépendante sur la profession de banquier mise en place au Royaume-Uni, préconise une structuration de la banque universelle sans la condamner, car il estime que celle-ci a de nombreux avantages<sup>399</sup>. De même, Pierre Moscovici, Ministre de l’Économie et des Finances au moment de la présentation du projet de loi au Parlement, a écrit que « le modèle français de banque universelle a plutôt fait la preuve de sa résilience pendant la crise », ajoutant qu’une séparation stricte et non une filialisation des activités « conduirait à faire disparaître une offre de services que les banques françaises peuvent aujourd’hui offrir aux entreprises pour leur fournir un accès aux marchés

---

<sup>399</sup> VEREYCKEN K., « La “Commission Vickers”, cheval de Troie de la City de Londres », *Le Cercle Les Échos*, 12 janv. 2012. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-eco-conjoncture/politique-economique/221142121/commission-vickers-cheval->.

financiers »<sup>400</sup>. Ce soutien inattendu explique certainement le manque de sévérité des réformes proposées<sup>401</sup>.

**141.** Les partisans du modèle de banque universelle considèrent qu'il n'est pas à l'origine de la crise de 2007 et qu'il est donc stigmatisé à tort. Ils invoquent que le problème ne serait pas lié, en réalité, à la nature des activités exercées par les banques, mais, notamment, à la qualité de leur gestion et de leurs dirigeants, aux fraudes telles que celles des affaires dites « Kerviel » et « la baleine de Londres », au rôle des agences de notation et aux conflits d'intérêts qui aurait certainement menés à la liquidation judiciaire de Lehman Brothers<sup>402</sup>. Seules des initiatives humaines seraient donc responsables, sans que le modèle de banque universelle ait les effets néfastes qu'on lui attribue. S'il faut bien évidemment reconnaître que le risque bancaire n'est pas inhérent aux seules activités de marché puisque la crise des *subprimes* a montré que l'activité de crédit immobilier est une source importante de risques pour les banques et que d'autres acteurs ont effectivement joué un rôle dans la crise de 2007, il ne faut cependant pas sous-estimer l'implication des activités de marché dans celle-ci et le rôle primordial des banques universelles dans sa transmission à l'économie réelle compte tenu de la combinaison des activités de banque d'affaires, soumises à l'instabilité des marchés financiers, et des activités de banque de dépôt qui sont en lien direct avec l'économie réelle<sup>403</sup>. À défaut d'accepter cette analyse, certains partisans du modèle de banque universelle reconnaissent toutefois qu'il a certainement contribué à l'aggravation de la crise<sup>404</sup>.

---

<sup>400</sup> MOSCOVICI P., *Une Loi bancaire réformatrice, ambitieuse et réaliste*, 4 févr. 2013. Disponible sur : <http://www.pierremoscovici.fr/2013/02/04/une-loi-bancaire-reformatrice-ambitieuse-et-realiste/>.

<sup>401</sup> V. *infra*, n° 0 et s.

<sup>402</sup> FERRERO D., Rendez-vous du 1<sup>er</sup> févr. 2013.

<sup>403</sup> V. *supra*, n° 51 et s.

<sup>404</sup> GOUX J.-F., Conférence débat : La réforme bancaire de 2013 : analyse et insuffisances, 20 avril 2013.



**142.** Les partisans du modèle de banques universelles arguent également que ce sont celles qui ont le mieux résisté à la crise et qu'il s'agirait donc du modèle le plus solide et le plus viable en cas de défaillance du système économique et financier<sup>405</sup>. En effet, Lehman Brothers et Merrill Lynch, des banques d'affaires, ainsi que Northern Rock et les caisses d'épargne espagnoles, des banques de dépôt, ont toutes été confrontées à des difficultés graves pendant la crise alors que les banques universelles auraient été moins touchées. Si une telle analyse est bien évidemment partielle et partielle, il faut toutefois souligner que certaines banques universelles ont permis de sauver de la liquidation judiciaire de plusieurs banques spécialisées, en les acquérant par le biais d'une fusion. Ainsi, Bank of America a acheté Merrill Lynch le 15 septembre 2008 et BNP Paribas est devenue l'actionnaire majoritaire de Fortis Banque. La succession de fusions et d'achat d'actions pendant la crise a engendré la création d'énormes groupes bancaires et financiers tels que JPMorgan Chase & Co qui est devenue la société mère de The Bear Stearns Companies, Inc., de Washington Mutual et de RBS Sempra. Cependant, si les banques universelles ont effectivement pu soutenir les banques spécialisées qui étaient en difficulté, c'est parce qu'une grande majorité d'entre elles ont reçu des aides publiques. Ce fut le cas notamment pour BNP Paribas à hauteur de 5,1 milliards d'euros, ainsi que pour Goldman Sachs, JPMorgan Chase & Co et Morgan Stanley qui ont reçu un total de 78 milliards de dollars d'aides<sup>406</sup>. De ce fait, il est donc faux – voire malhonnête – d'affirmer que le modèle de banque universelle a mieux résisté à la crise alors qu'une partie de ces banques n'ont pu surmonter celle-ci que grâce à l'engagement financier des États motivé par l'aléa moral, et donc les risques portant sur les dépôts du public.

**143.** Enfin, les partisans du modèle de banque universelle considèrent également que si, en théorie, la limitation de la taille des banques induite par une séparation des activités bancaires diminue l'aléa moral par la suppression du caractère *too big to fail* de celles-ci, cette affirmation n'est pas forcément vraie en pratique. Pour justifier cela,

---

<sup>405</sup> LE FUR Y. et QUIRY P., « Faut-il séparer banques de détail et banques d'investissements ? », *La lettre Vernimmen.net*, oct. 2012, n° 110, p. 3.

<sup>406</sup> Rédaction Les Échos, « BNP Paribas veut rembourser les aides publiques “avant juin 2010” », *Les Échos*, 23 sept. 2009. Disponible sur : [http://www.lesechos.fr/23/09/2009/lesechos.fr/300377641\\_bnp-paribas-veut-rembourser-les-aides-publiques--avant-juin-2010-.htm](http://www.lesechos.fr/23/09/2009/lesechos.fr/300377641_bnp-paribas-veut-rembourser-les-aides-publiques--avant-juin-2010-.htm).

ils mettent en avant notamment le fait que l'État français a garanti les contrats conclus par le Crédit Immobilier de France, banque d'affaires, alors que celui-ci ne détient que 3,5 % du marché des prêts immobiliers, et est donc loin d'être *too big to fail*<sup>407</sup>. Pourtant, cet argument n'a pas la portée qu'il paraît avoir car les difficultés du Crédit Immobilier de France ne sont pas dues à des prises de risque inconsidérées ou à des comportements amoraux, mais au contexte de crise générale que la société a subi directement. En effet, dans une telle situation de crise, l'agence de notation Moody's a fortement dégradé la note accordée au Crédit Immobilier de France, notamment parce que cette banque d'affaires ne faisait pas partie d'un groupe bancaire, incluant une banque de dépôt, sur lequel elle aurait pu s'appuyer en cas de difficultés économiques<sup>408</sup>. Ainsi, la société a vu sa note diminuer uniquement à cause de sa structure de banque spécialisée non rattachée à un groupe bancaire. Or, la baisse de la note a non seulement bloqué le financement de cette banque sur les marchés, mais en plus elle a rendu exigible une partie de ses dettes dont une clause prévoyait l'exigibilité immédiate en cas de dégradation de la notation<sup>409</sup>, générant une situation délicate proche du surendettement. Cela démontre en revanche que la seule réglementation des activités bancaires, même si elle est nécessaire, ne suffira pas à assainir le système bancaire et financier car il existe d'autres facteurs d'instabilité, dont le manque de réglementation des agences de notation. Il faut cependant reconnaître que l'État est intervenu alors qu'il n'était pas obligé de le faire puisqu'aucun service vital à l'économie n'était en danger. Dès lors, il faut accorder aux partisans du modèle de banque universelle qu'une réglementation efficace ne peut être effectivement suivie d'effet que si l'État choisit de limiter l'octroi de ses aides, ce qui ne peut en pratique relever que du bon vouloir des gouvernements.

**144.** En conséquence, ceux qui veulent protéger le modèle de banque universelle estiment qu'il est le plus solide pour résister aux variations des marchés. Pourtant, s'il n'y a pas eu de banque universelle en cessation des paiements pendant la crise, c'est

---

<sup>407</sup> LE FUR Y. et QUIRY P., *op. cit.*, p. 3.

<sup>408</sup> Agence nationale pour l'information sur le logement, « La crise du Crédit Immobilier de France », *Habitat Actualité*, sept. 2012, n° 129, p. 5 et s.

<sup>409</sup> *Idem.*

en grande partie dû au soutien apporté par les aides publiques, et non à la structure de l'établissement qui, au contraire, a eu tendance à les précipiter dans la crise lorsque l'activité de banque d'affaires disposait de titres toxiques comme notamment les CDO de *subprimes*. Si ce modèle n'est pas plus solide que les banques spécialisées dans un contexte d'instabilité du marché, il serait néanmoins, selon ses partisans, plus apte à répondre aux besoins des clients que le modèle de banque spécialisée.

## **§2. L'efficacité de la banque universelle face à ses clients**

**145.** Les partisans du modèle de banque universelle considèrent non seulement qu'il s'agit de la structure la plus solide, mais en plus qu'elle est la mieux adaptée aux intérêts et aux besoins de la clientèle d'une banque. Ce modèle offre, en effet, la totalité des services bancaires et financiers que peut proposer une banque à ses clients. La banque universelle permet de présenter un service intégré aux clients qui souhaitent bénéficier des prestations de banque de dépôt et de banque d'affaires en même temps. Ainsi, le client n'aura pas à traiter avec plusieurs établissements bancaires et financiers, il s'agit du concept de *one stop shopping*, aussi appelé supermarché de la finance, ou encore guichet unique<sup>410</sup>. Il est effectivement vrai que l'ampleur des services que peut offrir une banque universelle est bien plus large que les prestations des banques spécialisées et qu'il permet au client de n'avoir qu'un seul interlocuteur pour l'ensemble de ses affaires. Toutefois, cet avantage du modèle de banque universelle doit être mis en perspective avec ses inconvénients, et particulièrement avec les risques qu'il génère.

**146.** L'autre avantage que présente le modèle de banque universelle pour ses clients découle du premier. En offrant l'ensemble des services bancaires et financiers à ses clients, une banque diversifie son activité. Or, la diversification des activités d'une société, que ce soit une banque ou non, permet de limiter les risques. En effet, lorsqu'une société ne propose qu'un seul service, si cette activité perd sa rentabilité, elle sera en difficulté. À l'inverse, si une société propose de multiples services, lorsqu'une de ses activités est moins rentable, elle pourra compenser cette perte par

---

<sup>410</sup> Comité consultatif du secteur financier, *Les défis de l'industrie bancaire*, mai 2006, p. 103.

ses autres services. Ainsi, si l'activité de banque d'affaires génère des pertes importantes, celles-ci seront en principe contrebalancées par les gains de l'activité de banque de dépôt, et inversement. La diversification des activités permet donc en principe d'amortir les fluctuations d'un secteur économique<sup>411</sup>. Toutefois, cet argumentaire n'est juste que lorsque les pertes sont limitées. À l'inverse, lorsqu'elles sont trop importantes comme ce fut le cas pendant la crise de 2007, la diversification peut générer un effet de contagion sur l'ensemble des activités de la société. Ainsi, les activités de banque de dépôt en principe peu concernées par l'effondrement des marchés financiers ont subi les difficultés financières liées aux activités de banque d'affaires, qu'il s'agisse d'une banque universelle au sein d'une même entité juridique (auquel cas la transmission des difficultés financières est évidente) ou d'un groupe bancaire qui, par le biais des flux de trésorerie, a fait peser la crise financière sur l'activité de banque de dépôt<sup>412</sup>.

**147.** La multiplicité des activités d'une banque universelle a également une conséquence indirecte qui est la baisse des coûts pour le client. En effet, le coût de financement d'une société est plus faible lorsque celle-ci est moins exposée aux risques. Or, ce coût de financement se répercute directement sur la valeur des taux d'intérêt que peuvent proposer les banques à leurs clients. Cette baisse des risques et des coûts est l'argument le plus éloquent de la force des banques universelles pour leurs partisans. Pourtant, la baisse des coûts n'est pas toujours avérée puisque les activités de banque d'affaires sont majoritairement risquées, ce qui contrebalance alors la diminution des risques due à la diversité des activités (lorsque les pertes sont faibles à moyennes, puisque lorsqu'elles sont élevées c'est l'effet inverse qui se produit). De plus, cette diversification rend le volume de crédit dépendant des marchés, celui-ci étant directement lié au montant des capitaux propres des banques<sup>413</sup>. Ainsi, si les activités de marché causent des pertes importantes, le niveau de capitaux propre va diminuer et la possibilité d'accorder des crédits aussi. À l'inverse, si les activités de

---

<sup>411</sup> Sénat, La banalisation des intermédiaires : la banque universelle. Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r96-52/r96-5221.html>.

<sup>412</sup> V. *supra*, n° 64.

<sup>413</sup> V. *infra*, n° 193 et s.

banque d'affaires génèrent des profits, cela permettra de soutenir la distribution de crédits. Le modèle de banque universelle est donc à l'origine d'une volatilité du volume de crédits offert par la banque<sup>414</sup>.

**148.** S'il faut reconnaître au modèle de banque universelle la simplification apportée au client de pouvoir bénéficier d'une large palette de services et donc de ne pas avoir à multiplier les interlocuteurs bancaires, la diversification des activités ne doit pas être vue comme suffisant à contrebalancer les inconvénients de la banque universelle. Particulièrement, elle ne peut être invoquée comme un argument de force équivalente au fait que les activités de banque d'affaires sont génératrices d'instabilité dans la gestion des activités de banque de dépôt compte tenu de la transmission des risques du marché qui en résulte. Malgré les imperfections de ce modèle, ses partisans insistent non seulement sur ses avantages, mais aussi sur les difficultés de mise en œuvre d'une séparation des activités, et particulièrement quant à la délimitation des activités à cantonner.

---

<sup>414</sup> LE FUR Y. et QUIRY P., *op. cit.*, p. 4.

## Section 2 – Les conséquences néfastes d’une séparation des activités bancaires

149. Les partisans du modèle de banque universelle considèrent qu’une séparation des activités serait compliquée à effectuer compte tenu de la difficulté de distinguer certaines activités réalisées pour le compte de clients de celles réalisées pour compte propre. Ils estiment, par ailleurs, que la séparation des activités serait non seulement nuisible au financement de l’économie (§1), mais qu’en plus elle entraînerait le développement du *shadow banking* (§2). Par ailleurs, la mise en œuvre de cette réforme leur semble inopportune pour le moment car les banques doivent déjà faire face aux contraintes et dépenses supplémentaires impliquées par les exigences de l’accord de Bâle III, celles-ci pesant sur la capacité des banques à prêter et sur leur compétitivité<sup>415</sup>.

### *§1. Une spécialisation nuisible au financement de l’économie*

150. L’un des principaux arguments pour mettre en avant l’aspect néfaste de la séparation des activités bancaires est l’augmentation du coût du crédit. En effet, le taux d’intérêt du crédit dépend directement du taux auquel se financent les banques. Or, ce dernier dépend du risque de solvabilité de la banque, ce risque pouvant être diminué notamment par une diversification des activités d’une société ou un montant important de fonds propres<sup>416</sup>.

151. Pour ce qui est de la diversification, en imposant une séparation des activités bancaires, la multiplicité des activités est automatiquement restreinte et donc le risque de défaillance théorique augmente. Ainsi, le risque de crédit du prêteur de la banque augmente corrélativement. Cela a pour conséquence de rendre le financement des

---

<sup>415</sup> Fédération bancaire française, *Le projet de loi bancaire ne favorise pas le retour à la croissance*, 19 déc. 2013. Disponible sur : <http://www.fbf.fr/web/Internet2010/Content.nsf/0/5903F251B2E12BA0C1257AD90042C6EA?OpenDocument>.

<sup>416</sup> V. *supra*, n° 145.

banques plus onéreux car davantage soumis au risque de non-recouvrement, aussi bien pour les banques de dépôt que pour les banques d'affaires.

Quant au montant des fonds propres, cela impacte principalement les banques d'affaires qui seront privées des dépôts de la clientèle. Tout d'abord, leur taux d'intérêt du financement sera plus important car elles ne pourront plus bénéficier des dépôts de la clientèle qui permettent d'assurer la couverture du risque de liquidité<sup>417</sup> à leurs cocontractants – ni de la garantie implicite de l'État, mais cet argument n'est évidemment pas avancé par les défenseurs du modèle de banque universelle. Ensuite, cet accroissement du prix du financement va entraîner une augmentation de l'endettement des banques d'affaires qui auraient déjà des difficultés à respecter la réglementation de l'accord de Bâle III<sup>418</sup>.

**152.** Du point de vue des banques de dépôt uniquement, qui est celui qui doit être privilégié compte tenu de l'objectif de restriction des risques pesant sur les dépôts et de limitation de l'aléa moral, l'interdiction du modèle de banque universelle conduit donc à accroître le coût du financement des banques du fait de la baisse de la diversité des activités, ce qui sera inmanquablement répercuté sur les emprunteurs. Le coût du financement général de l'économie risque d'augmenter considérablement, restreignant alors son développement. Si cette analyse est juste en théorie, elle s'avère limitée en pratique car il est peu probable que les cocontractants des banques ne s'adaptent pas aux réformes bancaires et continuent à exiger des taux d'intérêt plus élevés que ceux qu'ils imposaient à un modèle de banque qui n'existe plus. L'économie devrait ainsi s'adapter naturellement à la nouvelle répartition des activités bancaires et constater qu'une telle séparation permet *in fine* de réduire les risques de marché pesant sur les banques de dépôt. Finalement, il résulte des arguments des partisans de la banque universelle que seules les activités de banque d'affaires sont réellement impactées négativement par la séparation et que ses effets sur les clients sont relativement limités au regard de la nécessaire sécurité qui en résulte pour l'économie réelle tout entière<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> V. glossaire.

<sup>418</sup> ANTONIN C. et TOUZE V., « L. de séparation bancaire : symbole politique ou nouveau paradigme économique ? », *Observatoire français des conjonctures économiques*, 22 févr. 2013. Disponible sur : <http://www.ofce.sciences-po.fr/blog/?p=3343>.

<sup>419</sup> V. *infra*, n° 171 et s.

**153.** Les partisans de la banque universelle ajoutent qu'à l'augmentation du coût de financement des banques, il faut ajouter le coût de la réforme en elle-même. Séparer les banques d'affaires des banques de dépôt entraînera forcément des dépenses structurelles dues à la réorganisation des activités, qui se répercuteront certainement sur le client. Ainsi, le coût opérationnel du *Financial Services (Banking Reform) Act* est estimé, par le rapport de la Commission indépendante sur la profession de banquier présidée par John Vickers, à une somme comprise entre quatre et sept milliards de livres par an<sup>420</sup>, malgré pourtant les imprécisions de la loi qui ne peuvent permettre un chiffrage efficient. Les banques anglaises considèrent, évidemment, que cette évaluation est en deçà du coût qu'elles ont eu à supporter<sup>421</sup>. La mise en place, dans la filiale cloisonnée et d'une gouvernance propre afin de garantir son autonomie et son indépendance est une des mesures coûteuses des lois de séparation bancaire. Cela nécessite l'embauche d'un personnel dédié à la filiale et de mandataires sociaux indépendants. Cependant, face aux avantages d'une telle séparation pour l'ensemble de l'économie réelle, ce coût est insignifiant.

**154.** De tels dépenses font redouter aux partisans du modèle de banque universelle une perte de compétitivité des banques soumises à la séparation. Soumises à une réglementation supplémentaire par rapport aux banques ayant leur siège social dans des États n'ayant pas mis en place une telle séparation, elles devraient être confrontées à une perte de compétitivité selon les partisans du modèle de banque universelle. Cette analyse serait juste si les réglementations mises en place prévoyaient un réel cloisonnement des activités spéculatives en incluant la tenue de marché, mais, en l'état, l'impact du projet sur les banques, et donc sur leur compétitivité, est minime. Les partisans du modèle de banque universelle indiquent que, dans le cas d'un cantonnement effectif des activités spéculatives, la taille des banques serait restreinte, elles ne pourraient plus offrir l'intégralité des services bancaires et financiers à leurs clients, ce qui engendrerait automatiquement une perte de compétitivité face aux

---

<sup>420</sup> Independent Commission on Banking, Final Report : Recommendations, Royaume-Uni, sept. 2011, p. 141.

<sup>421</sup> DE VAUPLANE H., « La séparation des activités bancaires, une fausse bonne idée », *Le Cercle Les Échos*, 30 août 2012. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/finance-marches/banques-assurances/221153142/separation-activites-bancaires-faus>.



établissements bancaires géants étrangers. Cependant, une telle conséquence est forcément induite par le principe même d'une séparation des activités, qui préfère diminuer la taille des banques pour mieux encadrer leurs éventuelles difficultés. C'est donc une perte de compétitivité au profit de l'application d'un principe de prudence. Pour éviter cette distorsion de concurrence dans l'hypothèse d'une séparation effective des activités bancaires, il faudrait que tous les États se coordonnent afin d'adopter une réglementation bancaire harmonisée<sup>422</sup>. Cette coordination est déjà difficile à réaliser au sein de l'Union européenne, le projet d'union bancaire se développant très lentement, elle semble alors impossible à un niveau international. Quoiqu'il en soit, il est certain que la recherche de compétitivité doit s'effacer au profit de la prudence nécessaire pour éviter une nouvelle crise économique issue des activités de marché.

**155.** Les partisans du modèle de banque universelle craignent également que l'excès de réglementation soit un support à la spéculation. En effet, lorsqu'une banque éprouve des difficultés à respecter certaines contraintes réglementaires, les opérateurs sur le marché peuvent avoir tendance à spéculer contre elle et donc à provoquer sa cessation des paiements tout en s'enrichissant<sup>423</sup>. Cet argument est contestable car seules les banques de taille systémique ou quasi systémique devront respecter les dispositions prévues par les réformes, or celles-ci peuvent assumer le coût d'une séparation des activités et ne devraient ainsi pas faire défaut du fait de l'application de cette réglementation. De plus, la spéculation contre les sociétés éprouvant des difficultés n'est pas systématique et n'est pratiquée que par des sociétés manquant particulièrement d'éthique. Or, la crise de 2007 a montré que les dirigeants sociaux doivent répondre de certains des actes de leur société devant les contribuables, cela a été le cas pour Lloyd Blankfein, président-directeur général de Goldman Sachs Group, Inc., qui a été interrogé par le Sénat américain pour avoir vendu des produits risqués à ses clients puis spéculé contre eux<sup>424</sup>, ainsi que pour Jamie Dimon, président-directeur général de JPMorgan Chase & Co, qui a été entendu par le Sénat américain à la suite

---

<sup>422</sup> ANTONIN C. et TOUZE V., *op. cit.*

<sup>423</sup> *Idem.*

<sup>424</sup> DE GASQUET P., « Le Sénat accuse Goldman Sachs d'avoir alimenté la bulle immobilière », *Les Échos*, 28 avril 2010. Disponible sur : [http://www.lesechos.fr/28/04/2010/LesEchos/20666-148-ECH\\_le-senat-accuse-goldman-sachs-d-avoir-alimente-la-bulle-immobiliere.htm](http://www.lesechos.fr/28/04/2010/LesEchos/20666-148-ECH_le-senat-accuse-goldman-sachs-d-avoir-alimente-la-bulle-immobiliere.htm).

des lourdes pertes liées aux activités de marché qu'a subi la banque en 2012<sup>425</sup>. En conséquence, peu de sociétés ayant une taille importante oseront parier contre une banque qui éprouve des difficultés, et les sociétés moins imposantes n'ont pas une dimension financière suffisante pour avoir un impact sur les cotations boursières. En pratique, seuls les fonds d'investissement sont susceptibles d'une telle spéculation, le risque est donc très restreint. En revanche, si ce risque est minime, un autre l'est beaucoup moins, il s'agit de l'éventuel développement du *shadow banking*.

## ***§2. Une spécialisation favorable au développement de la finance parallèle***

**156.** La finance parallèle, aussi appelée *shadow banking* ou encore finance de l'ombre, est définie par le Conseil de stabilité financière comme étant « un système d'intermédiation de crédit auquel concourent les entités et activités extérieures au système bancaire régulé »<sup>426</sup>. Cette définition a été reprise par la Commission européenne dans son Livre vert sur le système bancaire parallèle<sup>427</sup>. Le Conseil de stabilité financière a identifié deux dimensions de la finance parallèle, l'une portant sur les entités et l'autre sur les activités. Ainsi, la finance parallèle se caractérise par des entités non régulées qui effectuent des activités traditionnellement rattachées aux banques, telles que la collecte de fonds ayant les mêmes caractéristiques que les dépôts, le transfert des risques de crédit et le recours à l'effet de levier. Cette première caractéristique se combine avec une seconde qui est la définition de la finance parallèle par ses activités telles que la titrisation, les opérations de pension, ou encore les prêts de titres<sup>428</sup>. Plus simplement, la finance parallèle désigne le financement non bancaire de l'économie, un financement par les marchés financiers.

---

<sup>425</sup> ROBEQUAIN L., « “Baleine de Londres” : les dirigeants de JP Morgan au banc des accusés », *Les Échos*, 15 mars 2013. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0202645216474-baleine-de-londres-les-dirigeants-de-jp-morgan-au-banc-des-accuses-549701.php>.

<sup>426</sup> « The shadow banking system can be broadly defined as “the system of credit intermediation that involves entities and activities outside the regular banking system”. » Financial Stability Board, *Shadow Banking : Strengthening Oversight and Regulation*, 27 oct. 2011, p. 3.

<sup>427</sup> Commission européenne, *Livre vert : le système bancaire parallèle*, Belgique, 19 mars 2012, p. 3.

<sup>428</sup> NOUY D., « Les risques du *Shadow banking* en Europe : le point de vue du superviseur bancaire », *Autorité de contrôle prudentiel*, avril 2013, p. 4.

**157.** Bien que la finance parallèle ait longtemps été considérée comme une innovation financière pouvant contribuer à améliorer la liquidité<sup>429</sup> et la gestion des risques dans le secteur bancaire et financier<sup>430</sup> et qu'elle ait encore aujourd'hui une utilité avérée pour certaines sociétés, la crise de 2007 a montré sa propension aux activités instables pouvant générer de graves conséquences lorsque le risque se réalise<sup>431</sup>. En effet, il existe de nombreux mécanismes de transmission des risques de la finance parallèle au secteur bancaire régulé. Par exemple, une société ayant des difficultés à obtenir un prêt bancaire va emprunter de l'argent à une autre société qui, pour sa part, a accès au crédit bancaire. La société intermédiaire accepte de prendre un risque de crédit en contrepartie d'un taux d'intérêt élevé imposé à la société à laquelle elle prête. Cependant, si la première société ne rembourse pas la seconde, cette dernière pourrait avoir à son tour des difficultés à s'acquitter de sa dette auprès de la banque. C'est alors la banque qui supportera le risque de crédit pris à l'origine par la société intermédiaire. Par ailleurs, le Conseil de stabilité financière estime, malgré les difficultés d'évaluation, que les activités de finance parallèle auraient doublé en dix ans, représentant entre 30 % et 40 % du système financier régulé<sup>432</sup>. Dès lors, les législateurs et les régulateurs cherchent à encadrer la finance parallèle dont les activités sont à la frontière du champ d'intervention traditionnel des régulateurs.

**158.** Les partisans du modèle de banque universelle craignent que la séparation des activités bancaires entraîne un transfert des activités cloisonnées vers la finance parallèle. Les sociétés non bancaires pratiquant la finance parallèle n'ont pas à respecter la réglementation bancaire, et notamment les ratios prudentiels. Or, le respect de telles dispositions a un coût qui, selon les défenseurs de la banque universelle, n'est pas négligeable et qui vient corrélativement augmenter le coût du crédit pour les clients<sup>433</sup>. Si le coût devient trop élevé, les clients auront peut-être tendance à se tourner

---

<sup>429</sup> V. glossaire.

<sup>430</sup> CLAESSENS S., POZSAR Z., RATNOVSKI L. et SINGH M., « *Shadow Banking : Economics and Policy* », *International Monetary Fund*, 4 déc. 2012, p. 6 et s.

<sup>431</sup> NOUY D., *op. cit.*

<sup>432</sup> DE VAUPLANE H., *Shadow Banking : La prochaine bulle ?*, 1<sup>er</sup> juill. 2012. Disponible sur : <http://alternatives-economiques.fr/blogs/vauplane/2012/07/01/shadow-banking-la-prochaine-bulle/>.

<sup>433</sup> V. *supra*, n° 0 et s.

vers les prêts offerts par la finance parallèle. Toutefois, cela reste une pure hypothèse, d'autant que cet argument, s'il est systématiquement invoqué par les partisans du modèle de banque universelle, il n'a jamais été expliqué précisément dans ses mécanismes et sa mise en œuvre.

**159.** Les arguments invoqués en faveur du modèle de banque universelle ne sont pas convaincants et demeurent insuffisants face à la nécessité d'appliquer un principe de précaution au système bancaire. En revanche, les partisans du modèle de banque universelle mettent l'accent sur d'autres causes d'instabilité économique qu'il faudrait aussi règlementer. En effet, le modèle de banque universelle ne doit pas être stigmatisé comme étant l'unique cause de la crise de 2007. Néanmoins, spécialiser les activités bancaires demeure une bonne solution pour éviter un nouvel effondrement du système bancaire et financier. Il faut d'ailleurs souligner que M. Sanford I. Weill, ancien président-directeur général de Citigroup Inc. ayant contribué à la dérèglementation bancaire de 1999 aux États-Unis<sup>434</sup>, s'est prononcé en faveur d'une séparation des activités bancaires en 2012<sup>435</sup>. Si la séparation est admise sur le principe, sa mise en œuvre par les différents projets est insuffisante.

---

<sup>434</sup> V. *supra*, n° 31.

<sup>435</sup> MATTHEWS C., « *Former Citigroup Head Sandy Weill Calls for Breaking up the Banks* », *Time Business & Money*, 26 juill. 2012. Disponible sur : <http://business.time.com/2012/07/26/former-citigroup-head-sandy-weill-calls-for-breaking-up-the-banks/>.



## Chapitre 2 – Les objections aux projets séparation

**160.** Les lois bancaires ont la particularité de devoir comporter des dispositions d'ordre général et d'autres extrêmement précises. La généralité permet à la loi d'être applicable à l'ensemble des opérations bancaires et financières susceptibles d'être réalisées par une banque. En effet, des instruments financiers sont créés régulièrement par la pratique, or les nouveaux instruments n'entreraient pas dans le champ d'application de la loi dans l'hypothèse où celle-ci serait trop spécifique. D'un autre côté, la précision évite le contournement des contraintes posées par la loi, voire son inapplicabilité dans le cas où les opérations visées ne seraient pas définies précisément. Ces deux considérations ont été résumées par Gilles Carrez, ancien président de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire à l'Assemblée nationale : « Je crains la sophistication à l'extrême des produits financiers et, partant, l'inventivité de certains banquiers »<sup>436</sup>. S'il faut reconnaître que la réalisation de ces projets n'était pas aisée, leurs dispositions sont bien trop conciliantes. Ces projets auraient dû être plus sévères (SECTION 1), et peut-être même aller jusqu'à l'élaboration d'un *Glass-Steagall Act* contemporain, en prohibant totalement le modèle de banque universelle (SECTION 2).

---

<sup>436</sup> RAYMOND G., *op. cit.*

## Section 1 – Des réformes *a minima*

**161.** Les séparations des activités bancaires mises en place par les lois française, anglaise, américaine et allemande, et par les projets européens sont critiquables du fait de leur complaisance, voire même de leur quasi totale inefficacité. Certains vont jusqu'à qualifier la loi bancaire française de « retouche cosmétique »<sup>437</sup>. Ainsi, non seulement le choix de la technique de filialisation pour séparer les activités bancaires nuit à l'efficacité des réformes proposées (§1), mais en plus le contenu des réformes est extrêmement lacunaire pour permettre une séparation réelle et effective (§2).

### ***§1. La faiblesse d'une filialisation***

**162.** Le premier obstacle à une séparation efficace est le choix de la technique de filialisation pour cloisonner les activités. Seul le *Dodd-Frank Act* ne prévoit pas la filialisation, mais préfère recourir à l'interdiction de certaines activités. Il faut souligner également que la proposition de règlement européen et la loi française prévoient la prohibition de certaines activités en plus d'une filialisation. Le choix de cette technique démontre que les rédacteurs des projets n'ont pas voulu rejeter le modèle de banque universelle. Cela a d'ailleurs été clairement exprimé par John Vickers et par Pierre Moscovici. Le premier a précisé que les recommandations de la Commission indépendante sur la profession de banquier qu'il a présidée ne sont pas une condamnation de ce modèle, mais qu'elles préconisent une réglementation permettant de structurer la banque universelle<sup>438</sup>. De même, Pierre Moscovici a défendu à plusieurs reprises ce modèle, estimant que sa suppression n'était pas une bonne solution<sup>439</sup>.

Pour garantir une séparation effective des activités par la filialisation, il faudrait que la filiale cantonnée soit parfaitement « étanche » vis-à-vis de l'établissement de

---

<sup>437</sup> PHILIPPONNAT T., Lettre ouverte adressée au Ministre français de l'Economie et des Finances Pierre Moscovici, Belgique, 11 déc. 2012, p. 1.

<sup>438</sup> VEREYCKEN K., *op. cit.*

<sup>439</sup> V. *supra*, n° 138.

crédit et des autres filiales<sup>440</sup>. À défaut, la banque de dépôt pourrait aider financièrement la banque d'affaires pour couvrir ses pertes et donc se mettrait éventuellement en difficulté économique elle-même, que ce soit via des plus de trésorerie ou par le biais des pertes en capital. Or, cela rendrait inefficace la séparation puisque l'État viendrait en aide à la banque de dépôt qui aurait apporté des fonds à la banque d'affaires, créant ainsi un aléa moral vis-à-vis de la banque de dépôt du fait des activités de marché. Dans une telle hypothèse, la banque d'affaires bénéficierait indirectement du soutien public. Pour éviter une telle conséquence, la filialisation doit permettre d'interdire à la banque recevant les dépôts de la clientèle d'apporter un soutien, quel qu'il soit<sup>441</sup>, à la société filialisée réalisant des activités de marché. Cependant, même si toutes ces précautions étaient prévues par les projets de loi, une filiale n'est jamais totalement autonome du reste du groupe. Ainsi, Jérôme Cazes, président du Club des Vigilants, a qualifié la filialisation des activités de « technique du Titanic » en rappelant que les cloisons n'ont pas suffi à empêcher le bateau de couler<sup>442</sup>.

**163.** Par le refus d'une séparation pure et simple des activités bancaires, le cloisonnement ne sera pas totalement effectif du fait non seulement du lien capitalistique qui existe entre la société mère et la filiale cantonnée, mais aussi des divers mécanismes intragroupe prévus par la loi.

Le lien capitalistique qui va demeurer entre la filiale cantonnée et l'établissement de crédit rend la banque de dépôt vulnérable aux variations de rentabilité de la banque d'affaires, et donc aux risques qu'elle accepte de prendre. Par ce lien, l'établissement de crédit devra, au minimum, supporter la perte de son apport en cas de liquidation judiciaire ou amiable de la banque d'affaires. Cela résulte de l'article 1832 alinéa 3 du Code civil selon lequel tout associé s'engage à contribuer aux pertes de la société, ce qui signifie qu'en cas de liquidation de la société, l'associé

---

<sup>440</sup> Finance Watch, Analyse du projet remis par le gouvernement français et propositions d'amendements, janv. 2013, p. 17 et s.

<sup>441</sup> La simple garantie apportée par la banque de dépôt suffit à faire jouer l'aléa moral puisqu'il existe un risque que la garantie se réalise, auquel cas la banque de dépôt devra payer.

<sup>442</sup> CAZES J., « Les Français ne méritent pas le projet de réforme bancaire de Pierre Moscovici », *Le Cercle Les Échos*, 13 déc. 2012. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-econo-conjoncture/politique-economique/221160928/francais-meritent-projet-r>.



ne pourra récupérer son apport que si tous les créanciers, privilégiés comme chirographaires, ont été désintéressés. Cependant, il est rare que la contribution aux pertes de la filiale se limite à cette hypothèse.

Il existe généralement, voire systématiquement, des accords intragroupe entre la société mère et ses filiales portant sur des aspects financiers. Ainsi, l'article L. 511-7 I 3° du Code monétaire et financier dispose qu'il n'est pas interdit pour une société de « procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ». Cet article autorise ainsi la conclusion de prêts intragroupe et de conventions de trésorerie intragroupe, aussi appelées conventions d'omnium, qui sont définies comme étant « une convention *sui generis* par laquelle la société mère se voit confier par les autres sociétés du groupe des missions lui permettant de jouer le rôle d'emprunteur/prêteur afin de faire circuler les fonds des sociétés du groupe bénéficiant d'excédents de trésorerie vers celles qui souffrent au contraire de déficits »<sup>443</sup>. Par exemple, pendant la crise de 2007, les sociétés mères BPCE et Crédit Agricole S.A. ont prêté d'importantes sommes à leurs filiales en difficultés, à savoir les banques d'affaires Natixis et Crédit Agricole Corporate and Investment Banking. De tels accords intragroupe permettent donc la gestion de flux de trésorerie au sein d'un groupe de sociétés. En conséquence, la séparation des activités bancaires par une filialisation ne garantit pas que l'établissement de crédit n'interviendra pas pour aider sa filiale, se mettant alors potentiellement en difficulté financière. Cela limite fortement la portée du cloisonnement des activités bancaires.

**164.** La séparation des activités par la technique de la filialisation n'est pas satisfaisante pour garantir que la banque de dépôt ne subisse plus les risques pris par la banque d'affaires. Le choix d'une filialisation est d'autant plus contestable en France que deux des quatre grandes banques françaises, BPCE et Crédit Agricole S.A., opèrent déjà sous la forme d'un groupe bancaire ayant filialisé les activités de marché.

---

<sup>443</sup> BEDARIDE B., « La convention d'omnium et le mandat de gestion de trésorerie », *Les Échos*, 2 mai 2013. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/entrepreneur/compta-finances/221171756/convention-omnium-et-mandat-gestion-tresorerie>.

Or, celles-ci ont été confrontées, pendant la crise de 2007, à des difficultés économiques dues aux pertes de leur banque d'affaires filialisée, prouvant qu'une filialisation n'est pas adaptée au but poursuivi par la loi française. Jean Peyrelevade, ancien président du Crédit Lyonnais, a ainsi affirmé que la filialisation est une bonne idée s'il s'agit d'une étape intermédiaire avant une séparation complète des activités de banque de dépôt et des activités de banque d'affaires<sup>444</sup>. Il a par ailleurs ajouté que « pour une activité de banque d'investissement, qui n'a pas de dépôts et donc pas de sources propres de liquidité, la tentation sera grande de trouver des tunnels, des viaducs, pour accéder à la liquidité de la banque de détail présente au sein du même groupe bancaire »<sup>445</sup>. En conséquence, le choix de la filialisation affaiblit l'efficacité de la séparation des activités bancaires, mais ce sont les lacunes des projets proposés qui vont définitivement remettre en cause l'efficacité de celle-ci.

## ***§2. Les lacunes des filialisations mises en œuvre***

**165.** Au sein de l'Union européenne, quatre réformes ont été proposées et la difficulté va être de concilier ces réformes. Les lois française et allemande s'étant inspirées du rapport dit « Liikanen », malgré quelques modifications, la conformité à un projet fondé sur ce rapport ne devrait pas poser de difficultés. En revanche, si la proposition de réglementation européenne devait être adoptée en l'état, les activités pour compte propre et les opérations réalisées avec des fonds d'investissement spéculatifs devraient, dans une certaine mesure, faire l'objet d'une prohibition et non d'une simple filialisation. En conséquence, l'adoption d'un tel projet européen nécessiterait un nouvel ajustement des banques françaises et allemandes pour être en conformité avec les exigences européennes. Par ailleurs, la multiplicité des exceptions prévues à la fois dans les lois nationales et dans la proposition européenne pourrait demander un travail d'équilibriste aux banques afin de concilier l'ensemble des particularités de ces réformes. Concernant la loi anglaise, cette adaptation serait de bien plus grande ampleur compte tenu de l'opposition de l'entité cloisonnée puisque les activités à filialiser seront, comme prévu dans la proposition européenne,

---

<sup>444</sup> VEREYCKEN K., *op. cit.*

<sup>445</sup> *Idem.*

cantonnées à la filiale banque d'affaires malgré la grande liberté qui est laissée aux États membres. Il en serait de même avec une réforme fondée sur le rapport dit « Liikanen ». Néanmoins, le Royaume-Uni a récemment décidé par référendum de sortir de l'Union européenne, en conséquence les banques anglaises ne devraient pas avoir à se conformer à une réglementation européenne de séparation des activités bancaires, sauf retournement imprévu.

**166.** Pour ce qui est du contenu des activités séparées, les réformes ont des solutions différentes, mais aucune n'est réellement efficace. Le *Financial Services (Banking Reform) Act* est le plus critiquable quant au contenu de la filialisation qu'il effectue. En cloisonnant les activités de banque de dépôt, il laisse toute liberté à la banque d'affaires, dont les activités sont risquées pour l'économie. De plus, un tel cantonnement oblige le *Her Majesty's Treasury*, auquel les détails de la loi sont délégués, à énoncer de façon très précise les activités qui relèvent de la banque de dépôt. À défaut ou en cas d'oubli, il prend le risque de restreindre le champ d'action de la banque de dépôt, qui réalise les opérations vitales à l'économie<sup>446</sup>. À l'inverse, trop d'exceptions pourraient vider la séparation de sa substance en permettant à la banque de dépôt d'exercer des activités qui mettent en danger sa stabilité.

La loi française de séparation et de régulation des activités bancaires distingue les activités utiles au financement de l'économie des activités spéculatives. Toutefois, fonder la filialisation sur cette distinction n'est pas opportun du fait de la subjectivité de la notion d'activités utiles. Il y a d'ailleurs eu une modification sémantique du gouvernement français qui s'est opérée par un glissement de la notion définie d'activité de crédit à la notion subjective d'activités utiles<sup>447</sup>. Ainsi, le critère de distinction retenu est imprécis et permet de n'isoler qu'une faible part des activités de marché. En effet, la loi française se caractérise par plusieurs exceptions qui s'avèrent avoir une grande portée. Par exemple, elle exempte de cloisonnement les activités de fourniture de services d'investissement à la clientèle et de tenue de marché. Or, toutes les opérations sur les marchés financiers s'effectuent par un contrat conclu avec une contrepartie, celle-ci pouvant être aisément requalifiée en client. Ainsi, à défaut de

---

<sup>446</sup> DE VAUPLANE H., *op. cit.*

<sup>447</sup> PHILIPPONNAT T., *op. cit.*

précisions supplémentaires, ces deux exemptions pourraient regrouper la quasi-totalité des activités de marché<sup>448</sup>. Un autre exemple est celui des dispositions relatives au *trading* à haute fréquence qui, en principe, est interdit par la réglementation. Néanmoins, cette activité est autorisée dès lors qu'elle est effectuée à des fins de tenue de marché, ou encore si les opérations s'effectuent en plus d'une demi-seconde ou si les opérations annulées ou modifiées représentent moins de 80 % des ordres passés sur la journée de bourse. Pourtant, le *trading* à haute fréquence est une activité purement spéculative et extrêmement risquée qui ne devrait pas bénéficier d'exceptions compte tenu de la célérité avec laquelle elle peut plonger une société dans la faillite<sup>449</sup>.

Le rapport dit « Liikanen » est le plus ambitieux. Celui-ci cloisonne dans une filiale les activités de négociation pour compte propre et de tenue de marché, ainsi qu'une large majorité des contrats généralement conclus par une banque avec un fonds d'investissement. Il se distingue des autres réglementations en incluant dans la filiale cantonnée les activités de teneur de marché. Par cela, le rapport évite de devoir déterminer la frontière délicate entre les opérations pour compte propre et la tenue de marché<sup>450</sup> et permet le cloisonnement une grande partie des activités spéculatives. Il est notamment bien plus ambitieux que la proposition de règlement européen qui, hormis l'interdiction partielle de certaines activités, laisse quasi exclusivement au bon vouloir des États la filialisation des activités risquées. Cependant, l'efficacité du rapport dit « Liikanen » est limitée par le seuil d'applicabilité qu'il retient.

**167.** Le seuil en dessous duquel les banques ne seront pas tenues de respecter les dispositions du rapport dit « Liikanen » est très élevé, ce qui limite considérablement sa portée. En effet, les banques ne seront tenues de respecter ses dispositions que si les actifs de la banque alloués au *trading* et disponibles à la vente excèdent un seuil relatif de 15 % à 25 % du total des actifs de la société ou un seuil absolu de 100 milliards d'euros. Du fait de ce seuil élevé, seule une quinzaine de banques européennes sont concernées, dont les quatre grandes banques françaises que sont Société Générale,

---

<sup>448</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>449</sup> *V. supra*, n° 0 et s.

<sup>450</sup> *V. supra*, n° 0.

BNP Paribas, Crédit Agricole S.A. et BPCE<sup>451</sup>. Si la volonté de préserver les petites banques de nouvelles contraintes réglementaires peut s'expliquer, d'une part, un tel seuil s'avère être beaucoup trop élevé et, d'autre part, c'est oublier que même une banque de petite taille peut avoir des conséquences considérables sur la transmission d'un risque issu des marchés financiers à l'économie réelle<sup>452</sup>. En effet, compte tenu de l'interconnexion du système bancaire, les banques de taille moyenne, voire petite, peuvent engendrer des conséquences systémiques en cas de défaillance. Cette critique relative au champ d'application des réformes bancaires peut aussi être reprochée à la loi allemande qui prévoit un seuil similaire. Quant à la loi américaine, elle dispose d'un seuil relativement faible de 3 % du *Tier I*<sup>453</sup>, mais elle est toutefois limitée dans son effectivité par un grand nombre d'exceptions<sup>454</sup>. De la même manière, la réglementation française se limite aux plus grandes banques en prévoyant que la valeur comptable des actifs de l'activité de négociation sur instruments financiers soit supérieure à 7,5 % du bilan, ce qui représente une très grande part d'activité de négociation sur les marchés financiers. Pour ce qui est du seuil d'applicabilité de la loi anglaise, celui-ci est laissé à la libre appréciation du *Her Majesty's Treasury*. Ce renvoi est, une fois encore, source d'incertitude sur la portée réelle de la loi. Une telle disposition est, par ailleurs, susceptible de générer des conflits d'intérêts entre le secteur bancaire et le pouvoir exécutif.

**168.** Du fait des nombreuses lacunes de ces réformes, les mandataires sociaux des établissements de crédit ne craignent pas leur mise en œuvre. Ainsi, le président-directeur général de la Société Générale, M. Frédéric Oudéa, a déclaré devant la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire que le cloisonnement prévu dans ses dispositions actuelles ne concernera que 3,5 % à 5 % des activités de marché des banques<sup>455</sup>. De même, les activités concernées par la

---

<sup>451</sup> SOLLIER S., « Rapport Liikanen : les banques françaises s'inquiètent », *La Tribune*, 2 oct. 2012. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/2012/10/02/trib000722475/rapport-liikanen-les-banques-francaises-s-inquietent.html>.

<sup>452</sup> V. *supra*, n° 110 et s.

<sup>453</sup> V. glossaire.

<sup>454</sup> V. *supra*, n° 91.

<sup>455</sup> Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, *Compte rendu n° 60*, 30 janv. 2013. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cfiab/12-13/c1213060.asp>.

filialisation française ne représenteraient que 0,5 % du produit net bancaire de BNP Paribas en 2011, alors que le cloisonnement prévu par le rapport dit « Liikanen » concernerait au moins 13 % du produit net bancaire<sup>456</sup>. Par ailleurs, la réforme française est si peu contraignante que le groupe de sociétés ayant pour société mère BPCE l'avait appliqué en partie de manière anticipée en faisant racheter par Caisse d'épargne et Banque populaire, banques de dépôt, les parts que Natixis, banque d'affaires, détenait sur elles, avant même l'entrée en vigueur de la loi. Natixis n'était donc plus actionnaire des banques de dépôt du groupe, mais demeurait la filiale de BPCE, elle-même détenue entièrement par Caisse d'épargne et Banque populaire<sup>457</sup>.

**169.** Les nombreuses lacunes des réformes et la faiblesse d'une filialisation rendent celles-ci inefficaces, puisqu'elles ne permettront pas d'éviter une nouvelle crise économique issue des activités spéculatives. Une solution radicale, mais efficace, consisterait à réutiliser les législations qui ont été efficaces par le passé, c'est-à-dire à élaborer un nouveau *Glass-Steagall Act*.

---

<sup>456</sup> ROLLAND S., « Les opposants à la réforme bancaire donnent de la voix », *La Tribune*, 18 déc. 2012. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/20121217trib000737759/les-opposants-a-la-reforme-bancaire-donnent-de-la-voix.html>.

<sup>457</sup> Rédaction Les Échos, « BPCE fait de sa filiale Natixis une société cotée comme les autres », *Les Échos*, 17 févr. 2013. Disponible sur : [http://www.lesechos.fr/17/02/2013/lesechos.fr/0202572549788\\_bpce-fait-de-sa-filiale-natixis-une-societe-cotee-comme-les-autres.htm](http://www.lesechos.fr/17/02/2013/lesechos.fr/0202572549788_bpce-fait-de-sa-filiale-natixis-une-societe-cotee-comme-les-autres.htm).

## Section 2 – Vers un retour au *Glass-Steagall Act*

**170.** L'idée d'un retour à la législation mise en place aux États-Unis en 1933, puis en France en 1941, est vivement critiquée par certains. Gilles Carrez a été particulièrement virulent à l'encontre de cette proposition, la qualifiant d'une « absurdité qui ne ferait qu'enfoncer un des seuls secteurs qui se porte à peu près bien en France »<sup>458</sup>. Une telle solution semble pourtant la plus adaptée parmi celles mises en place pour régler efficacement les banques, et donc éviter le transfert d'une crise financière à l'économie réelle. Au regard de l'Histoire, les réglementations séparant strictement les activités bancaires ont permis de stabiliser l'économie en restaurant la confiance des justiciables en leur système bancaire, cette confiance étant unanimement reconnue comme nécessaire à la reprise de l'économie après une situation de crise grave<sup>459</sup>. Il faut par ailleurs souligner que la séparation des années 1930 a rendu le système financier plus résistant aux défaillances. Par exemple, le krach boursier de 1987 n'a pas eu d'impact fort sur l'économie réelle puisque les banques de dépôt n'ont été que peu affectées. De même, en 1990, il y a eu une crise bancaire entraînant un resserrement du crédit, les banques de dépôt limitant fortement l'octroi de prêts bancaires ; les banques d'affaires ont alors pu aider à la reprise de l'économie car elles n'étaient pas affectées par cette crise<sup>460</sup>.

**171.** Ainsi, les arguments invoqués contre l'interdiction des banques universelles sont tous contredits par l'Histoire.

Pour ce qui est de l'effet néfaste qu'aurait une telle séparation sur les clients, il convient de reconnaître qu'un service centralisé de guichet unique est plus simple pour la clientèle de la banque. Cependant, supprimer une facilité ne revient pas à créer une contrainte : les clients ont toujours la possibilité de contracter auprès d'une banque de dépôt et d'une banque d'affaires même si celles-ci ne sont pas au sein d'une même

---

<sup>458</sup> RAYMOND G., *op. cit.*

<sup>459</sup> CARSTENS A., « L'importance de la confiance dans les effets de stabilisation macroéconomique », *Revue de la stabilité financière*, avril 2012, n° 16, p. 205 et s.

<sup>460</sup> Finance Watch, Answer to the public consultation from the European Commission on the Liikanen report, 13 nov. 2012, p. 12.

structure ; c'est d'ailleurs ce qu'ils font déjà lorsqu'ils mettent en concurrence plusieurs sociétés. Non seulement les sociétés d'un groupe bénéficient d'une personnalité morale qui leur est propre et le client conclut donc des contrats avec des sociétés indépendantes l'une de l'autre, mais en plus, au sein d'une même société, l'interlocuteur est souvent différent selon les demandes du client. Cette facilitation n'a ainsi qu'une faible portée en pratique. Cette analyse est confirmée par l'expérience des réglementations bancaires de 1933 et de 1941 qui démontre que les clients, dont les grandes sociétés, n'étaient pas gênés par le fait qu'il faille s'adresser à des interlocuteurs différents<sup>461</sup>. Au contraire, une telle séparation permettait aux cocontractants des banques de dépôt et des banques d'affaires de connaître plus précisément les risques de contrepartie auxquels ils s'exposaient par la spécialisation de leurs interlocuteurs. Concernant la crainte de l'augmentation du coût de financement due au manque de diversification des banques scindées, si elle peut éventuellement être constatée dans un premier temps, c'est ensuite l'effet inverse qui devrait se produire. En effet, une telle séparation a pour objectif la baisse significative des risques pour la banque de dépôt qui n'aurait plus à supporter les risques pris par la banque d'affaires. Ainsi, à terme, la baisse des risques entraînerait, corrélativement, celle du coût de financement de la banque de dépôt et donc celle du taux d'intérêt du crédit. De plus, la diversification des activités ne suffit souvent pas à compenser les risques excessifs pris par les banques d'affaires, celle-ci pouvant finalement avoir un effet de contagion lorsque l'effondrement d'une activité est trop important.

Quant à l'argument selon lequel une telle séparation stricte des activités serait préjudiciable aux banques d'affaires qui auraient alors des difficultés pour se financer, il faut lui opposer que les grandes banques d'affaires qui existent aujourd'hui ont été créées à la suite de la scission des banques<sup>462</sup>. Tel est le cas de Morgan Stanley qui a été fondée en 1935. De plus, les fonds d'investissement sont rarement de grande taille et ils ne bénéficient pas des dépôts bancaires, pourtant leur importance est considérable dans le secteur financier et ils sont souvent très rentables. Enfin, la nécessité impérieuse de sécuriser les dépôts reçus du public ne peut souffrir d'une quelconque volonté d'épargner les banques d'affaires.

---

<sup>461</sup> Finance Watch, *op. cit.*, p. 9.

<sup>462</sup> Finance Watch, *idem*.



**172.** Les reproches faits au principe d'une séparation stricte des activités bancaires comme celle qu'il y a eu dans les années 1930 ne sont donc pas fondés. Cependant, si une législation interdisant aux banques de dépôt et banques d'affaires d'être réunies au sein d'un même groupe devait être votée, cela nécessiterait qu'elle soit adaptée au contexte économique et social actuel (§1). Une séparation telle que celle qui a été mise en œuvre par le *Glass-Steagall Act* est le moyen le plus efficace pour s'assurer que la banque de dépôt ne subira pas les risques et les pertes de la banque d'affaires, et donc pour limiter l'aléa moral aux seules banques réalisant des activités essentielles à l'économie réelle, à savoir les banques de dépôt. Néanmoins, pour certains, cette scission n'est pas suffisante pour faire face à la finance dérèglementée (§2).

### ***§1. Pour la mise en place d'un Glass-Steagall Act contemporain***

**173.** Afin de limiter le risque de transmission d'une crise des marchés financiers à l'économie réelle et d'éviter dans la mesure du possible tout danger pesant sur les dépôts du public ou sur les autres missions d'intérêt public gérées par les banques de dépôt, il est évident que le modèle de banque universelle doit être démantelé. Pour séparer efficacement les activités bancaires, il faudrait s'inspirer des dispositions du *Glass-Steagall Act* de 1933 en le modernisant. Le principe serait le même, c'est-à-dire l'interdiction pour une banque de dépôt de réaliser des activités de marché et d'être affiliée à une banque d'affaires de quelque manière que ce soit, ce qui résulte en une interdiction pure et simple du modèle de banque universelle.

**174.** La séparation pourrait reposer sur la même distinction que celle prévue par la loi de 1941 entre les banques regroupant les activités de banque de dépôt et les établissements financiers gérant les activités de banque d'affaires. Ainsi, les banques demeureraient un type d'établissement de crédit, tel que défini par l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier. Elles pourraient réaliser des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier et des opérations connexes au sens de l'article L. 311-2 dudit Code. Les activités des banques seraient donc limitées essentiellement à la réception de fonds du public, aux opérations de crédit et aux services bancaires de paiement. Leurs cocontractants seraient alors principalement

des particuliers et des petites et moyennes entreprises. Les établissements financiers seraient des sociétés non bancaires qui ne peuvent pas réaliser des opérations relevant du monopole bancaire<sup>463</sup>, mais qui, en contrepartie, n'ont pas à respecter les règles prudentielles imposées aux banques. Ainsi, pour se financer, les sociétés de plus grande taille pourraient avoir recours aussi bien aux banques, par le biais un prêt bancaire, qu'aux établissements financiers qui leur permettraient de lever des fonds sur le marché.

**175.** L'objectif d'une telle séparation est de supprimer, pour les banques, la quasi-totalité du risque de marché pour qu'elles n'aient plus qu'à gérer le risque de crédit qui relève de leur activité principale de financement de l'économie. La banque et toutes les sociétés du groupe dont fait partie la banque, que ce soient des filiales, succursales ou la société mère, se verraient fortement restreintes quant aux activités de marché qu'elles peuvent réaliser. Idéalement, les filiales étrangères du groupe devraient également être concernées par cette interdiction, mais il est généralement difficile d'arriver à contrôler, puis à faire respecter une loi en dehors de territoire national. Aussi, pour garantir l'effectivité totale d'une telle réforme, il faudrait soit que l'intégralité des États appliquent la même séparation, ce qui est pleinement utopique, soit que des accords interétatiques soient signés pour que la loi française puisse s'appliquer de façon extraterritoriale, ce qui est difficile à obtenir, soit que des sanctions soient mises en place contre les sociétés mères banque de dépôt lorsqu'une de leur filiale ne respecte pas les prescriptions de la loi.

Pour ce qui est du contenu des activités à interdire aux banques, les propositions du rapport dit « Liikanen » sont relativement complètes. Sont interdites aux banques la négociation pour compte propre et toutes les positions sur actifs ou dérivés résultant d'activités de tenue de marché. Cependant, le rapport exclut des activités concernées la prise ferme de valeurs mobilières. Pourtant, il s'agit d'une opération à risque puisque la société qui la réalise s'engage à souscrire une part déterminée d'actions lors de leur émission, ce qui permet à l'émetteur d'être garanti de la souscription de ses actions, notamment lorsque la souscription de la totalité des actions s'avère difficile. Ainsi, les sociétés qui réalisent une prise ferme de valeurs mobilières vont acheter les actions dès

---

<sup>463</sup> V. note n°82.

leur émission, puis les vendre au public<sup>464</sup>. Néanmoins, si la société n'arrive pas à vendre les titres acquis, elle sera contrainte de les conserver et subira alors un risque de marché sur ces titres, voire même un risque de liquidité<sup>465</sup> puisqu'il n'y a aucun acheteur. Il est donc essentiel d'interdire aux banques de réaliser des prises fermes sur valeurs mobilières. En conséquence, la quasi-totalité des activités de marché serait prohibée aux banques, à l'exception de la couverture de risque puisque celle-ci est utile aux banques dans la gestion de leur risque de crédit. Toutefois, par mesure d'assouplissement, ces activités interdites pourraient être exemptées dès lors que la totalité des activités de marché prohibées ne dépasse pas un seuil de 5 % des capitaux propres de la banque. Cela permettrait de restreindre le risque de dépréciation des valeurs mobilières à une faible somme par rapport aux fonds propres de la banque. En cas de non-respect des dispositions prévues par la loi, il faudrait doter l'Autorité de contrôle prudentiel et de régulation des pouvoirs exorbitants<sup>466</sup> qui ont été prévus par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>467</sup>, ceux-ci semblent en effet suffisant pour garantir le respect de la séparation des activités bancaires.

**176.** Cette conception de la séparation des activités bancaires est bien plus sévère que celles prévues par les projets de réforme. Elle prohibe totalement le modèle de banque universelle et met fin à toute possibilité de transmission d'une crise financière à l'économie réelle par le biais d'une banque effectuant à la fois des activités de banque de dépôt et des activités de banque d'affaires. Elle est également la meilleure option pour restreindre l'aléa moral aux seules activités essentielles et vitales à l'économie réelle, limitant ainsi la transmission des difficultés financières des banques à l'État. Pourtant, selon certains auteurs, elle serait encore trop conciliante face aux excès du système bancaire et financier.

---

<sup>464</sup> Vernimmen.net, *Lexique financier*. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.

<sup>465</sup> V. glossaire.

<sup>466</sup> V. *infra*, n° 265 et s.

<sup>467</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*.

## §2. *Au-delà du Glass-Steagall Act*

177. Alors que certains préconisent une nationalisation des banques<sup>468</sup>, Frédéric Lordon, économiste au Centre national de la recherche scientifique, est plus mesuré et propose une solution innovante. Si la nationalisation pourrait permettre d'assurer une certaine stabilité au secteur bancaire et que des exemples tels que Dexia, Northern Rock, ou encore Fannie Mae prouvent qu'elle est réalisable, celle-ci doit être limitée à une intervention ponctuelle et temporaire. Il faut tout d'abord souligner qu'une nationalisation est coûteuse puisque les actionnaires bénéficient, généralement, d'une juste indemnisation<sup>469</sup>. Ensuite, il y a souvent eu des problèmes de gestion dans les banques publiques françaises et celles-ci se sont finalement avérées très onéreuses pour l'État, c'est l'exemple du Crédit Lyonnais. Le risque important de conflits d'intérêts peut aussi être ajouté comme l'un des nombreux arguments contre une nationalisation.

178. Frédéric Lordon présente une analyse intéressante de la solution qu'il faudrait, selon lui, apporter à la crise. Il part du principe selon lequel il est rationnel qu'une banque refuse de prêter quand le contexte économique est défavorable du fait du risque de crédit. Aussi, pour inciter une banque à accepter des contrats de prêt, il faudrait qu'elle soit certaine que ses concurrentes en feront autant. Or, il n'y a que l'État qui puisse contraindre à une telle coordination de toutes les banques, et pas uniquement des banques auxquelles il aurait apporté une aide publique. Cette contrainte ne peut s'opérer que par la nationalisation selon Frédéric Lordon<sup>470</sup>. Cependant, il prône une nationalisation temporaire qui ne doit servir qu'à obliger les banques à exécuter leurs activités fondamentales permettant le financement de l'économie réelle. Ces activités qui relèvent du monopole bancaire (la réception de

---

<sup>468</sup> BROSSARD P., « Nationalisons d'urgence les banques françaises », *Le Monde*, 14 sept. 2011. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/09/14/nationalisons-d-urgence-les-banques-francaises\\_1571968\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/09/14/nationalisons-d-urgence-les-banques-francaises_1571968_3232.html).

<sup>469</sup> Cour de cassation, Rapport annuel 2008 : Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 2009, p. 185 et s.

<sup>470</sup> LORDON F., *Jusqu'à quand ? Pour en finir avec les crises financières*, Ed. Raisons d'agir, oct. 2008, p. 147.

fonds du public, les opérations de crédit et les services bancaires de paiement)<sup>471</sup> sont qualifiées par l'économiste de « biens publics vitaux » qui ne pourraient pas être confiés à des intérêts privés<sup>472</sup>. Il préconise donc une « nationalisation à grande échelle d'urgence » comme transition vers une réorganisation complète des structures bancaires<sup>473</sup>.

**179.** Cette réorganisation consisterait à confier les « biens publics vitaux » à une personne morale qui ne serait pas une société privée contrôlée par des actionnaires, car ces sociétés ont vocation à réaliser des profits. Il faudrait, au contraire, encadrer les banques par une « contrainte règlementaire de profitabilité encadrée » en créant une personne morale *sui generis*. La situation juridique de cette personne morale serait un statut intermédiaire entre les sociétés de capitaux et les établissements publics, se distinguant des associations. Cette personne morale serait sous un « contrôle public local par les parties prenantes », celles-ci étant les salariés, les entreprises, les associations, les collectivités locales, les représentants locaux de l'État, etc. Cependant, il ne s'agit pas de donner à ces parties prenantes le pouvoir de gérer la banque et d'accorder les crédits, mais plutôt d'instaurer des comités, du niveau local jusqu'au niveau national. Les mandataires sociaux seraient tenus de respecter les décisions des comités, ce ne serait donc pas un simple pouvoir consultatif. Ainsi, ils pourraient se voir confier notamment le pouvoir de valider la stratégie bancaire et celui de nommer et de révoquer les dirigeants<sup>474</sup>. Il s'agirait de la mise en place de ce que Frédéric Lordon appelle un « système socialisé du crédit ». Si cette idée est innovante, elle semble un peu trop excessive, contraignante et complexe à mettre en œuvre. De plus, elle manque de précision pour que ses conséquences puissent être correctement appréhendées.

---

<sup>471</sup> V. note n°82.

<sup>472</sup> LORDON F., *op. cit.*, p. 134.

<sup>473</sup> LORDON F., *op. cit.*, p. 147 et s.

<sup>474</sup> LORDON F., *op. cit.*, p. 149 et s.

**180.** La solution du retour à un Glass-Steagall Act contemporain est efficace et suffisante pour garantir une séparation stricte des activités bancaires et des risques qu'elles génèrent, démantelant ainsi toute possibilité de banque universelle, qu'elle soit au sein même d'une entité ou répartie entre plusieurs sociétés d'un groupe bancaire.

Si cette séparation contribue à limiter l'aléa moral et donc à responsabiliser le banquier, elle doit être complétée par d'autres réformes pour moraliser le système bancaire et financier. Il faudrait notamment envisager non seulement une responsabilité pénale accrue des mandataires sociaux, ainsi qu'un encadrement efficace de leur rémunération, mais aussi une réglementation plus effective sur les conflits d'intérêts, etc. À ce titre, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>475</sup> propose, en plus de la séparation des activités bancaires, la mise en place de nouveaux mécanismes de résolution des défaillances bancaires.

---

<sup>475</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.



**DEUXIÈME PARTIE :**  
**UNE MAÎTRISE PAR DES**  
**MÉCANISMES DE**  
**RÉSOLUTION ET DE**  
**RÉPRESSION**



**181.** Afin de restreindre le risque bancaire systémique, les États occidentaux ainsi que plusieurs institutions de l'Union européenne ont, à raison, opté pour une restructuration du système bancaire. Cependant, les modalités de ces restructurations ont considérablement limité l'impact de ces réformes, faisant une mauvaise exécution d'une bonne idée. Nous ne pouvons que regretter que n'ait pas été mise en place une séparation stricte au niveau juridique et capitalistique entre les banques de dépôt chargées d'une mission d'intérêt public et les banques d'affaires ayant des intérêts purement privés. Ce cantonnement aurait empêché toute transmission des risques des banques d'affaires vers les banques de dépôt, et donc mécaniquement permis de restreindre le recours aux fonds publics au soutien des seules activités de banques de dépôt. À la place, les réformes adoptées ne font que donner un faux sentiment de sécurité pour un effet réel sur l'aléa moral peu efficace et aisément contournable.

En dépassant ces décisions manquées afin de pousser à son terme notre réflexion sur les mesures de restriction de l'aléa moral, il apparaît qu'une telle restructuration doit être associée à une réflexion sur le traitement des défaillances bancaires. En effet, si une séparation stricte des banques permettrait d'atténuer l'ampleur de l'aléa moral en le cantonnant aux seules banques de dépôt, il serait erroné de penser que les activités de celles-ci sont sans risque ; bien qu'elles soient moins instables que celles des banques d'affaires. Dès lors, il convient de considérer l'hypothèse où, malgré une séparation stricte, une banque de dépôt serait en difficulté financière<sup>476</sup>. Dans un tel cas et comme nous l'a enseigné la crise financière et économique débutée en 2007, à défaut d'anticipation par un arsenal juridique intégrant des mécanismes efficaces de prévention et de résolution des défaillances, il est fort probable que l'État doive en venir à refinancer la banque de dépôt, ce qui serait générateur d'un aléa moral.

---

<sup>476</sup> Il serait utopique de penser que la séparation des activités bancaires suffirait à éliminer tout risque de défaillance pour les banques de dépôt. Cela reviendrait à ignorer que les crises économiques ont un impact sur l'économie réelle et qu'à ce titre les banques de dépôt peuvent devoir faire face à des débiteurs qui ne sont plus en mesure de payer leurs dettes, ainsi qu'à un mouvement généralisé de retrait des dépôts par les particuliers, entraînant un manque de liquidités. Il faut également prendre en considération toutes les causes entrepreneuriales classiques de difficulté financière, comme les erreurs de gestion et le risque judiciaire.

**182.** Le risque de défaillance des banques est une question centrale du secteur bancaire et de l'effet systémique qui lui est lié. Il ne peut y avoir un système bancaire fiable que s'il dispose d'un droit des procédures collectives en adéquation avec les spécificités des banques, efficient et réellement appliqué. Ainsi, dans le cadre d'une réforme bancaire efficace, si la restructuration du système bancaire aurait pour effet de cantonner l'aléa moral aux seules banques de dépôt, la mise en place de mécanismes de résolution des défaillances bancaires offrirait une restriction de cet aléa moral au sein même des banques de dépôt. Elle permettrait de limiter fortement la probabilité d'un recours aux aides publiques. C'est ainsi fort logiquement que l'Union européenne et le législateur français ont décidé d'adopter des mécanismes de prévention et de résolution des défaillances bancaires.

**183.** Cette nécessité de créer de nouveaux mécanismes de résolution des défaillances bancaires a été soulignée par un rapport d'initiative du Parlement européen dès juillet 2010<sup>477</sup>, puis par le Conseil de l'Union européenne en décembre 2010. Ce dernier a adopté des conclusions relatives à la gestion et à la résolution de crise selon lesquelles le cadre de l'Union européenne devrait « viser à sauvegarder la stabilité financière en préservant la confiance du public et celle des marchés, à privilégier la prévention et la préparation, à prévoir des outils de résolution qui soient crédibles, à permettre une action rapide et efficace, à réduire l'aléa moral et à réduire dans toute la mesure du possible les coûts globaux pesant sur les deniers publics, en garantissant une répartition équitable des charges entre les parties prenantes au sein des établissements financiers, à contribuer à une résolution ordonnée pour les groupes transfrontaliers, à assurer la sécurité juridique et à limiter les distorsions de concurrence »<sup>478</sup>. Il en résulte des objectifs louables et ambitieux de stabilité et

---

<sup>477</sup> Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 7 juillet 2010 contenant des recommandations à la Commission sur la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire (2010/2006(INI)), 7 juill. 2010.

<sup>478</sup> « ...aim at preserving financial stability by protecting public and market confidence; putting prevention and preparation first; providing credible resolution tools; enabling fast and decisive action; reducing moral hazard and minimising to the fullest possible extent the overall costs to public funds, by ensuring fair burden sharing among the financial institutions' stakeholders; contributing to a smooth resolution of cross border groups; ensuring legal certainty; and, limiting distortions of competition. » Conseil de l'Union européenne, Draft Council Conclusions on Crisis Management and resolution, n° 17006/10, 30 nov. 2010, p. 3.

d'efficacité, mêlant une action privilégiée de prévention avec la nécessité réaliste d'instaurer des actions de résolution en cas de défaillance et suggérant de façon précurseur le recours à l'outil innovant du *bail-in*<sup>479</sup>.

**184.** Suivant les conclusions du Conseil de l'Union européenne, le législateur français et le Parlement européen ont élaboré des mécanismes tendant, d'une part, à anticiper l'apparition de difficultés bancaires pouvant conduire à une crise systémique et, d'autre part, en dernier recours, à accompagner leur résolution.

En 2012, la Commission européenne a préparé à cet effet une proposition de directive établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit<sup>480</sup>. Elle a pour objectif de « permettre aux autorités de résoudre de manière ordonnée les défaillances d'établissements financiers sans pour autant exposer le contribuable aux pertes que pourrait entraîner l'aide visant à préserver leur solvabilité, et tout en assurant la continuité de leurs fonctions économiques vitales »<sup>481</sup>. Calquant cette proposition, le Parlement européen a adopté la directive 2014/59/UE du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit<sup>482</sup>, dite « directive BRRD<sup>483</sup> ». Elle s'articule autour de trois volets qui permettent d'agir graduellement en fonction de la situation de la banque : la préparation, l'intervention précoce et la résolution, incluant des mécanismes de cession des activités.

---

<sup>479</sup> Mécanisme de renflouement interne impactant les créanciers de la société en difficulté ; par opposition au *bail-out* qui constitue le recours à l'aide financière des États. V. *infra*, n° 318 et s.

<sup>480</sup> Commission européenne, Proposition de Dir. du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les Dir. 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les Dir. 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2012.

<sup>481</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>482</sup> Dir. 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la Dir. 82/891/CEE du Conseil ainsi que les Dir. du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, *JOUE n° L 173 du 12 juin 2014*.

<sup>483</sup> Bank recovery and resolution Dir.

En France, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires adoptée le 26 juillet 2013<sup>484</sup> s'est fortement inspirée de la proposition formulée par la Commission européenne. Les dispositions établies par la nouvelle réglementation sont similaires aux mécanismes mis en place par la directive BRRD et sont centralisées notamment sur l'Autorité de contrôle prudentiel (renommée Autorité de contrôle prudentiel et de résolution – « ACPR »), en lui confiant de nouveaux pouvoirs de contrôle et, de façon ambitieuse, des moyens de résolution.

Il ressort de ces réglementations des mesures similaires qui mettent en exergue une fois de plus une unicité dans les solutions apportées aux mécanismes et conséquences de la crise. Tant le législateur français que le Parlement européen ont choisi d'instaurer des dispositifs d'anticipation des difficultés bancaires (TITRE 1) ainsi que, dans le cas où ceux-ci s'avèreraient insuffisants, un mécanisme de traitement des défaillances bancaires (TITRE 2) ; ils démontrent une volonté ferme de couvrir toutes les situations jusqu'à la résolution, créant d'une certaine manière une procédure collective *ad hoc*.

---

<sup>484</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.



## **Titre I – L’anticipation des défaillances bancaires**

**185.** Lors de la crise de 2007, la dégradation rapide de la situation financière de plusieurs banques a pris de cours aussi bien leurs organes décisionnels que les gouvernements et organismes régulateurs. Cette incrédulité face au risque de défaillance et le manque de réactivité qui en a résulté ont été des facteurs aggravants du blocage des marchés financiers puis de l'économie réelle. Constatant cet échec au moment où il aurait fallu mettre en place des procédés de gestion de crise efficaces, et fort des enseignements tirés de la législation française des procédures collectives actuelle, la nécessité de construire des mécanismes d'anticipation et de prévention entrant en action dès les premières difficultés financières des banques apparaît comme évidente. Dans cette optique, les réglementations française et européenne ont mis l'accent sur des mesures préventives et curatives afin d'intervenir en amont ou, du moins, à un stade précoce des difficultés financières et d'éviter par tous les moyens possibles à la fois la liquidation judiciaire de la banque et le concours financier de l'État.

**186.** Cette volonté d'anticipation résulte du constat selon lequel plus tôt une société éprouvant des difficultés est assistée, plus la perspective d'un redressement de sa situation économique est favorable. Le raisonnement sous-jacent est donc identique à celui de la procédure de sauvegarde judiciaire<sup>485</sup>. Une action efficace nécessite, de la même manière, une coopération complète et transparente avec les autorités de supervision sur la situation financière et économique de la société. En effet, l'élément clé d'un mécanisme d'anticipation et de prévention fonctionnel est la détection grâce au transfert d'information. Ainsi, en plus des données brutes et complexes des documents comptables communs à toutes les sociétés, des outils d'alerte et de prévention spécifiques ont progressivement été imposés. Les réglementations

---

<sup>485</sup> L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. 2005.

bancaires française et européenne adoptées à la suite de la crise s'inscrivent dans cette optique afin de prévenir les difficultés des banques. Elles sont venues s'ajouter aux mécanismes d'alerte établis puis perfectionnés par le Comité de Bâle à la suite de la crise de 2007 (CHAPITRE 1) en intégrant un nouvel arsenal juridique permettant une intervention précoce dès l'apparition des premiers signes d'affaiblissement (CHAPITRE 2).

## Chapitre 1 – Le mécanisme d’alerte de la réglementation prudentielle

**187.** Compte tenu de la position centrale des banques de dépôt dans l’économie réelle et des conséquences considérables que peuvent avoir leurs défaillances, des outils et mécanismes de prévention qui leur sont spécifiques ont été mis en place afin de détecter et d’identifier l’étendue des risques auxquels elles sont soumises. Ce besoin d’information étant partagé mondialement, plusieurs États se sont regroupés afin d’établir des référentiels communs et harmonisés pour connaître la situation économique d’une banque et la rendre universellement lisible. Ces outils internationaux de prévention sont élaborés depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle sous la forme de ratios prudentiels édictés par le Comité de Bâle.

**188.** En 1974, à la suite de la faillite en cascade de plusieurs banques directement liée à la défaillance de la banque Bankhaus I.D. Herstatt de Cologne, les gouverneurs des banques centrales de dix des principaux États industrialisés, appelés le Groupe des Dix, ont décidé d’instaurer des normes internationales de sécurisation et de prévention du risque bancaire par le biais d’une nouvelle organisation de coopération internationale : le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (*Basel Committee on Banking Supervision*, ci-après « Comité de Bâle »). Son objectif est de renforcer la solidité du système financier mondial ainsi que l’efficacité du contrôle prudentiel et la coopération entre les régulateurs bancaires<sup>486</sup>. Le Comité de Bâle n’a pas de personnalité juridique propre et n’est pas formalisé, aucun acte constitutif n’étant à son origine. C’est sur une base coutumière que ses missions et son organisation se sont établies<sup>487</sup>.

---

<sup>486</sup> ACPR, *Comité de Bâle*, 22 sept. 2017. Disponible sur : <https://acpr.banque-france.fr/europe-et-international/banques/instances/comite-de-bale>.

<sup>487</sup> BONNEAU Th., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Ed. Bruylant, 2012, p. 22.



**189.** Le Comité de Bâle a vocation à constituer une instance permanente de collaboration en matière de surveillance bancaire. Il permet d'assurer une coopération internationale ayant pour objectif de renforcer le contrôle prudentiel pour améliorer et harmoniser, au niveau mondial, la surveillance des banques<sup>488</sup>. En effet, dès 1974, il était acquis que la faillite d'une banque de taille systémique pouvait avoir un impact considérable sur l'économie de plusieurs États. Ainsi, pour permettre une action coordonnée, le Comité de Bâle a établi des standards minimaux sous la forme de ratios et promeut l'usage de meilleures pratiques bancaires<sup>489</sup>. Ce sont les manquements à ces standards qui sont censés servir de signal d'alerte international pour détecter les premières difficultés des banques ; ce a pour objectif de permettre à tous les États d'avoir une grille de lecture harmonisée, sans égard pour le lieu d'établissement de la banque. Ne disposant pas de pouvoirs coercitifs, le Comité de Bâle ne peut édicter que des recommandations auxquelles les États peuvent se conformer s'ils le souhaitent, ce qui est globalement le cas des vingt-huit États et juridictions qui le composent désormais.

Bien que n'ayant pas de force exécutoire, l'influence des travaux du Comité de Bâle est forte sur le plan international et les règles qu'il propose constituent, au travers des trois accords de Bâle, le socle d'une réglementation prudentielle harmonisée. Malgré cela, la crise de 2007 a démontré que les exigences de l'accord dit « Bâle II » étaient insuffisantes pour préserver la stabilité financière (SECTION 1). À la suite de ce constat, le Comité de Bâle a revu et durci ses recommandations en adoptant l'accord dit « Bâle III » pour tenter de restreindre le risque d'une nouvelle crise bancaire systémique. (SECTION 2).

---

<sup>488</sup> Commission bancaire, *Bulletin*, avril 1991, n° 4, p. 27.

<sup>489</sup> BONNEAU Th., *op. cit.*, p. 24.

## **Section 1 – Une tentative d'évaluation du risque par l'application des accords de « Bâle I » et de « Bâle II »**

**190.** Les accords issus des concertations du Comité de Bâle font partie des rares consensus multinationaux en matière de régulation des échanges commerciaux et financiers. Ils ont l'avantage considérable de constituer un corpus de règles harmonisées destiné à s'appliquer uniformément dans tous les États y ayant adhéré, bien que n'ayant pas de force contraignante. Dès l'origine, l'ambition du Comité de Bâle était de mettre en place des méthodologies et des instruments communs, non seulement pour évaluer les risques financiers – particulièrement ceux relatifs aux crédits –, mais également, en allant plus loin, pour anticiper les défaillances qu'ils pourraient entraîner, les compenser par des réserves de fonds propres, et ainsi limiter le recours aux aides publiques. Ainsi, au fur et à mesure des accords adoptés par le Comité, ont été déterminés plus précisément les mécanismes et les montants nécessaires pour couvrir et absorber le risque de crédit (§1). Pourtant, cette audacieuse harmonisation n'a eu que peu d'impact pour limiter le désastre de la crise économique et financière débutée en 2007. Face à ce véritable « *crash test* », ses lacunes et oublis ont été mis en exergue (§2), conduisant à l'élaboration d'un nouvel accord *post* crise.

### ***§1. Les prémices de la réglementation prudentielle***

**191.** Face à l'innovation de la mise en place de règles financières communes à plusieurs États, dont les différences constituaient un défi à concilier, le Comité de Bâle a élaboré un premier accord, dit « Bâle I », suffisamment cartésien et rigide pour emporter une adhésion globale. Toutefois, la souplesse des marchés financiers et la créativité de ses acteurs ont rapidement constitué un frein à son efficacité (A). Le Comité de Bâle a alors poursuivi son œuvre prudentielle en élaborant de nouvelles règles, plus adaptées et permettant une appréciation réelle du risque de crédit. Pour cela, il a adopté en 2004 l'accord dit « Bâle II », intégrant une approche *in concreto* de l'évaluation de la solvabilité des banques (B).

### **A. L'accord dit « Bâle I », une réglementation internationale audacieuse, mais inadaptée**

**192.** En 1988, le Comité de Bâle a formulé ses premières recommandations, dites « Bâle I »<sup>490</sup>. Elles reposent notamment sur l'étude des mécanismes de compensation des pertes au sein des banques de dépôt. En effet, afin d'éviter une situation d'insolvabilité, les banques doivent, comme toute autre société, disposer d'actifs suffisants pour couvrir leur passif. Or la composition du bilan d'une banque est spécifique du fait de ses activités : son actif inclut notamment des prêts qu'elle accorde à ses clients, alors que son passif est formé des fonds propres, des dépôts reçus du public et de diverses dettes. Fondées sur la relation entre le montant des fonds propres et le niveau des risques, les recommandations du Comité de Bâle ont pour but d'éviter la sous-capitalisation des banques, qui constitue un point de faiblesse dans la capacité de résistance des banques face aux défaillances de ses clients. Elles avaient pour double objectif de désinciter les banques à privilégier les activités les plus risquées (bien que ce soient également celles ayant les meilleurs taux de rémunération<sup>491</sup>), d'une part, et de permettre une meilleure couverture des risques en cas de défaillance des débiteurs, d'autre part. Ces recommandations ont été reprises par une directive européenne du 18 décembre 1989 qui leur a donné force exécutoire à la suite de sa transposition sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne<sup>492</sup>.

**193.** La principale innovation de l'accord dit « Bâle I » est qu'il instaure un ratio de solvabilité, aussi appelé ratio Cooke en référence au nom du président du Comité de Bâle de l'époque. Considéré comme étant une « éponge à risque »<sup>493</sup>, il impose aux banques de détenir un montant minimal de fonds propres afin qu'elles puissent faire

---

<sup>490</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Suisse, juill. 1988.

<sup>491</sup> FIGUET J.-M., « Le traitement du risque de crédit dans l'Accord de Bâle II : une évaluation », *Revue d'économie financière*, 2003, n° 71, p. 277.

<sup>492</sup> Dir. 89/647/CEE du Conseil du 18 déc. 1989 relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit, *JOUE n° L 386 du 30 déc. 1989*.

<sup>493</sup> KOUYATE H., *L'encadrement juridique international du secteur bancaire : entre recherche du réalisme et confrontation à la réalité*, Thèse sous la direction du Pr. J.-M. SOREL, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 88.

face aux risques qu'elles encourent. Cette réserve doit ainsi permettre d'anticiper et de compenser les éventuelles pertes (par exemple le non-remboursement de créances par des débiteurs) grâce aux capitaux propres de la banque. Ce ratio de solvabilité a été fixé à 8 % des fonds propres, dont au moins 4 % de *Tier 1*<sup>494</sup>. Il fallait donc que le rapport entre le montant des fonds propres de la banque et les risques de crédit<sup>495</sup> encourus ne soit pas inférieur à 8 %<sup>496</sup>. Par exemple, pour prêter cent mille euros, la banque doit avoir au minimum huit mille euros de fonds propres afin de pouvoir compenser partiellement la perte si le risque de non-remboursement du crédit se réalise. Ainsi, les banques disposaient de deux moyens d'action pour respecter le ratio : soit diminuer leur exposition au risque, soit augmenter les réserves de fonds propres.

**194.** Le Comité de Bâle a choisi, à raison, de fixer des règles de pondération en fonction du risque de crédit que représentent les contreparties. Ainsi, un prêt accordé à :

- Un État membre de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) ne rentre pas dans le cadre du ratio de solvabilité (0 %) ;
- Un prêt ayant pour contrepartie un organisme bancaire, un organisme international ou un État non-membre de l'OCDE est considéré à hauteur de 20 % comme relevant du ratio de solvabilité ;
- Pour les crédits garantis par une hypothèque, ils sont pris en compte à pour 50 % ;
- Et, pour les autres crédits, 100 %<sup>497</sup>.

*In fine*, le ratio Cooke était donc déterminé selon la formule suivante :

$$\frac{\text{Fonds propres réglementaires}}{\text{Engagements pondérés}} \geq 8 \%$$

---

<sup>494</sup> Les fonds propres sont répartis en trois catégories : *tier 1*, *tier 2* et *tier 3*. Le *tier 1* est principalement constitué des fonds propres de base, à savoir le capital social ou assimilé, le résultat non distribué de l'exercice et les réserves consolidées. V. glossaire.

<sup>495</sup> Il s'agit du risque de pertes sur une créance, constitué notamment par la potentialité du défaut de paiement du débiteur et celle de la dévaluation de la créance détenue par la banque en cas de dégradation de la situation économique du débiteur.

<sup>496</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *op. cit.*, p 10.

<sup>497</sup> *Idem*, p. 6 et s.

Par exemple, sous l'égide du ratio Cooke, pour trois prêts d'un million d'euros chacun accordés respectivement à l'État grec, à la banque italienne Monte dei Paschi di Siena et à la société Apple Inc. :

- Le premier ne nécessite pas de couverture en fonds propres ;
- Le deuxième doit être couvert à hauteur de 20 % (couverture à hauteur de 16 000 euros au moins) ; et
- Le troisième à hauteur de 100 % si le crédit n'est pas garanti par une hypothèque (couverture à hauteur de 80 000 euros au moins).

La banque prêteuse devrait donc avoir au moins 96 000 euros de fonds propres pour couvrir ces prêts d'un montant total de trois millions d'euros.

Si le principe d'une pondération est logique afin de prendre en considération le risque de crédit *in concreto*, les modalités retenues par le ratio Cooke sont bien trop abstraites et simplistes pour correspondre à la réalité. En effet, le recours à seulement quatre catégories prédéterminées d'emprunteurs, associées à un taux de pondération forfaitaire, ne peut refléter correctement le risque de crédit supporté par la banque. Ainsi, dans l'exemple précité, la situation financière de la société Apple Inc. est actuellement bien plus solide et favorable que celle de la banque Monte dei Paschi di Siena. En l'espèce, il serait donc plus prudent de couvrir davantage le risque de défaillance d'établissement financier que celui de la société. Également, il doit être souligné que le ratio Cooke ne permet pas de prendre en considération les garanties autres que les hypothèques ni les techniques de réduction du risque de crédit tel que les dérivés de crédit<sup>498</sup>. Pourtant, ces éléments viennent réduire effectivement l'exposition des banques ; ainsi ne pas les prendre en compte pourrait constituer une désincitation pour celles-ci à recourir à ces outils de maîtrise du risque, et s'avérer *in fine* contre-productif au regard des objectifs fixés par le Comité de Bâle. Il en résulte que la pondération uniquement institutionnelle du ratio Cooke se fonde sur une « logique de forfait »<sup>499</sup> qui n'offre qu'une estimation théorique du risque de crédit.

---

<sup>498</sup> V. glossaire.

<sup>499</sup> FIGUET J.-M., *op. cit.*, p. 280.

Cette absence de flexibilité et d'adaptabilité constitue sans nul doute la faiblesse principale du ratio Cooke.

**195.** En outre, la rigidité du ratio Cooke ne lui a pas permis de faire face à l'évolution et à la sophistication des activités bancaires et des instruments financiers. Un certain nombre de nouvelles techniques bancaires ont ainsi permis aux banques, de façon consciente ou non, de s'exonérer du respect du ratio Cooke en faisant sortir des fractions de crédit du dénominateur du calcul<sup>500</sup>. Ce fut notamment le cas avec l'expansion de la titrisation<sup>501</sup> qui a permis de restreindre l'encours de crédit des banques en transformant les créances en instruments financiers<sup>502</sup>. En effet, une fois titrisés, les crédits bancaires sortent du bilan de la banque et, de ce fait, sont mécaniquement exclus du dénominateur du ratio. Pourtant, la réduction du risque s'avère totalement artificielle si la banque soutient le véhicule de titrisation (particulièrement si elle est impliquée sur les tranches les moins bien notées, i.e. les tranches *equity*<sup>503</sup>)<sup>504</sup>.

**196.** Face au vide réglementaire qui existait auparavant, l'accord dit « Bâle I » a créé un cadre international ayant contribué à améliorer la résistance des banques au risque de crédit<sup>505</sup>. Ainsi, du fait de sa mise en œuvre, la capitalisation des banques établies dans les États qui y ont adhéré a doublé en quelques années<sup>506</sup>, leur permettant d'absorber plus aisément les éventuelles pertes. Cependant, la rigidité de l'accord dit « Bâle I », caractérisée notamment par son mécanisme simpliste et limité de pondération, et par les nombreux contournements dont il a fait l'objet, a considérablement restreint son efficacité. Toutes ces critiques ont poussé le Comité de

---

<sup>500</sup> FIGUET J.-M., *op. cit.*, p. 280.

<sup>501</sup> V. glossaire.

<sup>502</sup> V. *supra*, n° 49.

<sup>503</sup> V. *supra*, n° 56.

<sup>504</sup> FIGUET J.-M., *op. cit.*, p. 280.

<sup>505</sup> *Ibid*, p. 277.

<sup>506</sup> *Idem*.

Bâle à adopter de nouvelles recommandations corrigeant les faiblesses du ratio Cooke<sup>507</sup>.

**197.** Finalement, l'apport primordial de l'accord dit « Bâle I » n'a pas tellement été son contenu, mais plutôt qu'il pose pour la première fois les jalons d'une coopération bancaire internationale, à laquelle ont adhéré à l'époque les principaux États industrialisés. Cette nouveauté audacieuse qui a consisté à mettre en place une réglementation harmonisée permet à la fois une action sur la stabilité mondiale du secteur financier et de limiter les distorsions de concurrence entre les banques en fonction des États dans lesquels elles sont établies. En effet, face à une crise financière mondiale, à des marchés financiers ouverts à l'international et à des acteurs intervenant au-delà des frontières, une réglementation globalisée constitue le meilleur rempart contre les dérives pouvant mener à l'explosion de bulles spéculatives.

#### **B. L'appréciation *in concreto* du risque de crédit par l'accord dit « Bâle II »**

**198.** Constatant les défauts de l'accord dit « Bâle I », le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire l'a révisé en profondeur en 2004, ce qui a donné lieu à l'accord dit « Bâle II »<sup>508</sup>. En 2006, les dispositions de l'accord ont été transposées en droit de l'Union européenne par deux directives<sup>509</sup>, regroupées sous le nom de « directive européenne sur les fonds propres réglementaires »<sup>510</sup>. L'accord dit « Bâle II » instaure trois piliers : un système d'évaluation quantitative de l'exigence minimale en fonds propres, une procédure de surveillance de la gestion des fonds propres adaptée aux spécificités de chaque banque et une transparence renforcée des marchés.

---

<sup>507</sup> BONNEAU Th., *op. cit.*, p. 79.

<sup>508</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres : Dispositif révisé*, Suisse, juin 2004.

<sup>509</sup> Dir. 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et Dir. 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, *JOUE n° L 177 du 30 juin 2006*.

<sup>510</sup> « *Capital Requirements Dir.* », abrégé en « Directive CRD ».

La principale évolution entre l'accord dit « Bâle I » et celui dit « Bâle II » repose sur l'évaluation des risques qui doivent être couverts par les fonds propres. Le nouvel accord reprend les notions de ratio de solvabilité et de pondération ainsi que les seuils de 8 % des fonds propres et de 4 % du *Tier 1*, mais modifie leurs modalités. Ainsi le ratio Cooke laisse place au ratio Mac Donough. Ce dernier utilise les mêmes mécanismes que le ratio Cooke, en cherchant à les affiner et à les faire davantage correspondre à une évaluation *in concreto* du risque. Il va notamment s'attacher à préciser la qualité des emprunteurs afin de mieux déterminer le risque de crédit supporté par la banque, et donc le montant minimum de fonds propres dont elle doit disposer pour une couverture des risques efficace. Alors que l'accord dit « Bâle I » privilégiait une approche standard par l'usage de taux de pondération forfaitaires en fonction de catégories prédéterminées d'emprunteurs, le nouvel accord propose deux options aux banques pour évaluer le risque de crédit par rapport à la situation financière réelle de leurs clients<sup>511</sup>.

**199.** La première option est une version révisée de la méthode de Cooke, elle est considérée comme l'approche standard. Si le principe de la pondération forfaitaire demeure, elle ne dépend plus uniquement de la nature objective de l'emprunteur, mais prend également en considération le risque réel qui lui est lié en se basant sur la notation externe. Pour cela, la solvabilité de l'emprunteur à considérer est celle qui résulte de l'évaluation faite par les banques centrales et les agences de notation homologuées. Ainsi, le niveau de risque n'est plus définitivement fixé en fonction de la catégorie dont relève l'emprunteur, mais est régulièrement révisé sur la base – en principe – de sa situation économique réelle. De ce fait, les créances des États membres de l'OCDE qui n'étaient jamais soumises à une obligation de couverture sous l'accord dit « Bale I » doivent désormais être prises en compte dans le ratio de solvabilité lorsqu'il s'agit d'un État dont la note est inférieure à AA<sup>512</sup>. À l'inverse, les créances des sociétés ayant une bonne notation (de AAA à BBB-) bénéficient désormais d'une pondération plus favorable, qui varie de 20 à 50 % en fonction de la note attribuée<sup>513</sup>.

---

<sup>511</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *op. cit.*, p. 13 et s.

<sup>512</sup> *Idem.*

<sup>513</sup> *Idem*, p. 16.



Une pondération de 150 % a aussi été mise en place pour les créances de très mauvaise qualité, quelle que soit la nature de l'emprunteur<sup>514</sup>.

**200.** La seconde option repose sur un mécanisme de notation interne qui permet de déterminer le profil de risque de chaque client<sup>515</sup>. Elle se subdivise en deux approches dites « *Foundation Internal ratings-based* » et « *Advanced Internal ratings-based* »<sup>516</sup>. L'idée de cette seconde option repose sur le constat selon lequel la complexification des opérations bancaires génère une asymétrie d'information entre le régulateur et le régulé<sup>517</sup>. Cette opacité constitue un obstacle pour le régulateur qui souhaite établir des règles permettant une juste évaluation des risques. Ainsi, le recours à une pondération forfaitaire, bien trop rigide et manichéenne, ne permet pas de déterminer précisément le risque réel de crédit qui pèse sur une banque. Pour pallier les défauts de la pondération forfaitaire et permettre une évaluation des risques plus précise, le Comité de Bâle a donc offert aux banques la possibilité de recentrer la charge de l'évaluation sur elles-mêmes sous la forme d'un « autocontrôle »<sup>518</sup> qui repose sur le principe suivant : les banques étant les initiatrices des crédits accordés, elles sont en principe les mieux placées pour évaluer le risque lié à ces crédits. Dans ce cadre, la fonction du régulateur se limiterait ainsi à vérifier que les modèles internes de notation choisis par les banques fournissent une appréciation réaliste de la situation de crédit. Il s'agit donc d'une évaluation interne impliquant que la banque estime elle-même le risque lié à son cocontractant<sup>519</sup>.

**201.** Dans un objectif d'harmonisation et d'encadrement, l'accord dit « Bâle II » a fixé des mesures directrices afin de constituer une méthodologie d'évaluation

---

<sup>514</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>515</sup> *Idem*, p. 42 et s.

<sup>516</sup> Les banques qui optent pour l'*Advanced Internal ratings-based* réalisent leurs propres estimations pour les quatre indicateurs prévus dans l'accord dit « Bâle II » alors que celles qui optent pour le *Foundation Internal ratings-based* choisissent de n'estimer elles-mêmes que la qualité du débiteur et utilisent les données déterminées par l'autorité de surveillance compétente pour les autres indicateurs.

<sup>517</sup> FIGUET J.-M., *op. cit.*, p. 280.

<sup>518</sup> *Idem*.

<sup>519</sup> WOGUE P.-G., « La réforme de Bâle II : les implications sur le rapprochement des banques », *Banque & stratégie*, mars 2007, n° 246, p. 14.

commune pour la notation interne, permettant à la fois d'accompagner les banques dans la mise en place de leur procédé d'évaluation et de faciliter le contrôle desdits procédés par le régulateur. L'accord prévoit ainsi que l'analyse des expositions au risque des emprunts s'effectue sur la base de quatre indicateurs :

- La probabilité de défaut de la contrepartie à un horizon d'un an (qualité du débiteur) ;
- La perte en cas de défaut, incluant les sûretés, les frais et les coûts collatéraux (taux de perte déterminé par les caractéristiques du crédit en cause) ;
- L'exposition au moment du défaut (montant des pertes immédiates, sans prendre en compte un potentiel recouvrement *a posteriori*) ; et
- La maturité moyenne restant à courir sur l'engagement (durée d'exposition au risque)<sup>520</sup>.

Afin de considérer au mieux le risque de crédit, des pondérations spécifiques sont expressément prévues, notamment pour les entreprises emprunteuses de petite taille (chiffre d'affaires inférieur à cinquante millions d'euros)<sup>521</sup>, ainsi que pour les emprunts considérés comme étant de faible valeur (moins d'un million d'euros<sup>522</sup>).

### Les coefficients de risques individuels

Notation	AAA à AA-	A+ à A-	BBB+ à BBB-	BB+ à BB-	B+ à B-	< B-	Non noté
États Banques	0 %	20 %	50 %	100 %	100 %	150 %	100 %
Option 1 <sup>(1)</sup>	20 %	50 %	100 %	100 %	100 %	150 %	100 %
Option 2 <sup>(2)</sup>	20 %	50 %	50 %	100 %	100 %	150 %	50 %
Entreprises	20 %	50 %	100 %	100 %	150 %	150 %	100 %
Part de titrisation	20 %	50 %	100 %	150 %	Déduction des fonds propres		
Détail				75 %			
Prêts hypothécaires				35 %			

(1) La pondération des risques est fonction de la pondération de l'État dans le siège social où la banque est installée.

(2) La pondération des risques est fondée sur la notation de la banque.

<sup>520</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *op. cit.*, p. 54 et s.

<sup>521</sup> Ce traitement favorable résulte, d'une part, d'études et d'analyses statistiques selon lesquelles les emprunts accordés aux particuliers et aux petites et moyennes entreprises sont nettement moins risqués que ceux accordés aux autres sociétés et, d'autre part, du fait que l'absence de notation de ces petites et moyennes entreprises était préjudiciable à celles-ci sans que cet effet défavorable ne soit justifié par le risque réel de crédit. V. notamment FIGUET J.-M., *op. cit.*, p. 284.

<sup>522</sup> Les emprunts de moins d'un million d'euros bénéficient de la même pondération que celle appliquée à une opération de détail compte tenu de la faible exposition en terme de montant. V. Comité de Bâle, *op. cit.*, p. 45.

Source : FIGUET J.-M., « Le traitement du risque de crédit dans l'Accord de Bâle II : une évaluation », *Revue d'économie financière*, 2003, n° 71, p. 293.

**202.** Il en résulte que chacune des deux options mises en place par le ratio de Mac Donough a ses avantages : d'un côté, la première option offre une grille de lecture harmonisée du risque de crédit, permettant de limiter les distorsions de concurrence qui résulteraient de notations internes complaisantes ; de l'autre côté, la seconde option repose sur un mécanisme en théorie davantage réaliste et responsabilisant pour les banques que l'approche forfaitaire. En revanche, aussi bien dans la première que dans la seconde option, la qualité du débiteur est l'élément crucial parmi les autres indicateurs, car il représente la probabilité du défaut alors que les autres données permettent d'évaluer le risque lorsque le crédit est déjà conclu, voire que la défaillance est d'ores et déjà avérée. Finalement, la solidité financière du débiteur peut être considérée comme le fondement du ratio de solvabilité, c'est la raison pour laquelle elle nécessite une évaluation la plus précise et réaliste possible. Si l'approche standardisée du ratio Cooke avait pour avantage sa simplicité pour les banques compte tenu de son caractère *in abstracto*, elle rendait impossible l'évaluation réelle de l'étendue des risques potentiels de défaillance à laquelle était soumise la banque. Ce problème majeur semble donc avoir été résolu par l'appréciation *in concreto* prévue par l'accord dit « Bâle II » quant à la situation financière des cocontractants.

**203.** Par ailleurs, l'accord dit « Bâle II » a aussi à son mérite de corriger un certain nombre des lacunes de son prédécesseur. Il a ainsi élargi le risque couvert par le ratio de solvabilité en y incluant les risques de marché<sup>523</sup> (aussi pris en compte par l'accord dit « Bâle I » à partir de 1996<sup>524</sup>) et les risques opérationnels<sup>525</sup>. Dans le cadre d'une approche réaliste, l'accord dit « Bâle II » tient également compte des éventuelles

---

<sup>523</sup> Il s'agit du risque de pertes résultant de l'évolution du marché, quelle qu'elle soit (variation des cours, inflation, évolution de la fiscalité...). V. glossaire.

<sup>524</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Amendment to the capital accord to incorporate market risks*, Suisse, janv. 1996.

<sup>525</sup> Il s'agit du risque de pertes résultant d'une inadaptation ou d'une défaillance imputable à des procédures, personnels et systèmes internes ou à des événements extérieurs (par exemple, « l'affaire Kerviel » avec la prise de positions spéculatives massives d'un trader de la banque en dehors de ses attributions et sans qu'elles ne soient couvertes). V. glossaire.

sûretés garantissant les créances pour le calcul de la pondération du risque. Cela avait été globalement écarté, car considéré comme trop complexe sous l'accord dit « Bâle I »<sup>526</sup>, alors pourtant qu'il est évident qu'une sûreté constitue un élément de diminution du risque.

Afin de répondre aux critiques qui s'étaient élevées contre le ratio Cooke, l'accord dit « Bâle II » prévoit également que les banques sont tenues de détenir des fonds propres réglementaires couvrant leurs expositions de titrisation. Le Comité de Bâle a choisi d'inclure très largement les instruments de titrisation dans le mécanisme du ratio de Mac Donough<sup>527</sup> ; ainsi il est indifférent que l'opération ait pour objectif d'émettre des titres permettant d'atténuer le risque de crédit du fait d'une attitude prudente, ou des titres toxiques – tels que les CDO Abacus 2007 – dans un but uniquement spéculatif. Il en résulte que seule la note affectée aux titres rentre en considération pour calculer les besoins en fonds propres requis par l'accord dit « Bâle II » pour couvrir le risque de ces actifs, aussi divers soient-ils. Il apparaît ainsi que, concernant l'évaluation des instruments financiers titrisés, l'accord dit « Bâle II » a régressé à une appréciation *in abstracto* semblable à celle de son prédécesseur.

**204.** L'accord dit « Bâle II » met donc en place une appréciation *in concreto* du risque, qui est nécessaire à la justesse et au réalisme de son évaluation, particulièrement quant à la qualité du débiteur. Pourtant, face à l'ampleur de la crise de 2007, nous ne pouvons que constater que cet accord multinational n'a pas rempli son rôle de détection, en amont, des difficultés bancaires. Ce véritable « *crash test* » a fait apparaître des insuffisances dans le dispositif prudentiel mis en place par l'accord dit « Bâle II ».

---

<sup>526</sup> « Le cadre de mesure reconnaît l'importance des sûretés pour la réduction du risque de crédit, mais dans un degré limité seulement. En raison de la variété des pratiques suivies par les banques des différents pays en matière de sûretés et de la diversité de l'expérience concernant la stabilité de la valeur des garanties, il n'a pas été jugé possible d'élaborer des modalités communes en vue de l'intégration générale des sûretés dans le système de pondération. » BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Suisse, juill. 1988, p. 8.

<sup>527</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *op. cit.*, p. 103 et s.

## **§2. L'échec de l'accord dit « Bâle II » face à la crise**

**205.** En vigueur depuis trois ans au début de la crise, l'accord dit de « Bâle II » n'a pas eu l'efficacité escomptée pour la prévenir et limiter son impact. Face à la frénésie de l'appât du gain des marchés financiers, les mécanismes mêmes de l'évaluation du risque prescrits par l'accord dit de « Bâle II » ont failli. Ainsi, si la théorie d'une analyse basée sur la notation pouvait sembler être la plus adaptée, elle n'a pas résisté à l'épreuve de la pratique (A). Par ailleurs, la crise a démontré de façon prégnante que le risque de liquidité ne doit pas être négligé ; il s'agit pourtant du grand oublié de l'accord dit de « Bâle II » (B).

### **A. La défaillance de l'évaluation du risque par la méthode de la notation**

**206.** Comme exposé, les accords dits de « Bâle I » et de « Bâle II » recourent à la notation externe ou interne pour déterminer la solvabilité devant être respectée par chaque banque, en fonction de l'exposition des créances qu'elle détient. Cette méthode de notation apparaissait en effet comme étant théoriquement fiable, car adaptée à une évaluation *in concreto*. Ainsi, chacune des deux options proposées par le ratio de Mac Donough semblait offrir une approche relativement précise des risques encourus, soit grâce à la neutralité de la notation externe, soit du fait des connaissances approfondies des banques sur leurs créances évaluées en interne. Toutefois, le recours à un mécanisme de notation requiert pour fonctionner une évaluation honnête et transparente des créances détenues.

**207.** Or, il faut souligner une défaillance partagée et globale de l'évaluation de la qualité des actifs *subprimes*<sup>528</sup>. En principe, la toxicité de ces actifs aurait dû les faire rentrer automatiquement dans la pondération des créances de mauvaise qualité, de 150 %. Un tel classement aurait mécaniquement nécessité l'augmentation du montant des fonds propres détenus par les banques afin d'atteindre le seuil de solvabilité. Cela aurait eu un double effet préventif : d'abord réduire l'incitation pour les banques à

---

<sup>528</sup> V. *supra*, n° 51 et s.

investir dans ces produits toxiques du fait de leur coût en fonds propres et ensuite, de façon plus indirecte, constituer un mécanisme d'alerte pour les marchés financiers et les régulateurs quant à la dangerosité de ces actifs. Au lieu de cela, les organismes de notation externe ont fait dérailler le dispositif prudentiel en faussant l'appréciation du risque par l'attribution d'excellentes notes aux produits *subprimes*<sup>529</sup>. Si leur responsabilité ne peut être niée face à leur grave manque de diligence et à l'opacité de leurs méthodes d'évaluation, cela démontre également de façon prégnante que le recours à la notation externe pour l'évaluation du risque de crédit n'est pas, en l'état de la réglementation relative aux agences de notation, une solution fiable à retenir pour les besoins de la détermination du ratio prudentiel de solvabilité.

La notation interne ne semble pas avoir davantage permis une juste évaluation des actifs *subprimes*, mais son impact est plus difficile à jauger s'agissant de procédés et méthodologies internes aux banques et non soumis à une obligation de diffusion au public. En tout état de cause, aucune banque ne semble avoir contredit les agences de notation en mettant en évidence la toxicité de ces actifs avant qu'elle ne soit publiquement révélée.

**208.** En conséquence, face à ce constat, il est évident que le mécanisme des pondérations tel qu'envisagé par l'accord dit « Bâle II » n'a pas permis une juste identification et appréciation des risques, particulièrement face à des opérations bancaires de plus en plus complexes et dans le contexte d'un marché financier emballé par les gains. Le mécanisme d'alerte de l'accord dit de « Bâle II » a pâti de l'absence de contrôle de la conformité des notations internes et externes par des régulateurs étatiques. Également, afin de responsabiliser les opérateurs en charge pour les contraindre à déterminer une juste notation de l'actif, il aurait été judicieux de mettre en place des sanctions en cas d'estimation complaisante du risque. En effet, bien que la directive européenne transposant les recommandations de l'accord dit « Bâle II »<sup>530</sup> prévoyait dans son article 54 que les autorités compétentes dans chaque État membre puissent prononcer des sanctions contre les établissements de crédit ou leurs dirigeants

---

<sup>529</sup> V. *supra*, n° 56 et s.

<sup>530</sup> Dir. 2006/48/CE du Parlement européenne et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE n° 177 du 30 juin 2006*.

qui enfreignent les dispositions de ladite directive, ce dispositif s'est avéré être principalement théorique jusqu'au déclenchement de la crise. Or, la mise en place d'un mécanisme répressif aurait été particulièrement justifiée pour les banques ayant recours à la notation interne, dont la situation pourrait relever du conflit d'intérêts : d'une part, les banques qui optent pour la notation interne doivent se conformer aux règles de l'accord dit de « Bâle II » pour établir une juste et réaliste notation des actifs et, d'autre part, de cette évaluation dépend directement le montant des fonds propres qu'elles doivent détenir pour se conformer aux exigences du ratio de solvabilité. Or, ce montant n'est pas sans conséquence sur la gestion de la banque, et particulièrement sur sa capacité à prêter des sommes d'argent. En effet, les emprunts constituent une source de revenus pour les banques, or pour pouvoir prêter davantage une banque doit en contrepartie disposer de fonds propres suffisants pour respecter les ratios du Comité de Bâle. Ainsi, lorsqu'une banque évalue en interne un actif, elle aurait financièrement et économiquement tout intérêt à diminuer le risque estimé, pour restreindre les fonds propres mobilisés pour cet actif et ainsi disposer d'un montant disponible pour couvrir d'autres actifs plus importants (lui permettant en conséquence de réaliser davantage de gains).

**209.** Enfin, à défaut d'être un mécanisme d'alerte fonctionnel, le ratio de solvabilité de l'accord dit « Bâle II » a même contribué à l'effet procyclique de la crise. En effet, une fois la toxicité des actifs *subprimes* dévoilée sur les marchés financiers, les notes surévaluées qui leur étaient attribuées se sont fortement dégradées. Mécaniquement, le montant des fonds propres nécessaires pour se conformer au ratio de solvabilité a augmenté pour les sociétés détenant ces actifs toxiques. Il en a résulté une obligation pour celles-ci d'accroître les fonds propres réglementaires, ceux-ci étant immobilisés, au moment même où elles avaient besoin de liquidités pour faire face à la dégradation des actifs *subprimes* détenus et à leurs dettes. Dans une telle situation, le ratio de solvabilité a aggravé les difficultés de ces sociétés et l'instabilité des marchés financiers, sans avoir joué auparavant son rôle initial de prévention.

## B. L'oubli du risque de liquidité dans la réglementation prudentielle

**210.** Une autre grande faiblesse de l'accord dit « Bâle II » a été l'absence d'exigences relatives à la liquidité, dont le manque s'est avéré être un des vecteurs de la crise de 2007<sup>531</sup>. Comme résumé par Élisabeth Coulomb, rédactrice en chef de la Revue Banque, « s'il est une leçon à tirer de la crise financière, c'est bien qu'une banque peut être solvable, mais mourir par manque de liquidité »<sup>532</sup>. Le risque de liquidité<sup>533</sup> d'une banque se caractérise lorsqu'elle n'est plus en mesure de faire face à ses échéances financières du fait soit d'un différentiel temporel entre la durée d'échéance de ses créances et celle de ses dettes, soit de l'absence de demande d'achat sur les actifs qui pourraient être vendus. C'est le cas par exemple lorsque les dettes de la banque sont constituées des dépôts à vue – qui sont à échéance immédiate – alors que ses créances sont des prêts accordés à moyen et long terme.

**211.** Un blocage des marchés, comme celui qui a eu lieu en 2007-2008, est un élément aggravateur du risque de liquidité. En effet, lorsqu'un instrument financier ne peut plus être cédé en raison de la faible demande d'achat, voire de l'inexistence de cette demande, la valeur immédiate de ce produit est nulle et ne peut donc contribuer à faire face aux échéances de dette. Or, de nombreux actifs, à commencer par les crédits hypothécaires sous-jacents des *subprimes*, se sont avérés être non liquides lorsque leur toxicité a été dévoilée publiquement. La frénésie de titres offerts à la vente que cela a engendrée, sans acheteur intéressé pour les acquérir, a aggravé la situation<sup>534</sup>. Ainsi, certaines banques telles que Northern Rock n'ont pas pu rembourser leurs dettes à échéance courte : en l'espèce, cette banque détenait des dépôts des particuliers ; à la suite d'une ruée vers les dépôts, Northern Rock n'a pas pu faire face à ses dettes à court terme malgré un portefeuille d'actifs et de créances à moyen et long terme suffisant. Cette impossibilité de rembourser toutes leurs dettes à terme l'a placée immédiatement en insolvabilité, puis en liquidation. Pour cette

---

<sup>531</sup> ADRIAN T. et SHIN H. S., « Liquidité et contagion financière », *Revue de la stabilité financière*, févr. 2008, n° 11, p. 1 et s.

<sup>532</sup> COULOMB E., « Le poids des ratios, le choc de la liquidité », *Revue Banque*, juin 2011, n° 737.

<sup>533</sup> V. glossaire.

<sup>534</sup> V. *supra*, n° 55 et s.



banque, sa situation de défaillance était uniquement due à la temporalité de son équilibre dettes/créances : si les créances qu'elle détenait avaient été liquides à court terme, elle aurait pu couvrir ses dettes et n'aurait pas fait faillite.

**212.** Le risque de liquidité est donc « létal à très court terme »<sup>535</sup> et constitue un des mécanismes de défaillance en cascade. En effet, le non-remboursement d'une dette échue par le débiteur rend en principe cette créance peu liquide et impacte donc la situation financière de son créancier pour faire face à ses propres dettes. Ne pas avoir prévu de ratio de liquidité imposant de conserver en permanence un encours d'actifs liquides permettant de couvrir une partie des dettes arrivant à échéance a engendré une dégradation rapide de la situation économique globale, c'est l'une des critiques majeures faites à l'encontre de l'accord dit « Bâle II ».

**213.** Malgré les avancées pour une plus juste détermination du risque de crédit et de l'exposition des banques, les nombreuses lacunes de l'accord dit « Bâle II » ont empêché une détection préalable efficace des difficultés bancaires, et plus largement, de la crise de 2007. S'il est peu probable que les fonds propres mis en réserve auraient pu contrecarrer toutes les défaillances financières des banques, la réglementation prudentielle de Bâle II aurait dû atténuer leur impact et surtout être un mécanisme d'alerte, en premier lieu, de la toxicité des actifs *subprimes* et, en second lieu, de la détérioration des marchés financiers. Face à cet échec, le Comité de Bâle a décidé d'établir de nouvelles règles prudentielles par le biais de l'accord dit « Bâle III ».

---

<sup>535</sup> LÉBOUCHER S., « Liquidité : les grandes manœuvres », *Revue Banque*, mai 2011, n° 737, p.3.

## **Section 2 – L’adoption de l’accord dit « Bâle III » en réponse à la crise**

**214.** À la suite des orientations arrêtées par les membres du Groupe des vingt (G20) lors du sommet de Pittsburgh qui a eu lieu les 24 et 25 septembre 2009, le Comité de Bâle a préparé une réforme de sa réglementation prudentielle dans l’optique d’un accord dit « Bâle III »<sup>536</sup>. Le Comité de Bâle a proposé la mise en place de mesures aussi bien macroprudentielles<sup>537</sup> que microprudentielles<sup>538</sup>. Publiée le 16 décembre 2010, cette réglementation devrait progressivement entrer en vigueur entre 2013 et 2019. Elle a été transposée au sein de l’Union européenne le 26 juin 2013 par le biais du « paquet CRD IV », composé d’une directive et d’un règlement<sup>539</sup>. L’accord dit « Bâle III » a été adopté afin d’apporter une réponse à la défaillance de son prédécesseur face à la crise, il se veut ainsi simultanément plus contraignant et plus précis (§1). Toutefois, à vouloir tout anticiper sans pour autant avoir l’ambition de mettre en place de réelles sanctions, ce nouvel accord prudentiel laisse dubitatif quant à sa réelle efficacité (§2).

### ***§1. Les correctifs de l’accord dit « Bâle III » face aux lacunes de l’ancienne réglementation prudentielle***

**215.** Face à l’échec des règles prudentielles de l’accord dit « Bâle II », le Comité de Bâle a opportunément décidé de modifier ses recommandations, en tenant compte de critiques qui ont été émises en conséquence de la crise économique et financière. Alors que l’accord dit « Bâle II » se focalisait principalement sur l’évaluation des

---

<sup>536</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Dispositif international de mesure, normalisation et surveillance du risque de liquidité*, Suisse, déc. 2010.

<sup>537</sup> Une politique macroprudentielle prend en considération la situation globale d’un secteur afin d’en garantir sa stabilité et d’empêcher une désorganisation de grande ampleur, comme une crise systémique.

<sup>538</sup> Une politique microprudentielle est centrée sur les risques individuels de chaque société.

<sup>539</sup> Dir. 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 Dir. 2002/87/CE et abrogeant les Dir. 2006/48/CE et 2006/49/CE, *JOUE n° L 176 du 27 juin 2006* et Règlement n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d’investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, *JOUE n° L 176 du 27 juin 2013*.

risques portés par les créances, le nouvel accord concentre ses mesures sur la définition des instruments de capital éligibles en tant que fonds propres réglementaires pour renforcer l'efficacité du ratio de solvabilité (A) et la mise en place d'un ratio de liquidité<sup>540</sup> (B).

### **A. Une redéfinition plus efficace des fonds propres réglementaires**

**216.** L'une des principales dispositions de l'accord dit « Bâle III » a trait à la qualité des fonds propres de la banque. En réponse à la crise, le Comité de Bâle a estimé que la solvabilité des banques n'avait pas été suffisamment assurée avec les critères de fonds propres de l'accord dit « Bâle II ». Il a donc été décidé que l'accord dit « Bâle III » améliorerait les réserves disponibles pour compenser plus efficacement les éventuelles défaillances des débiteurs. Pour cela, la composition des fonds propres réglementaires a été remodelée afin d'augmenter la part des capitaux propres dans le numérateur du ratio de solvabilité, rendant celui-ci plus difficile à respecter.

**217.** L'objectif de cette nouvelle répartition des fonds propres réglementaires est que les banques disposent d'une réserve financière de capitaux propres minimum qui leur permette de compenser une partie des pertes en cas de défaillance pour tenter de maintenir leur solvabilité. Ainsi, si l'accord dit « Bâle III » conserve le seuil minimal de 8 % dans le rapport entre les fonds propres et les actifs pondérés des risques, il prévoit le rehaussement de la part du *Tier I*<sup>541</sup> dans celui-ci puisqu'elle passe de 4 % à 6 %, dont 4,5 % de *Core Tier I*.

Le *Core Tier I* n'est constitué que du capital social et de ce qui lui est assimilé, c'est-à-dire les réserves et le résultat en cours. Celui-ci recouvre donc les capitaux propres. L'avantage des éléments qui le composent c'est qu'ils ne sont ni des créances à risque, ni des dettes dont les créanciers pourraient demander le paiement à court ou moyen terme. Il s'agit donc de fonds propres peu fluctuants, qui sont destinés

---

<sup>540</sup> LÉBOUCHER S., « Bâle III : Les nouvelles règles passées au crible », *Banque & Stratégie*, déc. 2010, n° 287, p. 3.

<sup>541</sup> V. glossaire.

à demeurer dans la société sur le long terme et qui ne sont pas risqués ni soumis à un aléa. Augmenter la part à détenir de ces fonds permet donc de renforcer considérablement la fiabilité, et ainsi la qualité, du ratio de solvabilité.

Il faut par ailleurs noter positivement que l'accord supprime la prise en considération des fonds propres sur-complémentaires, c'est-à-dire du *Tier 3*<sup>542</sup>, dans le calcul du ratio de solvabilité. En effet, ces fonds sont principalement constitués de dettes subordonnées<sup>543</sup> à court terme. Celles-ci n'étant remboursables qu'une fois tous les autres créanciers désintéressés, leur paiement n'est pas assuré. L'intégration de cette catégorie d'actifs dans les fonds propres au numérateur du ratio dans le cadre de l'accord dit « Bâle II » venait ainsi élargir la capacité des banques à conclure des opérations à risque, sans pour autant garantir une couverture minimale de ce risque (particulièrement en cas de crise économique avec des défaillances en cascade sur les marchés financiers). Il est donc avisé de les avoir exclus du ratio. Avec l'accord dit « Bâle III », seuls les *Tier 1* et *Tier 2*<sup>544</sup> font désormais partie des fonds propres pris en considération pour les besoins du ratio de solvabilité. Cette intervention pour améliorer la qualité des fonds propres servant à déterminer le ratio de solvabilité doit être saluée, car elle le rend plus difficile à atteindre, d'une part, en limitant le nombre d'actifs pouvant être inclus au numérateur et, d'autre part, en améliorant leur fiabilité sur le long terme. Par ce biais, le Comité de Bâle a incité les banques à une meilleure attention et prudence vis-à-vis des risques auxquels elles choisissent de s'exposer.

**218.** L'accord prévoit également que la banque devra détenir un coussin de conservation du capital (*conservation buffer*) et un coussin contracyclique (*countercyclical buffer*), en plus des exigences habituelles de fonds propres. Ces deux réserves complémentaires doivent ainsi permettre, en période de croissance économique, aux banques de constituer une assise financière suffisante pour absorber les pertes en période de tension. Actuellement, l'article 129 de la directive européenne n° 2013/36/UE, transposé à l'article L. 511-41-1-A III du code monétaire et financier, dispose que le coussin de conservation doit représenter au moins 2,5 % des actifs

---

<sup>542</sup> V. glossaire.

<sup>543</sup> V. glossaire.

<sup>544</sup> V. glossaire.

pondérés des risques. Ce coussin doit être détenu uniquement en *Core Tier 1*. Il a pour objet de constituer une réserve à part dans laquelle les banques pourront puiser en cas de difficultés financières, tout en conservant leur niveau de capital.

**219.** Quant au coussin contracyclique, il a un objectif légèrement différent puisqu'il ne constitue pas uniquement une réserve de fonds, mais doit permettre de lutter contre une croissance excessive du crédit. En effet, il doit être mis en œuvre lorsque la croissance globale du crédit et des actifs à risque est estimée comme étant « porteuse d'une exacerbation du risque systémique »<sup>545</sup>. Le mécanisme du coussin contracyclique permet donc une double action : d'une part, en étant constitué en période d'emballement du crédit et des opérations risquées sur les marchés financiers, il permet de contenir l'accroissement des prises de risque en imposant pour les contrebalancer l'obligation de détenir davantage de fonds propres réglementaires ; d'autre part, il constitue une réserve de capital pouvant être relâchée immédiatement en cas de retournement de cycle afin de permettre aux banques de la mobiliser rapidement pour maintenir durablement leur offre de crédit à l'économie réelle<sup>546</sup>. En conséquence, si l'action préventive de l'obligation de constituer le coussin contracyclique lorsque les prises de risque s'accroissent ne suffit pas à enrayer le mouvement, ce coussin devrait également permettre de limiter l'impact d'une crise financière.

Le Parlement européen et le Conseil ont estimé que le montant du coussin contracyclique doit être laissé à la libre appréciation des autorités de régulation nationales, sans pouvoir dépasser 2,5 %<sup>547</sup>. En France, ce coussin est implémenté depuis janvier 2016, il est réévalué trimestriellement et déterminé sur proposition du gouverneur de la Banque de France<sup>548</sup>. Depuis sa mise en place, il a été maintenu à 0 %. Toutefois, avec l'accélération actuelle du cycle financier, le Haut Conseil à la Stabilité Financière a décidé le 29 juin 2018 de relever le taux de ce coussin

---

<sup>545</sup> Dir. 2013/36/UE, p. 10, *op. cit.*

<sup>546</sup> HCSF, Le coussin de fonds propres contra-cyclique : procédure de mise en œuvre, mai 2018.

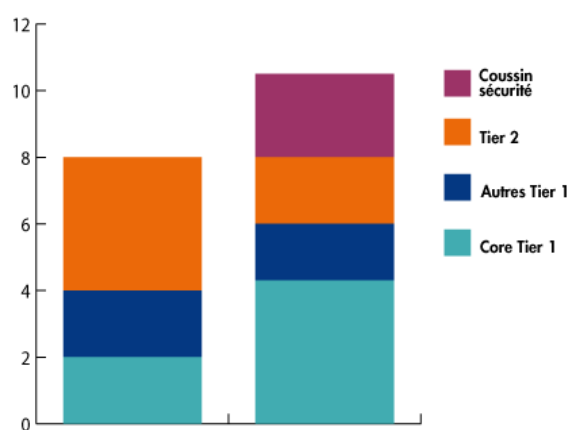
<sup>547</sup> Art. 136 de la Dir. 2013/36/UE, *op. cit.*

<sup>548</sup> *Idem.*

contracyclique pour le fixer à 0,25 % des actifs pondérés par les risques<sup>549</sup>. Ce nouveau taux entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2019 et sera applicable à l'ensemble des banques de l'Union européenne et de l'Espace Économique Européen à proportion de leurs expositions en France.

**220.** Actuellement, il résulte des dispositions de l'accord dit « Bâle III » que le rapport entre les fonds propres et les actifs pondérés des risques doit désormais être au minimum de 10,5 % (10,75 % à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2019), dont la somme du capital social, des réserves et du résultat en cours (*Core Tier 1*) devra représenter au moins 7 %. Il s'agit là d'un renforcement notable des exigences de fonds propres imposées aux banques afin de solidifier leur solvabilité face à d'éventuelles pertes.

NORMES MINIMALES DE FONDS PROPRES COMPAREES ENTRE BALE II ET BALE III  
EN % DES ACTIFS PONDERÉS DU RISQUE



Source : lafinancepourtous.com



À cela, d'autres seuils complémentaires portant sur les fonds propres ont été ajoutés, notamment par l'Union européenne qui a instauré la possibilité pour les États membres de mettre en place plusieurs coussins qui sont spécifiques aux banques d'importance systémique, allant de 1 à 3,5 % des fonds propres *Tier 1*, et jusqu'à 5 % dans certains cas<sup>550</sup>.

<sup>549</sup> Décision n° D-HCSF-2018-3 du 29 juin 2018 relative au taux du coussin de fonds propres contracyclique.

<sup>550</sup> Art. 131 de la Dir. 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 Dir. 2002/87/CE et abrogeant les Dir. 2006/48/CE et 2006/49/CE, JOUE n° L 176 du 27 juin 2013.

**221.** Ainsi, l'accord dit « Bâle III » met clairement l'accent sur la nécessité pour les banques de détenir des fonds propres réglementaires solides et destinés, pour une grande part, à demeurer à long terme dans le capital des banques. L'amélioration de la qualité des fonds propres du ratio de solvabilité oblige mécaniquement les banques à limiter leurs prises de risque, car il leur est plus difficile d'augmenter le montant au numérateur du rapport. Toutefois, cette seule action sur le ratio de solvabilité n'aurait pas eu un impact suffisant avant la crise pour éviter les conséquences considérables qu'elle a eu. En effet, améliorer la solvabilité d'une banque ne lui permet pas de faire face à ses dettes à court terme puisque, tout en étant solvable, une société peut ne pas avoir de fonds disponibles immédiatement. Ce manque de liquidité a été un vecteur fort de défaillance, puis de liquidation, lors de la crise économique et financière.

### **B. La mise en place attendue du ratio de liquidité**

**222.** Le manque de liquidité constitue un risque de défaillance à très court terme, qui s'est réalisé pour de nombreuses entreprises en 2007-2008<sup>551</sup>. Pourtant, comme cela a été souligné quasi-unanimement et reconnu par le Comité de Bâle<sup>552</sup>, l'absence de prise en considération de la liquidité dans les ratios prudentiels a été une des grandes lacunes de l'accord de « Bâle II » face à la crise. En effet, la détention d'actifs *subprimes* devenus illiquides face au manque de demande d'achat une fois leur toxicité révélée, associée à l'inexistence de normes imposant aux banques de posséder des actifs liquides à très court terme, a plongé certaines d'entre elles dans l'impossibilité financière de s'acquitter de leurs dettes à court terme (notamment celles relatives aux dépôts des particuliers). Le Comité de Bâle a donc réagi en intégrant des dispositions concernant la liquidité des banques à l'accord dit « Bâle III ». Il propose ainsi l'établissement du ratio de liquidité qui devrait permettre d'assurer à la banque une liquidité suffisante pour couvrir ses dettes à court et moyen terme, d'une part, et d'atténuer ainsi le risque de défaillance pour manque de liquidité alors même que son bilan lui permettrait théoriquement de faire face à ses engagements financiers, d'autre

---

<sup>551</sup> V. *supra*, n° 207 et s.

<sup>552</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Principes de saine gestion et de surveillance du risque de liquidité*, Suisse, sept. 2008.

part. Ce nouvel instrument prudentiel se subdivise en deux : le ratio à un mois en flux (court terme) et le ratio à un an en stock (long terme).

**223.** Le ratio à un mois en flux a pour objectif d'assurer que la banque dispose d'un niveau suffisant d'actifs liquides de haute qualité et non grevés, pouvant être facilement et rapidement convertis en liquidité, pour couvrir ses besoins sur une période de trente jours en cas de graves difficultés de refinancement<sup>553</sup>. Il permet donc de favoriser la résilience des banques face à une difficulté immédiate et imprévisible de liquidité. Cette réserve offre ainsi la possibilité aux banques de temporiser une situation de crise et d'avoir trente jours pour établir les mesures les plus appropriées. Pour respecter ce ratio, le Comité de Bâle a indiqué que le montant des actifs liquides de haute qualité et non grevés doit être en permanence au moins égal aux sorties nettes de trésorerie<sup>554</sup> qui sont prévues sur les trente prochains jours :

$$\frac{\text{Encours d'actifs liquides de haute qualité}}{\text{Sorties nettes de trésorerie sur les 30 jours suivant}} \geq 100 \%$$

Cela signifie que les banques doivent être en mesure de faire face à toutes les dettes prévues devant arriver à échéance sur une période de trente jours calendaires. Par mesure de tolérance et fort logiquement, ce ratio n'a pas à être respecté lorsque la banque se trouve dans une situation de tensions financières qui ferait qu'elle ne serait pas en mesure de couvrir ses sorties nettes de trésorerie à court terme avec les actifs liquides de haute qualité<sup>555</sup>. Respecter ce rapport à tout prix dans ces circonstances serait en effet totalement contre-productif.

**224.** Pour rendre efficace ce ratio de liquidité à court terme, les actifs intégrés au numérateur ont été restreints aux plus fiables en termes de liquidité. En effet, dans une situation de blocage des marchés financiers, ceux-ci doivent rester aisément cessibles

---

<sup>553</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *op. cit.*, p. 10.

<sup>554</sup> Concernant les sorties nettes de trésorerie, elles désignent « les sorties totales attendues, moins les entrées totales attendues durant les 30 jours calendaires suivants ». Les dépôts de détail des particuliers sont inclus dans ce montant puisqu'il s'agit de dettes à très court terme. Ils sont cependant pondérés en fonction du taux de retrait qui leur est attribué.

<sup>555</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Bâle III : Ratio de liquidité à court terme et outils de suivi du risque de liquidité*, Suisse, janv. 2013, n° 17.



tout en conservant une valeur similaire à celle qu'ils avaient avant la crise. Ainsi, des actifs sont considérés comme étant liquides et de haute qualité lorsqu'ils « peuvent être facilement et immédiatement transformés en liquidité sans perdre – ou en perdant très peu – de leur valeur »<sup>556</sup>. Pour déterminer cela, le Comité de Bâle a fait ressortir plusieurs facteurs<sup>557</sup> permettant d'aider les autorités de contrôle nationales à identifier les actifs qui peuvent entrer au numérateur du ratio de liquidité : ils doivent être à faible risque, avec une valorisation aisée et stable, une structure simple et normalisée et avoir une cotation sur une place financière établie et reconnue<sup>558</sup>. Ces critères, qui apparaissent comme assez complets, bien que largement laissés à l'appréciation des autorités nationales, doivent évidemment être appréciés en période financière normale. Également, les actifs doivent être non grevés et donc être exempts de restrictions juridiques, réglementaires ou contractuelles pouvant limiter l'aptitude de la banque à les liquider, les vendre, les transférer ou les affecter<sup>559</sup>. Cela signifie qu'ils ne doivent pas être immobilisés par un mécanisme de garantie ou de sûreté les rendant indisponibles.

En pratique, la réglementation prudentielle expose des exemples d'actifs qui remplissent les critères pour être considérés comme étant de haute qualité dès lors qu'ils ne sont pas grevés<sup>560</sup>. Il s'agit notamment des billets de banque, de certaines réserves détenues par la banque auprès de sa banque centrale (y compris les réserves obligatoires), des titres de dette souveraine (sauf exception), etc. Il est par ailleurs recommandé par le Comité de Bâle que les actifs liquides de haute qualité soient très diversifiés, en étant issus de plusieurs catégories<sup>561</sup>. Il s'agit là d'une mesure de précaution additionnelle et logique visant à éviter une concentration par type d'actifs, de monnaie, d'émetteur ou d'émission puisqu'il est évidemment impossible d'écarter tout risque de défaillance d'un instrument financier ou de capital, quelles que soient sa nature et sa solidité.

---

<sup>556</sup> *Idem*, n° 24.

<sup>557</sup> *Idem*.

<sup>558</sup> *Idem*.

<sup>559</sup> *Idem*, n° 31.

<sup>560</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *op. cit.*, n° 49 et s.

<sup>561</sup> *Idem*, n° 44.

**225.** Concernant le ratio à un an en stock, il a pour but d'améliorer la résilience des banques à long terme. Contrairement au ratio à un mois en flux, son objectif n'est pas de compenser des dettes immédiates pour temporiser la situation, mais de pérenniser la stabilité financière de la banque en matière de liquidité en l'incitant à évaluer précisément le risque de financement et à détenir davantage d'actifs fiables. Il s'agit là d'un mécanisme visant à améliorer la qualité du bilan de la banque. Il doit permettre de gérer la liquidité, et incidemment le refinancement, entre les activités à court terme et celles à long terme sur une période d'un an dans un scénario de tension prolongé. Il requiert donc des ressources stables pour pouvoir financer les engagements à l'échelle d'une année<sup>562</sup>. Pour cela, le ratio a été fixé par le Comité de Bâle comme suivant :

$$\frac{\text{Montant du financement stable disponible}}{\text{Montant du financement stable exigé}} \geq 100 \text{ \%}.$$

Au numérateur, le financement stable disponible correspond aux fonds propres et au passif destinés à être stables à l'horizon d'un an. Au dénominateur, le financement stable exigé est constitué des actifs détenus par la banque. Ces deux montants sont pondérés en fonction, pour le premier, de sa stabilité à un an et du type de ressource dont il s'agit et, pour le second, de la liquidité des actifs.

Il doit être souligné que cette exigence prudentielle à long terme n'a été effectivement appliquée par les banques et les autorités de contrôle nationales que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (date à laquelle son entrée en vigueur avait été repoussée). En conséquence, à ce stade, nous n'avons que peu de recul sur l'efficacité de ce ratio de liquidité à long terme, qui doit s'apprécier sur plusieurs années.

**226.** Il faut cependant constater que l'action globale du Comité de Bâle en réaction à la crise a été plutôt positive. Les mécanismes du ratio de solvabilité et du ratio de liquidité ont également été complétés par d'autres dispositifs, dont un ratio d'effet de levier qui a pour objectif de plafonner les actifs par rapport aux fonds propres de la banque. Cherchant à tirer des leçons des défaillances de l'accord dit « Bâle II », le nouveau dispositif prudentiel a permis d'atténuer les variations d'intensité du risque et de favoriser la stabilité à long terme du système bancaire. Néanmoins, il reste encore

---

<sup>562</sup> CASTELIN L., « Les paradoxes de Bâle III », *Banque & Stratégie*, mai 2012, n° 303, p. 9.

quelques correctifs à apporter pour bénéficier d'une réglementation prudentielle efficace et dissuasive.

## ***§2. L'accord dit « Bâle III » face à ses défauts***

**227.** L'accord dit « Bâle III » a permis de combler quelques lacunes de la réglementation prudentielle précédente. Il a renforcé la couverture des risques par des exigences de fonds propres plus solides et intégré la dimension liquidité qui manquait tant à ses prédécesseurs. Cependant, concernant le ratio de solvabilité, il agit davantage comme un correctif que comme une réelle remise en question des mécanismes de l'accord dit « Bâle II ». Ainsi, des lacunes et défauts importants et susceptibles de constituer une faille prudentielle en cas de crise demeurent. Par ailleurs, des assouplissements critiquables ont été apportés aux règles du ratio de liquidité. Il en résulte finalement un accord moins efficace que ce qui semblait avoir été décidé initialement (A). Parallèlement à ce manque d'ambition regrettable, il doit également être reproché la complexité et l'illisibilité dont est en train de se parer la réglementation prudentielle, un peu plus à chaque mise à jour (B). S'il ne semble s'agir de prime abord que d'un problème de forme, cela peut constituer un réel frein pour les banques dans la tenue de leurs opérations quotidiennes.

### **A. Une réglementation prudentielle inachevée**

**228.** L'accord dit « Bâle III » a eu pour ambition de corriger certaines faiblesses de son prédécesseur, en améliorant la fiabilité du ratio de solvabilité et, surtout, en incluant enfin la prise en considération de la liquidité. Toutefois, aussi bien pour l'un comme pour l'autre, plusieurs fragilités subsistent et ne permettent pas d'assurer l'efficacité pleine et entière des ratios imposés par le Comité de Bâle.

**229.** En premier lieu, nous ne pouvons que regretter que l'accord dit « Bâle III » n'ait pas remis en question la notation telle qu'elle est prévue aux fins du calcul du ratio de solvabilité. En effet, l'analyse de la qualité du débiteur demeure centrale pour

déterminer l'échelle de risque associée à la créance<sup>563</sup>. Or, celle-ci repose toujours sur un mécanisme de notation, qu'elle soit externe ou interne. Pourtant, s'agissant de l'évaluation par une société tierce, à défaut d'avoir mis en place une réglementation stricte des agences de notation et de la méthodologie qu'elles emploient, une sous-estimation des risques due à des attitudes complaisantes ou négligentes demeure une possibilité. En effet, nous avons pu observer, lors de la crise de 2007, que certains actifs toxiques ont bénéficié d'une note très favorable, alors même que leur complexité empêchait toute évaluation concrète et sérieuse<sup>564</sup>. Pour compenser cela, une des solutions à envisager est de ne conserver que la possibilité de déterminer le ratio de solvabilité sur la base d'une notation interne, et d'exclure donc tout recours à une société tierce de la réglementation élaborée par le Comité de Bâle, pour les besoins du calcul du ratio de solvabilité.

**230.** Une telle modification des recommandations de Bâle permettrait de faire reposer sur chaque banque l'évaluation des créances qu'elle détient. Il conviendrait toutefois d'encadrer davantage la notation interne, afin d'assurer son effectivité. Nous suggérons ainsi que les banques aient l'obligation de mettre en place et de tenir à jour une méthodologie globale, dans le respect des mesures directrices de l'accord du Comité de Bâle. Cela aurait pour effet :

- D'une part, de rendre les détenteurs des créances responsables de leur notation : à l'exception des débiteurs eux-mêmes, ceux sont les mieux positionnés pour permettre une évaluation juste, précise et actuelle des créances ;
- Et, d'autre part, de garantir des règles d'évaluation harmonisées, qui seraient appliquées pour chaque notation effectuée dans le cadre de la détermination du ratio de solvabilité : cela permettrait ainsi d'assurer une comparabilité des créances détenues, offrant à tous un référentiel commun.

De plus, il serait opportun d'imposer un document d'évaluation, aussi concis que possible, devant être associé à chaque créance évaluée. Celui-ci indiquerait les

---

<sup>563</sup> V. *supra*, n° 199 et s.

<sup>564</sup> V. *supra*, n° 57 et s.

modalités d'application pratiques de la méthodologie globale, qui ont été mises en œuvre pour noter l'actif. Il devrait permettre de comprendre aisément les données qui ont amené à déterminer la note et, ainsi, faciliter le contrôle des notations par les autorités nationales.

**231.** Par ailleurs, les créances devraient, comme c'est déjà le cas, être réévaluées dès que des changements de circonstances l'exigent. Un contrôle récurrent de la méthodologie globale et, sur la base d'un échantillon aléatoire, de son application pratique devrait être mis en place par le régulateur afin de s'assurer de la correcte évaluation du risque. Toutefois, l'efficacité de telles vérifications resterait théorique sans sanction dissuasive. En effet, le recours à la notation interne n'est pas exempt d'un risque de conflit d'intérêts compte tenu de l'impact direct que l'évaluation faite à sur le ratio de solvabilité<sup>565</sup>. Ainsi, il est nécessaire de prévoir des dispositions répressives incitant les dirigeants à imposer une évaluation réaliste des créances que la banque détient. Pour cela, seul le recours à l'engagement de la responsabilité pénale de ceux-ci semble suffisamment dissuasif en cas de sous-estimation complaisante du risque. Toutefois, la difficulté d'élaborer une nouvelle infraction pénale, qui viendrait réprimer les dirigeants de banque ayant sous-évalué le risque d'une créance, ne peut être niée. En l'absence de défaillance de la banque<sup>566</sup>, il ne serait pas concevable de prévoir un tel délit uniquement sur la base d'un élément matériel, sans caractériser d'élément intentionnel. En effet, compte tenu du très grand nombre de créances pouvant être détenues par une banque, particulièrement d'ampleur systémique, limiter la qualification du délit au seul élément matériel, c'est-à-dire à la constatation d'une évaluation erronée, serait faire peser un risque pénal démesuré au regard des conséquences très variables et limitées (hormis en cas de la défaillance de la banque<sup>567</sup>) que peut avoir la commission de l'infraction. Dès lors, la caractérisation d'un élément intentionnel est nécessaire et, comme souvent, délicate à établir dans la plupart des situations. Il relève toutefois de la responsabilité du législateur de tenter d'élaborer une telle infraction, sur la base de l'élément matériel d'une notation erronée surévaluant la

---

<sup>565</sup> V. *supra*, n° 208.

<sup>566</sup> Concernant la répression pénale dans le cadre de la défaillance d'une banque, v. *infra*, n° 363 et s.

<sup>567</sup> *Idem*.

créance et de la caractérisation d'une intention de dissimuler le risque. La sanction devant être suffisamment dissuasive, la peine associée devra prévoir un emprisonnement pour une durée maximale de dix ans, associé à une amende, dont l'application devra être laissée à la libre appréciation du juge selon les circonstances et l'impact qu'aura eu la sous-évaluation sur la stabilité de la banque.

**232.** Concernant la mise en place du ratio de liquidité, si son inclusion dans l'accord dit « Bâle III » doit être saluée et était indispensable à une réglementation prudentielle efficace, elle souffre toutefois d'une faiblesse majeure permettant de contourner les exigences du ratio : elle ne prévoit pas de mécanisme pour contrer les titrisations<sup>568</sup>. En effet, le manque de liquidité d'une créance peut être détourné grâce à ce mécanisme qui permet de complexifier les produits financiers : en associant des créances peu liquides par le biais de la titrisation, celles-ci peuvent devenir liquides à très court terme.

C'est ce que nous avons pu constater lors de la crise de 2007, durant laquelle les crédits *subprimes*, devenus illiquides en eux-mêmes au moment de l'éclatement de la bulle immobilière, ont été titrisés avec d'autres actifs. Il en a résulté *in fine* des produits financiers complexes, tels que les dérivés de crédits, dont la composition était incertaine pour les acquéreurs<sup>569</sup>. Ces produits, très bien évalués par les agences de notation, étaient très liquides malgré leur composition réelle. Leur toxicité n'a été révélée que lors du déclenchement de la crise. En conséquence, il s'avère que les exigences du ratio de liquidité auraient pu être remplies lors de la crise par des banques possédant pourtant une très grande quantité d'actifs toxiques, tant que le risque n'était pas encore révélé. Une fois de plus, nous ne pouvons que constater, à regret, l'impact considérable et néfaste que peuvent avoir les agences de notation, acteurs privés, sur la stabilité du système financier. Le recours à une évaluation interne, associée à des mécanismes de répression dissuasifs, s'avère donc clairement indispensable pour garantir l'effectivité des ratios prudentiels.

---

<sup>568</sup> V. glossaire.

<sup>569</sup> V. *supra*, n° 52 et n° 58.

## B. Une réglementation prudentielle complexifiée

**233.** Une autre critique majeure pouvant être faite aux travaux du Comité de Bâle concerne la grande complexité de la réglementation prudentielle qu'ils fixent. En effet, ils accumulent les ratios, les spécificités et les exceptions en faisant une véritable machine Enigma pour le calcul des ratios et des coussins de fonds propres. Les rajouts des réglementations successives rendent ainsi les normes prudentielles peu compréhensibles, à tel point que certains les qualifient de « danse des coussins »<sup>570</sup>.

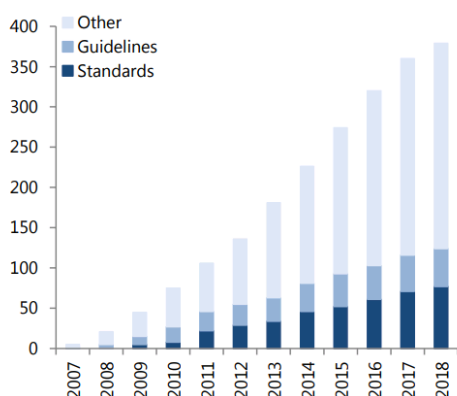
**234.** Outre la redéfinition des fonds propres entrant dans le calcul des ratios, l'accord dit « Bâle III » concentre son intervention sur une détermination plus précise des risques associés à chaque type d'actif. Il multiplie ainsi les définitions, les cas spécifiques et les options (existence d'une sûreté, corrélation de valeur entre les actifs pour prendre en compte l'interconnexion dans les grands établissements financiers, ajustement de valorisation sur actif, etc.) rendant sa mise en pratique difficilement compréhensible, particulièrement pour les autorités nationales qui doivent contrôler le respect des ratios. Ainsi, lors de l'*International Conference on Banking Supervisors*, il a été estimé « qu'une banque devrait [actuellement] passer par plus de cent étapes pour déterminer ses besoins de fonds propres »<sup>571</sup>. Outre la volonté de déterminer précisément les risques, un certain nombre de facteurs ont contribué à cette complexité croissante, notamment l'innovation des acteurs sur les marchés financiers et le souhait de conclure un accord international sur les normes à appliquer dans de nombreuses juridictions.

---

<sup>570</sup> LÉBOUCHER S., « Réglementation prudentielle : la danse des coussins », *Revue banque*, avr. 2013, n° 759.

<sup>571</sup> International Conference of Banking Supervisors, « Atelier n° 3 : Le dispositif de Bâle et la question de proportionnalité », nov. 2018. Disponible sur : [https://www.bis.org/bcbs/events/icbs20/ws3\\_fr.pdf](https://www.bis.org/bcbs/events/icbs20/ws3_fr.pdf)

### Nombre cumulé de publications du Comité de Bâle :



Source : calculs du Comité et Bâle et du Secrétariat.

(a) La mention « Standards » (normes) renvoie à la fois aux normes proposées et aux normes finalisées. La mention « Guidelines » (recommandations) inclut les bonnes pratiques. La mention « Others » (autres) inclut les rapports de mise en œuvre et de suivi, les documents de travail et les bulletins d'information.

Source : *International Conference of Banking Supervisors*, « Atelier n° 3 : Le dispositif de Bâle et la question de proportionnalité », nov. 2018. Disponible sur : [https://www.bis.org/bcbs/events/icbs20/ws3\\_fr.pdf](https://www.bis.org/bcbs/events/icbs20/ws3_fr.pdf)

**235.** La volonté du Comité de Bâle de préciser le traitement et la pondération de certains actifs pour rattraper l'avance prise par les acteurs des marchés financiers sur la création de nouveaux instruments et produits est louable, mais rend les règles édictées brouillonnes et leur application quasiment invérifiable. Il faut reconnaître qu'il s'agit d'une course sans fin pour tenter de rattraper l'inventivité des acteurs sur les marchés financiers. Ainsi, il conviendrait de simplifier considérablement la réglementation prudentielle, en ne tentant pas de couvrir individuellement chaque type d'actif, mais en définissant de grandes catégories, avec des définitions très précises, et une disposition générale ayant pour objectif d'inclure tous ceux hors catégorie. Cette simplification des normes prudentielles serait certainement au détriment d'une certaine prudence. Toutefois, elle pourrait permettre le contrôle effectif du respect des ratios par les autorités nationales, ce qui ne semble pas être le cas, en pratique, actuellement du fait de cette grande complexité.

**236.** Malgré cela, renoncer aux ratios mis en place par le Comité de Bâle ne serait pas opportun, car leur impact n'est pas inexistant : les normes prudentielles permettent d'améliorer la capacité de résilience des banques en assurant un minimum de couverture en cas de défaillance de débiteurs et leur aspect dissuasif, même minime, vis-à-vis des prises de risque excessives doit être reconnu comme un mécanisme préventif. Par ailleurs, ces ratios constituent également un dispositif de détection des difficultés des banques, en fixant un seuil et des méthodes de calcul harmonisés (i.e.



les ratios constituent un niveau plancher qui doit constituer une alerte lorsqu'une banque n'arrive plus à les respecter). Il doit également être souligné que les exigences de fonds propres ont tendance à être de plus en plus élevées, obligeant les banques à modérer leurs prises de risque (en ce sens notamment la directive « CRD V »<sup>572</sup> et le règlement « CRR II »<sup>573</sup>). Si cette réglementation prudentielle peut donc permettre d'identifier les probables défaillances bancaires, elle ne peut se suffire pour construire une politique de prévention et d'anticipation efficace. Il faut également noter que les ratios prudentiels n'ont pas d'impact curatif face aux prémices de la défaillance d'une banque. Pour l'ensemble des raisons précitées, les législateurs français et européen ont mis en place des outils prospectifs pour être préparés à faire face à toute difficulté financière avérée.

---

<sup>572</sup> Dir. 2019/878/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la Dir. 2013/36/UE en ce qui concerne les entités exemptées, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes, la rémunération, les mesures et pouvoirs de surveillance et les mesures de conservation des fonds propres, *JOUE n° L150 du 7 juin 2019*.

<sup>573</sup> Règl. (UE) n° 2019/876 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant le Règl. (UE) n° 575/2013 en ce qui concerne le ratio de levier, le ratio de financement stable net, les exigences en matière de fonds propres et d'engagements éligibles, le risque de crédit de contrepartie, le risque de marché, les expositions sur contreparties centrales, les expositions sur organismes de placement collectif, les grands risques et les exigences de déclaration et de publication, et le Règl. (UE) n° 648/2012, *JOUE n° L150 du 7 juin 2019*.

## Chapitre 2 – Les mécanismes préventifs d’anticipation et d’intervention précoce

237. L’une des leçons tirées de la crise de 2007 par les législateurs européen et nationaux a été la nécessité d’anticiper au maximum la défaillance d’une banque. Ce constat repose sur l’idée suivante : plus les difficultés sont connues et traitées en amont, meilleure sont les chances de les résoudre et de rétablir la stabilité économique de la banque. L’objectif est également d’anticiper le risque de défaillance en cascade en identifiant, en amont, les interconnexions juridiques, économiques ou financières au sein du système bancaire mondial. Dans ce cadre, la directive n° 2014/59/UE<sup>574</sup> prévoit la mise en place de solutions graduées à apporter dans l’optique d’une défaillance bancaire. Dans son action en amont de la défaillance, elle évoque non seulement la mise en place de plans préventifs, considérés par certains comme des « testaments bancaires »<sup>575</sup>, mais aussi ce qu’elle nomme « l’intervention précoce ». Les premiers ont pour but de permettre une évaluation au préalable des risques et de planifier de façon anticipée les solutions à leur apporter dans l’hypothèse d’une potentielle défaillance (SECTION 1). Alors qu’ils doivent donc être élaborés en période normale d’activité, l’intervention précoce constitue, quant à elle, un moyen d’action aux prémices des difficultés. Ainsi, la directive dispose que ces mesures doivent être mises en œuvre en cas de difficultés légères, mais avérées subies par la banque (SECTION 2).

---

<sup>574</sup> Dir. 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d’investissement et modifiant la Dir. 82/891/CEE du Conseil ainsi que les Dir. du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, *JOUE n° L 173 du 12 juin 2014*.

<sup>575</sup> Notamment : FORTESA M.-H. et KUBRUSHKO A., « Plans de redressement et de résolution : une nouvelle donne dans la gestion des crises bancaires », *Banque & Stratégie*, 13 nov. 2012, n° 308. Disponible sur : <http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/plans-redressement-resolution-une-nouvelle-donne-d>.

## **Section 1 – La prévention par l'évaluation des risques : les plans de redressement et de résolution**

**238.** La loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>576</sup>, ainsi que la directive 2014/59/UE établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit ont instauré des mécanismes progressifs de prévention des difficultés. L'anticipation étant un élément clé pour redresser la situation financière d'une société, le premier instrument mis en place consiste en l'élaboration de plans de remédiation. Ceux-ci prévoient par avance les scénarios de défaillance possibles et les solutions à y apporter. Il s'agit là d'une action précoce permettant la mise en œuvre rapide et effective de mesures préventives et curatives en cas de dégradation de la situation économique d'une banque. Cette nouvelle obligation va donc au-delà d'un simple *stress-test* qui a pour objectif d'évaluer la stabilité de la banque en cas de situation inhabituelle<sup>577</sup>, en y incluant des actions de remédiation. Les deux réglementations prévoient ainsi que les établissements de crédit devront élaborer des plans de redressement (appelés en France plans préventifs de rétablissement) (§1). Une fois préparés, ils seront soumis au contrôle des autorités de résolution, qui devront également établir des plans de résolution (appelés en France plans préventifs de résolution), parallèles à ceux rédigés par les banques (§2).

### ***§1. L'élaboration des plans de redressement par les banques***

**239.** Les plans de redressement ont pour objectif de décrire les dispositions et mesures à mettre en place en cas de détérioration significative de la situation économique d'une banque, permettant une action rapide pour rétablir sa viabilité à

---

<sup>576</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

<sup>577</sup> VENUS M., « Ne pas faire du RRP un manuel d'OPA hostile », *Revue banque*, nov. 2012, n° 753, p. 33 et s.

long terme<sup>578</sup>. De cela, ils retirent le surnom de « testaments bancaires »<sup>579</sup>. Dans un objectif d'efficacité, les législateurs européen et français ont défini un champ d'application large, sans pour autant ignorer les spécificités de ce secteur (A), ni sa diversité. De ce dernier aspect, il résulte que les plans doivent être préparés par chaque banque pour sa situation propre, de telle sorte qu'il ne peut pas exister de modèle ni de liste des typologies de difficultés et solutions (B). Cela permet d'anticiper avec attention les mesures à mettre en place en cas de dégradation de la situation financière de la banque, évitant ainsi la précipitation brouillonne des moments de crise et autorisant une action réactive et maîtrisée.

### **A. Le champ d'application et les typologies des plans de redressement**

**240.** Dans ce cadre, la réglementation bancaire française instaurée à la suite de la crise de 2007 a inséré l'article L. 613-31-11 dans le code monétaire et financier, relatif au plan préventif de rétablissement. Cet article prévoyait qu'il soit obligatoire pour les établissements de crédit dépassant un seuil de bilan fixé par décret et ne faisant pas l'objet d'une surveillance sur une base consolidée dans les conditions prévues à l'article L. 613-20-1 du même code. Il était également prévu à l'alinéa 2 que l'Autorité de contrôle prudentiel (devenue l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) pourrait demander à toute société soumise à son contrôle, mais n'entrant pas dans le champ d'application fixé par décret, d'établir un plan préventif de rétablissement dès lors que son activité présente un risque au regard de la stabilité financière. L'article L. 613-31-11 a cependant été abrogé par ordonnance du 20 août 2015<sup>580</sup> (sans que le décret d'application n'ait été publié entre temps), et remplacé par l'article L. 613-35 du même code, pour les besoins de la transposition de la directive européenne n° 2014/59/UE en droit français.

---

<sup>578</sup> Commission européenne, Proposition de Dir. du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les Dir. 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les Dir. 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2012, p. 10.

<sup>579</sup> BONNEAU Th., *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd., Ed. Domat droit privé, 2017, p. 278.

<sup>580</sup> Ord. n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JORF n° 0192 du 21 août 2015*.

**241.** S'agissant d'un mécanisme d'anticipation, le Parlement européen a choisi de le rendre largement applicable au sein de l'Union européenne. Il a étendu son champ à tout établissement bancaire, sans restriction<sup>581</sup>. Aucune condition de seuil n'étant retenue, la réglementation française a donc dû évoluer en ce sens. Ainsi, l'article L. 613-35 du code monétaire et financier prévoit que sont soumis à l'obligation de plan préventif de redressement :

- Les établissements de crédit relevant de la surveillance directe de la Banque centrale européenne en application du paragraphe 4 de l'article 6 du règlement n° 1024/2013 ;
- Les établissements de crédit qui constituent une part importante du système financier au sens du paragraphe 8 de l'article 11 du règlement n° 806/2014 ;
- Les établissements de crédit qui ne font pas partie d'un groupe soumis à une surveillance sur une base consolidée au sens de l'article L. 613-20-1 du code monétaire et financier<sup>582</sup> ;
- Les entreprises mères dans l'Union<sup>583</sup> ; et
- Le cas échéant, sur décision du collège de supervision<sup>584</sup> dans les conditions prévues à l'article L. 613-37 du code monétaire et financier, les établissements de crédit qui sont des filiales des entreprises mères précitées<sup>585</sup>.

Il résulte donc de la rédaction de l'article L. 613-35 du code monétaire et financier que les banques françaises sont soumises à l'obligation d'élaborer un plan préventif de rétablissement, que ce soit sur une base propre ou consolidée, sans exception. Cette

---

<sup>581</sup> Articles 5 et 7 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>582</sup> Les établissements de crédit faisant partie d'un groupe soumis à une surveillance sur une base consolidée au sens de l'art. L. 613-20-1 du C. mon. fin. sont également inclus dans le mécanisme du plan préventif de rétablissement soit en tant que société mère établie dans l'Union, soit, *de facto*, en tant que filiale d'une telle société mère, laquelle devant élaborer un plan préventif de rétablissement au niveau du groupe.

<sup>583</sup> Il convient de préciser que la notion d'« entreprise mère » au sens de l'art. L. 613-35 du C. mon. fin. n'a évidemment pas vocation à inclure toutes les sociétés mères quelle qu'elles soient, mais vise uniquement celles soumises aux dispositions du C. mon. fin. Sont notamment inclus dans la notion d'entreprise mère les organes centraux mentionnés à l'art. L. 511-30 du même code, soit Crédit Agricole S.A., l'organe central des caisses d'épargne et des banques populaires et la Confédération nationale du Crédit Mutuel (v. art. L. 613-35, I du C. mon. fin.).

<sup>584</sup> V. *infra*, n° 252.

<sup>585</sup> Dans cette situation, en plus du plan préventif de rétablissement élaboré au niveau du groupe, les filiales de la société mère qui sont des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement pourront être soumises à l'obligation d'établir un plan préventif de rétablissement sur une base individuelle.

application extensive résultant de la stricte transposition des articles 5 et 7 de la directive européenne n° 2014/59/UE – qui sont non équivoques –, il peut en être déduit que toutes les banques établies sur le territoire de l'Union européenne disposent désormais d'un plan de redressement individuel ou de groupe. La fermeté du Parlement européen quant à la nécessité de prévenir les difficultés de toutes les banques européennes, sans condition de taille ou de caractère systémique, est essentielle car un champ d'application restrictif aurait ignoré l'incidence des fortes interconnexions entre les banques et, en conséquence, pondéré à la baisse l'efficacité de tels plans au niveau macroéconomique.

**242.** Une fois le cadre de la directive fixé, le Parlement européen s'est attaché à tenir compte de la situation structurelle du secteur bancaire, composé aussi bien groupes bancaires multinationaux que de banques isolées. Ainsi, les articles 5 et 7 de la directive disposent de l'obligation d'élaborer des plans de redressement au niveau de la banque ou du groupe, selon la situation. Cette disposition a été transposée aux articles L. 613-35 et suivant du code monétaire et financier. Il y est précisé que les sociétés mères soumises à une surveillance sur base consolidée au sens de l'article L. 613-20-1 du code monétaire et financier doivent élaborer des plans préventifs de rétablissement de groupe. Conformément à l'article précité, entrent dans ce cadre notamment les groupes dont :

- D'une part, l'entreprise mère est un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement relevant du contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ; et
- D'autre part, au moins une filiale est une banque, une entreprise d'investissement<sup>586</sup> ou un établissement financier<sup>587</sup>.

En conséquence, dès lors qu'un groupe est géré par un établissement de crédit établi en France et qu'il est composé d'au moins une autre banque (qu'elle soit ou non française), il est soumis à une surveillance sur une base consolidée, relevant de la compétence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

---

<sup>586</sup> Au sens de l'art. L. 531-4 du C. mon. fin.

<sup>587</sup> Au sens de l'art. L. 511-21, 4. du C. mon. fin.

À l'inverse, les banques n'appartenant pas à un tel groupe préparent ces plans sur une base individuelle. Cela implique donc qu'une filiale établie en France qui serait détenue par une société qui n'est ni un établissement de crédit, ni une entreprise d'investissement ou qui n'entre pas dans le champ d'action de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, doit établir un plan qui ne prend en considération que sa situation propre, en ignorant la condition financière des sociétés qui lui sont liées. Cette disposition provient directement de l'association des articles 2 et 7 de la directive européenne n° 2014/59/UE<sup>588</sup>. Une position prudente aurait été d'exiger un plan au niveau du groupe dès lors qu'une banque, que ce soit une filiale ou une société mère, établie dans l'Union européenne est impliquée. Il est en effet à craindre que, par le biais de mouvements de capitaux avec des sociétés établies hors de l'Union européenne, les banques puissent aisément se soustraire à l'obligation d'établir des plans tenant compte de la situation des sociétés filles, mères et sœurs.

**243.** Lorsque le plan doit être constitué au niveau du groupe, il doit bien évidemment prendre en considération l'ensemble des sociétés qui le compose, incluant les banques établies en dehors de l'Union européenne. Ce plan contient des mesures de réajustements qui peuvent concerner aussi bien l'entreprise mère que n'importe laquelle de ses filiales<sup>589</sup>. Sont donc envisagées aussi bien les situations où le groupe entier est en difficulté, que celles où seule une de ses affiliées (établissement de crédit ou entreprise d'investissement) connaîtrait une détérioration significative de son état

---

<sup>588</sup> L'art. 7 de la Dir. 2014/59/UE précise que « les entreprises mères dans l'Union élaborent et soumettent à l'autorité de surveillance sur base consolidée un plan de redressement de groupe. ». L'art. 2, 1. point 85 de cette même directive précise qu'une entreprise mère dans l'Union est « un établissement mère dans l'Union, une compagnie financière holding mère dans l'Union ou une compagnie financière holding mixte mère dans l'Union ». Cet article définit un établissement mère dans l'Union par renvoi à l'art. 4 du Règl. (UE) n° 575/2013/UE du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 : « un établissement mère dans un État membre qui n'est pas une filiale d'un autre établissement agréé dans un État membre ou d'une compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans un État membre ». Ce règlement précise qu'un établissement mère dans un État membre est « un établissement dans un État membre qui a comme filiale un établissement ou un établissement financier, ou qui détient une participation dans un tel établissement ou un tel établissement financier, et qui n'est pas lui-même une filiale d'un autre établissement agréé dans le même État membre ou d'une compagnie financière holding ou compagnie financière holding mixte constituée dans le même État membre ». Enfin, un établissement est défini par ce même règlement comme étant « un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement. »

<sup>589</sup> Art. 7 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-35 V du C. mon. fin.

financier. L'élaboration d'un tel type de plan de redressement multiniveau a pour objectif de permettre de protéger efficacement les sociétés qui le composent d'un effet de contagion dû aux liens capitalistiques et aux opérations intragroupes. À ce titre, le plan de redressement doit notamment expliciter les éléments prévus dans les accords de soutien financier intragroupes<sup>590</sup>. Comme l'ont reconnu le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne dans le texte même de la directive 2014/59/UE<sup>591</sup>, il aurait en effet été vain d'avoir une vision centrée sur chaque entité juridique prise indépendamment et de ne pas prendre en considération la situation particulière des groupes de sociétés.

Il est en revanche certain que la construction de ces plans de redressement de groupe est un défi pour les sociétés concernées : celles-ci doivent veiller simultanément à la conformité du plan préparé à la réglementation bancaire européenne et aux législations locales de chaque pays d'établissement des filiales du groupe, particulièrement celles établies hors de l'Union européenne. En effet, il ne peut être exclu que la mise en œuvre d'un plan de résolution – qui serait conforme aux exigences européennes – par une filiale établie dans un État tiers puisse amener celle-ci à réaliser des actions qui ne seraient pas conformes aux lois du pays dans lequel elle est établie. Dans ce cas, la société étrangère n'aurait pas d'autre choix que de se mettre en défaut vis-à-vis soit du droit de l'Union européenne en refusant d'appliquer les dispositions du plan, soit de la législation localement applicable. Les groupes bancaires, particulièrement ceux ayant une dimension multinationale importante, doivent donc être vigilants et méticuleux lors de l'élaboration des plans de résolution pour assurer leur conformité face aux diverses réglementations auxquelles ils pourraient être confrontés. Cette attention doit être constante puisque les réglementations locales comme européennes sont susceptibles d'évoluer ; ce qui peut par ailleurs représenter un coût non négligeable pour le maintien d'une veille juridique régulière pour les besoins du plan de redressement de groupe.

---

<sup>590</sup> Art. 7, 5 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-35 VI du C. mon. fin.

<sup>591</sup> « La crise a montré que l'insolvabilité d'une entité affiliée à un groupe pouvait rapidement compromettre la solvabilité de l'ensemble du groupe et ainsi avoir elle-même des implications systémiques. Par conséquent, les autorités devraient aussi disposer de moyens d'action efficaces à l'égard de ces entités, afin de prévenir toute contagion et de mettre en place un dispositif de résolution uniforme pour l'ensemble du groupe, dans la mesure où la solvabilité de ce dernier peut rapidement pâtir de l'insolvabilité d'une seule de ses entités affiliées. » Dir. 2014/59/UE, point 11.



**244.** À quelques détails près, le législateur européen a élaboré avec justesse l'obligation d'établir un plan de redressement. Il l'a largement imposée au sein du système bancaire européen – au point de pouvoir poser quelques difficultés en matière de droit comparé – tout en tenant compte des spécificités du secteur. De la même manière, le contenu des plans de redressement a été déterminé avec la souplesse nécessaire à la multiplicité des organisations bancaires.

### **B. La flexibilité du contenu du plan de redressement**

**245.** Pour ce qui est de leur contenu, peu d'indications sont données par la directive européenne et par le code monétaire et financier. En effet, l'intérêt et la force de ces plans sont qu'ils doivent être adaptés à la situation propre et aux spécificités de chaque établissement ou groupe bancaire, à défaut leur efficacité serait nécessairement limitée. Il aurait donc été peu opportun d'imposer précisément des modalités de contrôle et de résolution similaires à toutes les banques. Toutefois, un cadre s'avère indispensable pour guider les banques dans l'élaboration de leurs plans de résolution et assurer qu'ils sont suffisamment complets. Dans cette optique, l'article 5 de la directive 2014/59/UE indique qu'ils doivent comporter « des mesures pour restaurer [la] situation financière [de la banque] après une détérioration significative de cette dernière »<sup>592</sup>. Il est également précisé que le plan doit envisager plusieurs scénarios de crise, qu'elle soit macroéconomique ou mondiale, en incluant la possibilité d'un aspect systémique, tout en veillant à ce que sa mise en œuvre n'ait pas d'effets négatifs sur le système financier<sup>593</sup>.

Afin d'encadrer l'élaboration des plans préventifs de rétablissement, le ministre des finances et des comptes publics français a pris un arrêté le 11 septembre 2015<sup>594</sup> détaillant les informations minimales qui doivent être indiquées dans celui-ci. Il prévoit vingt points, qui sont directement inspirés de la liste prévue dans la directive 2014/59/UE<sup>595</sup> et qui précisent les informations devant nécessairement être

---

<sup>592</sup> Cette disposition est transposée à l'article L. 613-35 IV du C. mon. fin.

<sup>593</sup> Art. 6, 2, b) de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-35 VI du C. mon. fin.

<sup>594</sup> Arrêté du 11 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, *JORF n°0218 du 20 sept. 2015*.

<sup>595</sup> Section A de l'annexe de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

indiquées dans le plan préventif de rétablissement. Cela inclut notamment la synthèse de l'organisation de la structure juridique et des mesures essentielles de remédiation envisagées afin d'en faciliter le contrôle par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, les actions portant sur le capital et la liquidité visant à préserver ou rétablir la viabilité et la situation financière de la personne ou du groupe concerné, les délais de mise en œuvre de chacune des principales actions du plan, le recensement des fonctions critiques<sup>596</sup>, une description détaillée de tout obstacle important à la mise en œuvre efficace du plan dans des délais appropriés et de son incidence potentielle vis-à-vis de la clientèle, des cocontractants et, le cas échéant, des autres entités du groupe, etc. Il est à souligner que l'arrêté exige également que soit prévu un « plan de communication et d'information visant à faire face à d'éventuelles réactions négatives du public, de la clientèle de la personne ou du groupe concerné et des marchés ». Cette disposition très pragmatique est en lien direct avec les réactions constatées lors de la crise de 2007, notamment la ruée vers les dépôts et la crise de liquidité subséquente que Northern Rock a subie<sup>597</sup>. À partir de cette base commune imposée par l'arrêté, il est prévu que les informations exigées et les mesures de remédiation envisagées soient adaptées en fonction notamment de la nature des activités exercées, du statut juridique, de la taille, du profil de risque, du degré d'interconnexion et de l'impact que la défaillance de la banque pourrait avoir sur les marchés financiers, voire sur l'ensemble de l'économie<sup>598</sup>. Le niveau des obligations imposées à chaque banque relève de la responsabilité de l'autorité de contrôle compétente, soit l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en France.

**246.** Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont cependant imposé clairement une disposition : les plans préventifs de rétablissement ne doivent pas prendre en compte la possibilité d'un soutien financier public exceptionnel<sup>599</sup>. Une telle précision relève de l'évidence puisque l'objectif même derrière la création de ces plans est de restreindre l'intervention de l'État envers une banque en difficulté, afin de

---

<sup>596</sup> V. *infra*, n° 259.

<sup>597</sup> V. *supra*, n° 211 et s.

<sup>598</sup> Art. 4 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé aux art. L. 613-35 II et L. 613-34-2 du C. mon. fin.

<sup>599</sup> Art. 5, 3, de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-35 VI du C. mon. fin.

ne pas faire peser les pertes des banques sur les contribuables, et ainsi de limiter l'aléa moral. Toutefois, en l'inscrivant expressément dans la réglementation, le législateur européen s'assure qu'aucune banque relevant du champ d'application de la directive 2014/59/UE ne pourra anticiper un recours aux finances publiques comme mesure de résolution de ses difficultés. En revanche, il est précisé que les banques peuvent recourir aux facilités de banques centrales, mais que dans une telle situation elles doivent lister les actifs qu'elles pourraient apporter en garantie<sup>600</sup>. Cette disposition est une mesure de réalisme : plutôt que de laisser une banque s'enfoncer dans les difficultés financières, il est préférable de prévoir par anticipation un cadre strict dans lequel les banques centrales pourraient lui apporter leur concours sans pour autant qu'il n'y ait aucune contrepartie. Il relève en revanche de la responsabilité des autorités compétentes (en France, de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) de s'assurer que les garanties prévues dans le plan de redressement soient suffisantes en valeur et en qualité pour couvrir un éventuel soutien financier des banques centrales. À défaut d'un contrôle rigoureux sur ce point, il serait aisé de retomber dans les travers de la crise de 2007 du fait d'un transfert du risque de la banque défaillante aux institutions publiques<sup>601</sup>.

**247.** Les réglementations indiquent que le plan sera communiqué à l'autorité de surveillance, c'est-à-dire à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution pour ce qui est de la France, afin qu'elle l'évalue et l'approuve. Ces documents ont généralement un volume considérable compte tenu du nombre de scénarios à anticiper et de la précision nécessaire pour décrire les mesures de remédiation. Ainsi, BNP Paribas a soumis un plan d'environ mille huit cents pages au superviseur français<sup>602</sup>. La majorité des banques ont choisi de ne pas décrire l'ensemble de leurs activités économiques, mais uniquement celles qu'elles estiment être les plus critiques<sup>603</sup>. En effet, certaines banques craignent que ces plans, contenant des informations sensibles

---

<sup>600</sup> Art. 5, 4, de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-35 VI du C. mon. fin.

<sup>601</sup> Pour ce qui est de la France, la Banque de France est une institution dont le capital appartient en intégralité à l'État français (art. L. 142-1 du C. mon. fin.). En conséquence, tout prêt qu'elle accorderait sans garantie appropriée impacterait, en cas de défaillance du débiteur, les finances publiques.

<sup>602</sup> VENUS M., *op. cit.*

<sup>603</sup> FORTESA M.-H. et KUBRUSHKO A., *op. cit.*

sur leur fonctionnement et leurs activités, puissent être utilisés de manière à leur causer un préjudice. Ce risque, s'il est effectivement présent, demeure limité, car, d'une part, seule l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution a accès aux plans préventifs de rétablissement, qui ne sont pas publics et ne peuvent être communiqués qu'à un nombre restreint d'organismes<sup>604</sup>, et, d'autre part, les personnes ayant participé à l'élaboration du plan ou ayant eu connaissance de son contenu sont tenues au secret professionnel au sens de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier.

**248.** L'élaboration de ce plan par la banque elle-même permet une évaluation interne, et donc plus précise, des risques majeurs auxquels elle est confrontée et des solutions les plus adaptées à sa structure et à son organisation pour y remédier. Si une telle disposition semble efficace en théorie, son effectivité pratique va dépendre des banques et de la qualité des informations qu'elles soumettent au superviseur bancaire. Elles devront toutefois démontrer aux régulateurs que leur plan n'a pas un aspect uniquement théorique, mais qu'il est suivi, maintenu et peut être exercé efficacement dans un court délai<sup>605</sup>. Dans ce cadre, il est prévu que le plan préventif de rétablissement devra être régulièrement actualisé par la banque. La fréquence est fixée à au moins une fois par an, ainsi qu'après chaque modification significative de son organisation ou de ses activités<sup>606</sup>. Une mise à jour peut cependant être imposée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution si elle l'estime nécessaire<sup>607</sup>.

---

<sup>604</sup> Art. L. 613-37 I du C. mon. fin.

<sup>605</sup> Nous pouvons ainsi constater que le terme « rapide » est utilisé cinq fois parmi les trois articles du C. mon. fin. relatifs au plan préventif de rétablissement, principalement dans des dispositions similaires qui sont répétées à chacun de ces trois articles. Cela démontre que le législateur a voulu insister sur la nécessité de pouvoir mettre en œuvre dans un très court délai les mesures listées dans le plan, afin d'enrayer promptement les éventuelles difficultés financières. V. C. mon. fin., art. L. 613-35 VI (« Il comporte des conditions et procédures appropriées permettant d'assurer la mise en œuvre rapide des mesures de rétablissement identifiées ») et « il comprend les dispositions, notamment de procédure, permettant d'assurer la mise en œuvre rapide des mesures de rétablissement [...] »), art. L. 613-36 I (« Il vérifie que les plans et les différentes mesures qui y sont prévues sont de nature à être mis en œuvre de manière rapide et efficace dans des situations de crise financière [...] ») et art. L. 613-37 II (« Il vérifie que le plan et les différentes mesures qui y sont prévues sont de nature à être mis en œuvre de manière rapide et efficace dans des situations de crise financière [...] »).

<sup>606</sup> Art. L. 613-35 VII du C. mon. fin. et art. 5 2 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>607</sup> *Idem.*

**249.** Il est par ailleurs intéressant d'opérer un rapprochement entre le mécanisme de notation interne prévu par le Comité de Bâle<sup>608</sup> et l'élaboration du plan de redressement. En effet, une évaluation précise et adéquate des créances détenues par la banque est un prérequis fondamental pour anticiper les causes potentielles de défaillance. Ainsi, en permettant aux banques d'avoir une vision complète et juste de leur exposition au risque, la notation interne participe à l'efficacité du plan de redressement. Afin de compléter cet arsenal préventif, les autorités de surveillance locales ont également été mises à contribution par les réglementations française et européenne.

## ***§2. Le contrôle des plans de redressement et l'élaboration des plans de résolution par les autorités de résolution***

**250.** Pour ne pas limiter les plans de redressement à une simple obligation formelle et déclarative, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont souhaité assurer un contrôle de leur applicabilité, de leur effectivité et de leur réalisme. À cet effet, ils ont confié aux autorités nationales le soin de vérifier le contenu de ces plans élaborés par les banques selon des critères stricts (A). À cela, ils ont ajouté l'élaboration par les autorités précitées de plans de résolution ayant pour objectif de compléter ceux préparés par les banques (B). La volonté d'anticipation transparait là encore clairement de cette obligation imposée aux autorités. Toutefois, si, à première vue, il semble que ces plans soient uniquement des étapes préparatoires, les dispositions y étant relatives octroient un certain nombre de pouvoirs aux autorités nationales, qui peuvent étonner à ce stade auquel la banque ne subit aucune difficulté particulière.

### **A. Le contrôle nécessaire des plans de redressement par les autorités**

**251.** Les dispositions relatives à cet examen ont été transposées aux articles L. 613-36 à L. 613-37-1 du code monétaire et financier. Lors de ce contrôle, les banques doivent démontrer à la satisfaction de l'autorité nationale que le plan remplit les

---

<sup>608</sup> V. *supra*, n° 200 et s.

critères auxquels il est soumis ; cette obligation vient compenser la grande liberté laissée dans l'élaboration de ces documents<sup>609</sup>. En effet, s'il aurait été vain, voire contre-productif, d'imposer un modèle de plan aux banques compte tenu de la diversité des situations notamment organisationnelles, financières et comptables, il en aurait été de même de ne pas prévoir de contrôle des documents réalisés, en se bornant à les découvrir le jour de leur éventuelle mise en œuvre. Par ailleurs, cet examen permet incidemment aux autorités de vérifier la lisibilité et la clarté du document préparé en amont de toute défaillance.

**252.** En pratique, l'article L. 613-36 du code monétaire et financier prévoit, dans son I, que le collège de supervision<sup>610</sup> « examine les plans préventifs de rétablissements [...] il évalue notamment leur capacité à maintenir ou à rétablir la viabilité et la situation financière des personnes concernées ou du groupe auquel elles appartiennent »<sup>611</sup>. Pour cela, l'article 6 de la directive européenne n° 2014/59/UE insiste sur le fait que « l'autorité compétente doit tenir compte de l'adéquation des fonds propres et de la structure de financement de la banque par rapport à la complexité de la structure organisationnelle et au profil de risque de l'établissement<sup>612</sup>. » Il en ressort que les États membres ne doivent pas se contenter d'un simple contrôle formel des plans, mais doivent faire une analyse critique de leur contenu au regard de la réalité de la situation actuelle et celle projetée. Dans ce cadre, doit être également vérifiée avec attention la possibilité de mettre en œuvre les mesures énoncées avec rapidité, dans une situation de crise financière, sans pour autant que cela puisse avoir un impact négatif sur le système financier<sup>613</sup>. L'accent est donc porté sur l'application pratique du plan et la célérité de l'intervention.

---

<sup>609</sup> V. *supra*, n° 245 et s.

<sup>610</sup> V. *infra*, n° 267.

<sup>611</sup> Une disposition similaire est prévue par les plans élaborés au niveau du groupe par l'art. L. 613-37, II du C. mon. fin.

<sup>612</sup> Disposition transposée aux art. L. 613-36, I et L. 613-37, II du C. mon. fin.

<sup>613</sup> Art. 6, 2, b) de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, et art. L. 613-36, I du C. mon. fin.

**253.** Il faut remarquer la volonté du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne de maintenir une harmonisation forte de la procédure au sein de toute l'Union. En effet, les termes de la directive 2014/59/UE sont particulièrement précis, laissant peu de place à l'interprétation et à l'ajout de précision par les États membres. À titre d'exemple, les dispositions de la directive précisent jusqu'aux délais pouvant être octroyés aux banques lorsque le plan qu'elles ont établi doit être révisé. Ainsi, si l'autorité nationale estime que le plan de redressement élaboré présente « des lacunes importantes, ou qu'il existe des obstacles essentiels à sa mise en œuvre », l'article 6, 5 de la directive 2014/59/UE fixe à deux mois (prolongeable d'un mois) le délai pouvant être accordé à l'établissement pour transmettre un plan révisé devant indiquer clairement les actions entreprises pour remédier aux lacunes ou obstacles soulevés<sup>614</sup>. En revanche, aucun autre délai n'est fixé pour le reste de la procédure si l'insatisfaction persiste. Cette absence de limites découle certainement de la volonté de ne pas sur-encadrer la procédure afin de laisser suffisamment de latence aux autorités nationales pour gérer les échéances en fonction des spécificités de chaque banque. Il est louable de ne pas vouloir précipiter l'élaboration des plans et de permettre donc, en ôtant toute pression temporelle, de les préparer avec soin et attention. Toutefois, il va donc relever de la responsabilité des autorités de chaque État membre de veiller à l'avancée des plans afin de s'assurer qu'ils soient tous prêts en cas de défaillances.

**254.** Il résulte ainsi des dispositions très précises de la directive, transposées sans nuance additionnelle aux articles L. 613-36 et L. 613-37 du code monétaire et financier, que le plan doit être examiné par les autorités compétentes (en France, il s'agit de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) dans les six mois suivant sa présentation. Si elles estiment que le plan transmis pour évaluation comporte des lacunes ou des obstacles conséquents à sa mise en œuvre, elles « invite[nt] » la banque ou l'entreprise mère du groupe à soumettre un plan modifié par un délai de deux mois, prorogeable d'un mois. À ce stade, l'article 6 de la directive prévoit expressément un échange contradictoire entre l'autorité et la banque ou société mère<sup>615</sup>. Dans le cas où

---

<sup>614</sup> Disposition transposée à l'art. L 613-36, II du C. mon. fin.

<sup>615</sup> « Avant de lui demander de soumettre un nouveau plan de redressement, l'autorité compétente offre à l'établissement la possibilité de donner son avis à cet égard. » Art. 6 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*. Il est à noter que le C. mon. fin impose plus largement l'exigence d'un échange contradictoire : l'art.

le plan rectifié présenterait toujours des insuffisances, l'autorité nationale peut « enjoindre » l'établissement d'apporter des modifications spécifiques au plan. Enfin, si aucune modification n'est apportée ou si celles apportées ne permettent pas de remédier efficacement aux lacunes et obstacles, l'autorité « exige » de la banque ou de la société mère qu'elle détermine, dans un délai imparti, les changements qu'elle peut apporter à ses activités pour résoudre cette problématique. Dans le cas résiduel où aucune évolution ne serait suggérée ou si celle proposée s'avère insuffisante, l'autorité peut, par le biais d'une décision écrite et motivée pouvant faire l'objet d'un recours, « enjoindre l'établissement de prendre toute mesure qu'elle juge nécessaire et proportionnée », et notamment lui imposer de<sup>616</sup> :

- Réduire son profil de risque, y compris le risque de liquidité ;
- Permettre des mesures de recapitalisation rapides ;
- Revoir sa stratégie et sa structure ;
- Modifier la stratégie de financement afin d'accroître la résilience des activités fondamentales et fonctions critiques<sup>617</sup> ; et
- Modifier sa structure de gouvernance.

Nous pouvons constater ainsi que la directive prévoit une gradation nette de la force coercitive des autorités locales compétentes, allant de la simple invitation dans le cadre d'une discussion avec la société concernée jusqu'à l'immixtion dans ses décisions internes en la contraignant à apporter des modifications de fond à son organisation, à sa gestion du risque et à son fonctionnement. Il est à noter positivement que le Parlement européen et le Conseil de l'Union n'ont pas jugé opportun de définir ce qu'ils entendent par « lacunes importantes » et « obstacles essentiels », en voulant certainement laisser là encore une large latitude aux États membres afin qu'ils puissent s'adapter aux spécificités de chaque banque et groupe bancaire.

---

L. 613-36, VI de ce code prévoit que les décisions pouvant être prises tout au long de la procédure d'évaluation du plan doivent l'être « au terme d'une procédure contradictoire ».

<sup>616</sup> Art. 6 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>617</sup> V. *infra*, n° 259.



**255.** La directive 2014/59/UE rappelle également, de façon explicite, la nécessité pour les autorités de chaque État membre d'échanger entre elles et fixe le cadre de cette coopération. Ainsi, l'article 6, 2 de la directive<sup>618</sup> prévoit que les autorités nationales doivent consulter celles qui sont compétentes dans les États membres dans lesquelles des succursales d'importance significative<sup>619</sup> sont situées. De la même manière, l'article 8 de la directive<sup>620</sup> précise les modalités de contrôle pour les groupes bancaires transfrontaliers. Il en résulte que lorsque l'autorité nationale est chargée de la surveillance d'un groupe sur une base consolidée, elle doit communiquer le plan de redressement à ses homologues compétents pour les filiales et les succursales d'importance significative du groupe. L'examen et le contrôle du plan doivent alors être effectués conjointement pour parvenir à des décisions communes à chaque étape du processus d'évaluation du plan. Dans le cas où les autorités compétentes ne parviendraient pas à s'accorder dans le délai de conciliation fixé à quatre mois, l'article 8, 3 et 4 de la directive prévoit une répartition des compétences :

- L'autorité chargée de la surveillance sur une base consolidée est habilitée à prendre seule les décisions concernant l'évaluation du plan de redressement de groupe et à imposer les mesures qu'elle estime nécessaires à l'entreprise mère, en tenant compte des avis et réserves exprimés lors des discussions de concertation.
- Chaque autorité locale peut prendre unilatéralement les décisions relatives aux filiales du groupe établies sur son territoire de compétence (notamment concernant l'établissement d'un plan de redressement individuel<sup>621</sup>).

Les mesures ainsi prises sont ensuite notifiées à l'entreprise mère, aux filiales le cas échéant, et aux autorités concernées dans les autres États membres

**256.** Dans le cadre de cet article 8 de la directive, il est clair que le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont souhaité mettre en avant une coopération entre les États membres afin qu'ils puissent aboutir à des décisions communes pour les

---

<sup>618</sup> Disposition transposée à l'art. L. 613-36, 1 du C. mon. fin.

<sup>619</sup> V. glossaire.

<sup>620</sup> Art. transposé aux art. L. 613-37 et L. 613-37-1 du C. mon. fin.

<sup>621</sup> V. *supra*, n° 241 et s.

groupes bancaires européens. Ainsi, il est possible pour les autorités qui ne seraient pas en désaccord de prendre une décision commune pour les entités du groupe qui relèvent de leur juridiction. Il est également prévu le recours à l'assistance de l'Autorité bancaire européenne<sup>622</sup> pour aider les autorités locales à parvenir à un accord collégial ou pour trancher les points de désaccord. Cette volonté de parvenir à une entente est également explicitée dans le code monétaire et financier, notamment à l'article L. 613-37-1 qui précise que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution apporte « toute la coopération requise » et « s'efforce de parvenir avec les autres autorités compétentes à une décision commune ».

**257.** Au-delà de la responsabilité d'examiner et de contrôler le plan de redressement établi par les banques et sociétés mères pour parer aux premières difficultés et rétablir une situation économiquement stable, la directive 2014/59/UE a mis à la charge des autorités nationales la préparation de plans parallèles, destinés à anticiper les mesures à prendre pour préserver les fonctions critiques<sup>623</sup> de la banque ou du groupe dont la situation de défaillance serait avérée afin de limiter l'impact négatif que de telles circonstances auraient sur le système bancaire et financier et sur l'économie réelle.

## **B. L'élaboration de plans anticipant l'application des mesures de résolution**

**258.** Le législateur français et le Parlement européen ont instauré une obligation parallèle aux plans de redressement des banques, qui pèse sur les autorités de résolution (en France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution). De la même manière que pour le plan préventif de rétablissement, la réglementation française a été amenée à évoluer pour se conformer à la directive européenne 2014/59/UE<sup>624</sup>. Les changements opérés étaient par ailleurs nécessaires puisque l'ancien article

---

<sup>622</sup> V. glossaire.

<sup>623</sup> V. *infra*, n° 259.

<sup>624</sup> V. *supra*, n° 0 et s.

L. 613-31-12 du code monétaire et financier<sup>625</sup> était très lacunaire (composé de trois phrases uniquement, il apportait peu de précisions notamment quant au contenu du plan de résolution).

Sur la base de l'article L. 613-38 du code monétaire et financier (transposition des articles 10 et 12 de la directive 2014/59/UE), il est donc imposé aux autorités d'établir des plans de résolution pour chacune des personnes morales tenues d'élaborer un plan de rétablissement. Il doit être réalisé au niveau du groupe ou sur une base individuelle selon des critères identiques<sup>626</sup>. Les champs d'application sont donc connexes et incluent notamment toutes les banques établies sur le territoire de l'Union européenne. Incidemment, ils souffrent donc des mêmes qualités et défauts.

**259.** Les deux règlementations prévoient que les plans de résolution doivent énumérer les dispositifs de remédiation applicables à la banque selon les risques auxquels elle pourrait être soumise. Ils doivent notamment prévoir « les mesures de résolution susceptibles d'être prises en application de la sous-section 9 et de la sous-section 10 de la présente section »<sup>627</sup>, c'est-à-dire en cas de défaillance avérée nécessitant le déclenchement d'une procédure de résolution<sup>628</sup>. L'objectif de ces plans est donc d'envisager toutes les actions pouvant être mises en place et leurs modalités afin d'assurer une intervention rapide pour sauvegarder la continuité des fonctions critiques de la banque<sup>629</sup>. Ces dernières sont définies par la directive 2014/59/UE (article 2) comme étant « les activités, services ou opérations dont l'interruption est susceptible, dans un ou plusieurs États membres, d'entraîner des perturbations des services indispensables à l'économie réelle ou de perturber la stabilité financière en raison de la taille ou de la part de marché de l'établissement ou du groupe, de son interdépendance interne et externe, de sa complexité ou des activités transfrontières qu'il exerce, une attention particulière étant accordée à la substituabilité de ces

---

<sup>625</sup> Art. L. 613-31-12 du C. mon. fin., abrogé par l'Ord. n° 2015-1024 du 20 août 2015, *JORF* n° 0192 du 21 août 2015.

<sup>626</sup> V. *supra*, n° 241 et s.

<sup>627</sup> Art. L. 613-38 du C. mon. fin.

<sup>628</sup> V. *infra*, n° 300.

<sup>629</sup> Art. 31 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

activités, services ou opérations ». En substance, les fonctions critiques peuvent être qualifiées comme telles par la conjonction de quatre critères<sup>630</sup> :

- L'impact qu'aurait l'arrêt soudain de l'activité sur le reste de l'économie ;
- La disponibilité de sociétés pouvant remplacer cette fonction ;
- La substituabilité d'une telle fonction ; et
- La probabilité d'un risque systémique lié à cette activité.

**260.** Il en résulte clairement que la directive européenne impose aux autorités de résolution la responsabilité de déterminer les activités de la banque qui doivent être sauvegardées prioritairement. Cela nécessite donc une bonne connaissance de la banque par l'autorité qui en a la charge, aussi bien au niveau macroéconomique que micro-économique. En effet, pour exercer cette mission, il est nécessaire d'avoir une vision claire et précise, en particulier, des services fournis et des opérations réalisées par l'établissement, d'éventuelles connexions directes ou indirectes entre ces activités en son sein ou avec celles exercées dans d'autres banques, de ses liens d'interdépendance (capitalistiques comme financiers), etc. Cette connaissance doit être apportée par la banque elle-même, non seulement grâce au plan de rétablissement qu'elle aura préparé, mais également par l'obligation qui lui est faite de transmettre toute information qui serait nécessaire à l'établissement et à la mise à jour du plan de résolution<sup>631</sup>. Dans le cas d'un groupe bancaire, la communication de ces données est mise à la charge de l'entreprise mère établie dans l'Union européenne ou de l'organe central au sens de l'article L. 613-35, I du code monétaire et financier.

Par application de l'article L. 613-38 IV du code monétaire et financier, le plan de résolution doit être réexaminé chaque année, et après chaque modification de la structure juridique, de l'organisation, de l'activité ou de la situation financière de la banque ou du groupe dès lors que celle-ci est susceptible d'avoir une incidence importante sur l'efficacité du plan. Les banques ou groupes bancaires concernés par

---

<sup>630</sup> FORTESA M.-H. et KUBRUSHKO A., *op. cit.*

<sup>631</sup> Art. L. 613-38 VII du C. mon. fin.

ces plans doivent ainsi informer sans délai l'autorité de contrôle de toute modification qui viendrait impacter le plan de résolution<sup>632</sup>.

**261.** Conformément à la réglementation européenne, comme française, le plan de résolution a un contenu connexe au plan de redressement établi par la banque. Il doit décrire tous les scénarios de difficultés envisageables et les options possibles, en prenant en compte aussi bien le cas d'une défaillance circonscrite et individuelle que celui d'une crise systémique<sup>633</sup>. Pour être complet, il est prévu que les éventuels obstacles à la resolvabilité de la banque y soient détaillés, ainsi que les mesures pertinentes qui permettraient d'y remédier. Par ailleurs, l'autorité de résolution doit également considérer, dans les remédiations suggérées, l'importance systémique de l'établissement ou du groupe lui-même pour l'application des actions de résolution.

Plus précisément, l'article L. 613-38, III du code monétaire et financier prévoit une liste de dix-huit points d'informations qui doivent être inclus dans le plan de résolution ; certaines de ces données reflètent celles également requises des banques dans les plans de rétablissement. Des indications complémentaires ont été apportées par l'arrêté pris pour l'application de l'article précité<sup>634</sup>. Il en résulte que doivent y être incluses des informations aussi variées que la présentation de la structure juridique et organisationnelle de la banque ou du groupe, le détail des fonctions critiques, la description des méthodes employées afin de déterminer la valeur et la cessibilité des branches d'activité, les relations d'interdépendance majeures, une analyse de l'incidence du plan sur le personnel, un plan de communication avec les médias et le public<sup>635</sup>. En conséquence, le plan de résolution doit contenir aussi bien :

- Les informations nécessaires pour une présentation précise et complète de la banque (si le plan est réalisé sur une base individuelle) ou du groupe bancaire (si le plan est établi au niveau du groupe) ;

---

<sup>632</sup> Art. L. 613-38, VII du C. mon. fin.

<sup>633</sup> Art. L. 613-38, II du C. mon. fin.

<sup>634</sup> Arrêté du 11 sept. 2015 relatif aux plans préventifs de résolution, *JORF n°0218 du 20 sept. 2015*

<sup>635</sup> Dispositions similaires à celles prévues dans la réglementation relative aux plans de redressement. *V. supra*, n° 245.

- La méthodologie à appliquer pour réaliser un état de la situation financière et comptable actuelle ; que
- Les mesures de remédiations à mettre en œuvre en fonction du degré de défaillance et en tenant compte des fonctions critiques.

L'objectif semble clairement être de permettre à toute personne d'avoir rapidement une vision d'ensemble de l'organisation de la banque et de ses spécificités, de l'ampleur des difficultés auxquelles elle est confrontée et des mesures correctrices qui pourraient être appliquées dans un délai défini. Il est en revanche strictement proscrit d'anticiper d'éventuels soutiens publics exceptionnels, à l'exception des concours du Fonds de garantie des dépôts (devenu depuis la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>636</sup> le Fonds de garantie des dépôts et de résolution) et des dispositifs équivalents dans les autres États membres de l'Union européenne. Toutefois, le recours aux facilités de banques centrales n'est pas exclu dès lors que les garanties pouvant être apportées sont précisément listées dans le plan<sup>637</sup>.

**262.** Il doit être souligné que, comme pour les plans établis par les banques, la préparation des plans de résolution de groupe demeure délicate puisqu'elle nécessite de tenir compte des législations locales de chaque filiale, qu'elle soit établie dans l'Union européenne ou en dehors. Pour faciliter les échanges et assurer l'efficacité de la résolution d'une banque transnationale, des mécanismes de coopération et de coordination sont prévus et reposent notamment sur d'éventuels accords internationaux. Concernant la collaboration des autorités localement compétentes au sein de l'Union européenne dans le contexte d'un groupe bancaire établi dans plusieurs États membres (que ce soit par le biais de filiales ou de succursales), les règles de transfert d'informations et d'entente pour parvenir à un accord commun sont similaires à celles prévues pour les plans de redressement<sup>638</sup>. Elles ont été transposées de

---

<sup>636</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

<sup>637</sup> Dispositions similaires à celles prévues dans la réglementation relative aux plans de redressement. *V. supra*, n° 246.

<sup>638</sup> *V. supra*, n° 255.

l'article 13 de la directive 2014/59/UE vers les articles L. 613-40 et L. 613-40-1 du code monétaire et financier.

**263.** Il résulte de ces mesures préventives qu'il devrait être possible d'anticiper les défaillances et de mettre en place des actions de remédiation empêchant l'aggravation de la situation et la transmission du risque. Il n'est cependant à ce jour pas possible d'affirmer quelle sera l'efficacité réelle de ces plans et comment se passera leur mise en œuvre. L'impression qui ressort des obligations que le législateur européen a fait reposer sur les autorités de contrôle nationales à ce stade préliminaire est une volonté forte d'encadrer les préparatifs de la banque à toute éventualité de défaillance. Bien que ce souhait d'anticiper efficacement les difficultés ne peut être que salué, les pouvoirs octroyés à cet effet aux autorités de contrôle peuvent leur permettre, dès ce stade, de s'immiscer dans la gestion de banque. Ces prérogatives peuvent interpeller, d'autant plus que le législateur a prévu un arsenal de mesures permettant d'accorder de façon graduée les pouvoirs nécessaires aux autorités nationales en fonction du niveau d'avancement de la défaillance.

## **Section 2 : Les pouvoirs d'intervention gradués des autorités de contrôle**

**264.** L'élaboration des plans de redressement et de résolution entre dans le cadre d'une réaction graduée que le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont voulu mettre en place pour traiter la dégradation de la situation financière et économique d'une banque. Ces plans constituent la phase préalable au traitement de toute difficulté ; à partir de cette étape, la directive 2014/59/UE octroie des pouvoirs d'intervention de plus en plus poussés à l'autorité de supervision, pouvant aller jusqu'à une immixtion forte dans la gestion de la banque, alors même qu'aucune défaillance n'est encore avérée. Il ressort de ses dispositions que le législateur européen semble vouloir un contrôle total pour anticiper au mieux la défaillance d'une banque, en réaction aux conséquences considérables de la crise de 2007 sur l'économie réelle. Cette phase qui se situe dès les premières difficultés est qualifiée de « intervention précoce » dans le cadre de la directive précitée (B). En droit français, cette réglementation, transposée dans le code monétaire et financier, est venue compléter l'arsenal de mesures dont disposait déjà l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. En effet, le législateur français avait d'ores et déjà octroyé, notamment dans le cadre de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>639</sup>, des pouvoirs coercitifs à celle-ci, lui permettant d'agir avant même les prémices d'une dégradation de la situation financière et économique d'une banque (A).

### ***§1. Les pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en l'absence de difficultés avérées***

**265.** La loi de séparation et de régulation des activités bancaires a réformé les institutions relatives à la prévention et à la résolution des difficultés des banques, afin de leur attribuer des missions de stabilisation du système bancaire. Un tel objectif a nécessité de redéfinir le système prudentiel français en élargissant le spectre des

---

<sup>639</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.



prérogatives des autorités de contrôle. Pour cela, le fonctionnement de l'Autorité de contrôle prudentiel a dû être modifié en profondeur (A) et de nouveaux pouvoirs pouvant être mis en place à tout moment, même en l'absence de difficultés ou de défaillance d'une banque, lui ont été confiés (B).

### **A. La réorganisation de l'Autorité de contrôle prudentiel**

**266.** Le gouvernement français a décidé, en conformité avec la directive 2014/59/UE, de confier des pouvoirs de résolution à certaines institutions bancaires, et en premier lieu à l'Autorité de contrôle prudentiel. La rectification de ses attributions est passée par un changement de désignation pour mieux acter de ses nouvelles fonctions, désormais le code monétaire et financier précise qu'elle prend le nom de « Autorité de contrôle prudentiel et de résolution » (ACPR)<sup>640</sup>. Sa mission a été élargie par la modification de l'article L. 612-1 du code monétaire et financier auquel a été ajouté notamment un 4° dans le II qui dispose que celle-ci a pour objet de « veiller à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires prévues à la section 4 du chapitre III du présent code ». Il s'agit donc de lui confier des pouvoirs lui permettant d'assurer le respect des dispositions prises à la suite de la crise par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>641</sup> afin de prévenir le risque bancaire systémique, et, de façon connexe, l'aléa moral qui serait susceptible d'en découler. C'est donc un rôle primordial qui lui a été accordé pour garantir le respect des réglementations européenne et française relatives aux difficultés et défaillances bancaires. De façon plus pragmatique, cela signifie que si l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ne remplit pas avec compétence, rigueur et indépendance les missions qui lui ont été confiées alors les efforts mis en œuvre par le Parlement européen, le Conseil de

---

<sup>640</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la L. n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (JORF n° 0018 du 21 janv. 2017), l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution n'est plus une autorité administrative indépendante. V. notamment : BONNEAU Th., *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd., Ed. Domat droit privé, 2017, p. 141 et s.

<sup>641</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*

l'Union et le Parlement français pour élaborer ces réglementations auront été vains puisque leurs dispositions seraient non ou mal appliquées.

**267.** Afin qu'elle puisse remplir ses nouveaux objectifs, le législateur français a également procédé à une réorganisation interne de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Ainsi, par le biais de l'article L. 612-4 du code monétaire et financier, il l'a dotée (en plus de la commission des sanctions déjà existante) de deux collèges, un de supervision et un de résolution, qui remplacent l'ancien collège de l'Autorité de contrôle prudentiel. Ce même article précise que les pouvoirs dont elle disposait déjà ont été confiés au collège de supervision, laissant au collège de résolution la responsabilité des mesures et contrôles relevant des sections 4 (mesures de prévention et de gestion des crises bancaires) et 5 (mise en œuvre du Fonds de garantie des dépôts et de résolution) du chapitre III dudit code. Ainsi, le contrôle des plans préventifs de rétablissement<sup>642</sup>, l'élaboration des plans préventifs de résolution<sup>643</sup> et l'exercice de toutes les prérogatives liées à la procédure de résolution<sup>644</sup> relèvent du champ de compétence de ce dernier. C'est également ce collège qui est chargé de collaborer avec les autorités nationales compétentes dans le cas d'actions concernant des groupes bancaires transnationaux.

**268.** Le collège de résolution est composé de sept membres<sup>645</sup> : le gouverneur de la Banque de France qui le préside, le directeur général du Trésor, le président de l'Autorité des marchés financiers, le sous-gouverneur de la Banque de France, le président du directoire du Fonds de garantie des dépôts et de résolution, le vice-président du collège de supervision et le président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Il doit être souligné que la place de ce dernier membre dans le collège de résolution n'avait pas été prévue dans le projet de loi original, puisqu'elle relève d'une disposition qui a été ajoutée lors de son examen

---

<sup>642</sup> V. *supra*, n° 251.

<sup>643</sup> V. *supra*, n° 258.

<sup>644</sup> V. *infra*, n° 297.

<sup>645</sup> Art. L. 612-8-1 du C. mon. fin.

par le Sénat. Les sénateurs à l'initiative de cet amendement ont, en effet, considéré fort justement que certains mécanismes de résolution s'apparentent aux mesures pouvant être mises en place dans le cadre d'une liquidation judiciaire et qu'à ce titre un spécialiste du droit des affaires apporterait une vision précise et technique des implications juridiques et serait une garantie du respect du Droit. De plus, ils ont invoqué que sa présence permettrait d'introduire de la diversité dans le collège qui est principalement composé de financiers, et apporterait ainsi une approche différente des problématiques. Enfin, certains sénateurs ont précisé que même si les mesures pouvant être appliquées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution se distinguent des procédures collectives, dans l'hypothèse où la banque se trouverait dans une situation de défaillance il est probable qu'une telle procédure finirait par être ouverte à son encontre ; ainsi la présence d'un membre de l'autorité judiciaire permettrait d'anticiper et de préparer celle-ci<sup>646</sup>.

**269.** Afin de pouvoir délibérer, la majorité des membres du collège de résolution doivent être présents. Il est à noter qu'en cas de partage égal des voix, celle du président – c'est-à-dire du gouverneur de la Banque de France – est prépondérante. Il était évidemment essentiel de prévoir une telle disposition pour ne pas bloquer les prises de décision au sein d'un organe aussi central dans le fonctionnement du système bancaire français. La nécessité de pouvoir agir en urgence en cas de difficultés, voire de défaillance d'une banque, ressort également de l'article L. 612-8-1 du code monétaire et financier qui prévoit que lorsqu'une situation requiert une action rapide constatée par le président du collège de résolution, celui-ci peut statuer – sauf en matière de sanction – par voie de consultation écrite ou par le biais d'une téléconférence. Il dispose aussi que les membres du collège peuvent donner délégation à leur président pour prendre seul des décisions. De telles possibilités permettent d'outrepasser les délais nécessaires pour réunir le collège, ce qui doit être salué au regard de la rapidité, démontrée par la crise débutée en 2007, avec laquelle une banque peut se retrouver en défaut.

---

<sup>646</sup> Sénat, Compte rendu intégral des débats de la séance du 21 mars 2013. Disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s201303/s20130321/s20130321012.html>.

**270.** Il faut également souligner que l'article L. 612-8-1 du code monétaire et financier prévoit que certaines mesures adoptées par le collège de résolution ne peuvent être prises qu'avec l'accord exprès du directeur général du Trésor. Il s'agit des décisions suivantes :

- Celles qui peuvent « entraîner, immédiatement ou à terme, l'appel à des concours publics », quelle que soit leur forme ; et
- Celles pouvant avoir « des conséquences significatives sur le système financier ou l'économie réelle ».

Si cette disposition est justifiée et utile, sa mise en œuvre risque d'être délicate puisque l'intégralité des décisions que peut prendre le collège de résolution est susceptible de rentrer, à terme, dans de telles catégories. Nous pouvons toutefois nous demander quel serait l'impact d'une mesure votée par le collège de résolution sans la voix du directeur général du Trésor et qui aurait une incidence sur le système financier, l'économie réelle ou le recours à des fonds publics. Aucune disposition n'est expressément prévue pour résoudre une telle situation<sup>647</sup>. La logique juridique voudrait que la décision soit considérée comme nulle, et ce depuis sa date de sa prise d'effet. Cependant, il ne peut être exclu qu'une annulation soit finalement plus dommageable que de conserver la décision litigieuse et ses mesures d'application en vigueur, particulièrement si celles-ci ont eu un impact positif sur la stabilité du système bancaire et que les effets qui lui sont reprochés n'ont été constatés que plusieurs années après son adoption. Dans ce sens, l'article L. 613-58-1 du code monétaire et financier vient préciser que « l'annulation des mesures prises en application des sous-sections 9 [concernant les dispositions relatives à l'adoption et la mise en œuvre d'une mesure de réduction et de conversion d'instruments de fonds propres] et 10 [concernant la procédure de résolution] n'affecte pas la validité des actes pris pour leur application lorsque la remise en cause de ces actes est de nature à porter atteinte aux intérêts des tiers, sauf

---

<sup>647</sup> Le C. mon. fin. ne précise pas si une décision adoptée sans la voix du directeur général du Trésor alors qu'elle était requise rend celle-ci nulle ou simplement abrogée sans effet rétroactif. Par ailleurs, l'art. L. 613-31-18 du C. mon. fin. qui prévoyait que « l'annulation d'une décision du collège de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution n'affecte pas la validité des actes pris pour son application lorsque leur remise en cause est de nature à porter atteinte aux intérêts des tiers » aurait pu nous donner des indications quant au traitement juridique des mesures adoptées suite à la décision litigieuse. Toutefois, il a été abrogé par l'art. 3 de l'Ord. n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière.

en cas de fraude de ceux-ci ». Ainsi, si une décision de résolution d'une banque prise sans la voix du directeur général du Trésor mène, pour cette raison, à son annulation, les mesures d'application prises avant sa dénonciation ne pourront être invalidées que si cela n'est pas dommageable (par exemple en ayant un impact négatif sur la stabilité du système bancaire) pour un tiers, quel qu'il soit.

**271.** Les membres de ce nouveau collège doivent, comme tous ceux qui composent l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, respecter des règles en matière de secret professionnel et de conflits d'intérêts. Si de telles exigences sont relativement usuelles en matière bancaire, elles sont particulièrement importantes au regard des attributions confiées au collège de résolution<sup>648</sup>, sur lequel repose l'efficacité du système de prévention et de remédiation mis en place par la loi de séparation des activités bancaires française<sup>649</sup>. Concernant le secret professionnel, les membres de l'Autorité sont, par leur fonction même, amenés à recueillir des informations et à consulter des documents confidentiels détaillant notamment l'intégralité de l'organisation des banques (en France et hors de France), leur gestion ainsi que leurs axes de faiblesses, qu'ils soient stratégiques, financiers ou économiques. Ces données sensibles sont notamment transmises par le biais du plan préventif de rétablissement élaboré par la banque ou par la société mère<sup>650</sup>. Or, l'efficacité des mesures de prévention et de résolution adoptées dans le cadre de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>651</sup> repose majoritairement sur l'obtention d'informations précises et sincères, et donc incidemment sur la transparence des banques vis-à-vis de l'Autorité et leur collaboration volontaire avec celle-ci. Il est donc nécessaire qu'un lien de confiance puisse être établi, portant particulièrement sur la sécurisation des données transmises. Sur cette base, il est logique que les informations communiquées soient soumises au secret professionnel (article L. 612-17 du code monétaire et financier). De manière plus globale, l'article précité prévoit que toutes les

---

<sup>648</sup> V. *infra*, n° 302 et s.

<sup>649</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

<sup>650</sup> V. *supra*, n° 251 et s.

<sup>651</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

procédures relevant des missions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution sont soumises à ce secret, sous réserve de quelques exceptions (notamment la transmission des informations à l'autorité judiciaire lorsqu'elle agit dans le cadre soit d'une liquidation judiciaire, soit d'une procédure pénale). Il est à noter que la violation du secret professionnel est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, conformément à l'article 226-13 du code pénal.

**272.** Concernant les conflits d'intérêts, l'article L. 612-10 du code monétaire et financier prévoit classiquement une double action : une obligation d'information vis-à-vis des autres membres du collège et des interdictions. Ainsi, chaque membre doit systématiquement informer le président de l'Autorité (c'est-à-dire le gouverneur de la Banque de France) :

- Des intérêts qu'il a détenus au cours des deux années précédant sa nomination, ceux qu'il détient ou vient à détenir ;
- Des fonctions qu'il a exercées dans une activité sociale, économique ou financière, au cours des deux années précédant sa nomination, celles qu'il exerce ou vient à exercer ; et
- Des mandats au sein d'une personne morale qu'il a détenue au cours des deux années précédant sa nomination, ceux qu'il détient ou vient à détenir.

Toutes ces informations, ainsi que celles qui concernent le président lui-même, sont mises à la disposition de chaque membre des collèges de supervision et de résolution et de la commission des sanctions de l'Autorité. Cette publicité des informations parmi tous les membres de l'Autorité est à souligner, car il aurait été aisé de limiter celle-ci au président. Une telle diffusion participe à éviter les conflits d'intérêts, chacun des membres pouvant être mis au courant des potentiels biais d'intérêts des personnes avec qui il siège. Toutefois, il est dommageable que ces informations ne soient pas divulguées spontanément et systématiquement aux membres, mais qu'il semble qu'elles doivent faire l'objet d'une demande écrite à destination du président<sup>652</sup>.

---

<sup>652</sup> La demande écrite est expressément prévue à l'art. 25 du Règl. intérieur du collège de supervision de l'ACPR du 9 mars 2015. Une telle précision n'est pas reprise dans le Règl. intérieur du collège de résolution du 22 avril 2014 mais, à défaut de précision, il est fort probable que la procédure à suivre soit similaire.

Par ailleurs, les membres doivent également déposer des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale, tel que prévu par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. L'article 4 de la loi précitée précise que la déclaration d'intérêt doit contenir les informations suivantes :

- Les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de la nomination ;
- Les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années ;
- Les activités de consultant exercées à la date de la nomination et au cours des cinq dernières années ;
- Les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de la nomination ou lors des cinq dernières années ;
- Les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination ;
- Les activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin<sup>653</sup> ;
- Les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ;
- Les fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination.

Cette liste très précise permet de compléter efficacement celle prévue à l'article L. 612-10 du code monétaire et financier. Elle apparaît comme suffisamment détailler pour apporter une vision claire de l'ensemble des conflits d'intérêts auxquels pourraient être confrontés les membres de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Par ailleurs, le renvoi à la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 laisse penser que ces déclarations sont soumises à l'obligation de publication, prévue à l'article 5 de ladite loi<sup>654</sup>. Cela aurait constitué une marque de transparence forte vis-à-vis du public

---

<sup>653</sup> À l'origine, cette disposition concernait également les activités professionnelles exercées par les enfants et les parents de la personne nommée. Toutefois, cela a été déclaré non conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-676 DC du 9 oct. 2013 car portant une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

<sup>654</sup> « Dans un délai de trois mois suivant la réception des éléments mentionnés au premier alinéa du présent I, la Haute Autorité rend publiques la déclaration de situation patrimoniale et la déclaration d'intérêts. » Art. 5, I de la L. n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* n° 0238 du 12 oct. 2013.

pour une Autorité aussi centrale dans le système de surveillance du secteur bancaire. Toutefois, en pratique, les déclarations d'intérêts des membres de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ne sont pas, à ce jour, disponibles sur la plateforme mise à disposition par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ; il ne semble pas non plus prévu qu'elles puissent être mises à la disposition des autres membres à l'exception du président. Ainsi, l'obligation imposée aux membres de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de réaliser de telles déclarations s'avère avoir un impact limité puisque les informations utiles pour déterminer les conflits d'intérêts ne sont transmises qu'à un nombre très restreint de personnes, et, en particulier, ne sont pas communiquées aux membres amenés à siéger ensemble.

**273.** Outre l'obligation d'information imposée aux membres de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, la prévention des conflits d'intérêts au sein de cet organisme a également amené le législateur à prévoir des interdictions d'exercer des activités ou de délibérer sur certains points. Ainsi, l'article L. 612-10 du code monétaire et financier prévoit, fort logiquement, qu'un membre ne peut participer à des travaux ou à des délibérations concernant une affaire dans laquelle il a actuellement, de façon directe ou indirecte (par le biais d'une personne morale), des intérêts ; ou dans laquelle il a représenté une des personnes intéressées au cours des deux années précédentes. Il est fort probable qu'un tel délai de deux ans résulte d'une conciliation entre la nécessité certaine de garantir une absence de conflit d'intérêts et les impératifs de la réalité pratique. En effet, d'une part, le délai prévu apparaît beaucoup trop court pour permettre de libérer une personne de ses liens et d'assurer son indépendance vis-à-vis d'une société dans laquelle elle a pu exercer pendant de nombreuses années ; d'autre part, du fait de la composition même du collège de résolution, un certain nombre de ses membres sont issus du secteur bancaire, ainsi allonger la durée pourrait en pratique causer des difficultés lors de prises de décision devant concerner les banques systémiques françaises. À titre d'exemple, l'actuel gouverneur de la Banque de France, M. François Villeroy de Galhau, a été nommé à ce poste le 1<sup>er</sup> novembre 2015, seulement quelques mois après avoir quitté ses fonctions de directeur général délégué du groupe BNP Paribas. Ainsi, jusqu'en 2017, il ne pouvait en principe pas délibérer, ni même participer à des travaux relatifs à n'importe laquelle des banques d'un des plus importants groupes bancaires français,



malgré son statut de président du collège (qui lui accorde une voix prépondérante pour trancher en cas de partage égal des voix, celle-ci ne pouvant donc être utilisée pendant cette période) et de l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Il est à relever que ses liens avec cette banque privée ont d’ailleurs causé des doutes quant à son impartialité<sup>655</sup>.

**274.** Les nouvelles missions confiées à l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ont nécessité une réorganisation de celle-ci afin d’attribuer les fonctions de gestion des crises bancaires par la prévention et des mesures de remédiation à un collège restreint et spécialisé. Dans la même optique, le Parlement a octroyé de nouveaux pouvoirs d’intervention répartis entre les collèges de supervision et de résolution et la commission des sanctions chargée des procédures disciplinaires.

### **B. La définition de nouveaux pouvoirs d’intervention préalable pour l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution**

**275.** Avant même l’entrée en vigueur de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>656</sup>, l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution était déjà un acteur incontournable du système bancaire français, et à ce titre était dotée d’un certain nombre de pouvoirs. Le premier d’entre eux est son pouvoir d’agrément en matière bancaire et financière : elle seule peut proposer à la Banque Centrale Européenne d’octroyer à une société l’agrément pour exercer, en France, des activités relevant du monopole bancaire conformément à l’article L. 511-10, I du code monétaire et financier<sup>657</sup>. À la suite de la crise financière et économique débutée en 2007, le législateur a élargi les compétences et pouvoirs accordés à l’Autorité afin de lui

---

<sup>655</sup> Collectif, « Banque de France : François Villeroy de Galhau est exposé à un grave conflit d’intérêts », *Le Monde*, 11 sept. 2015. Disponible sur : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/09/15/banque-de-france-les-parlementaires-doivent-rejeter-le-choix-de-l-elysee\\_4757539\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/09/15/banque-de-france-les-parlementaires-doivent-rejeter-le-choix-de-l-elysee_4757539_3232.html).

<sup>656</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*.

<sup>657</sup> Pour les succursales établies sur le territoire français, l’agrément est directement octroyé par l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, sans demander le concours de la Banque Centrale Européenne (art. L. 511-10, I, alinéa 3 du C. mon. fin.).

permettre de mettre en œuvre toutes les mesures utiles pour prévenir le risque de défaillance, et pour le résoudre s'il était amené à se réaliser. Il faut souligner que même les grandes banques françaises estiment qu'un tel renforcement des moyens dont dispose l'Autorité pour gérer le secteur bancaire s'avérerait nécessaire pour la stabilité du système bancaire national<sup>658</sup>. Les dispositions adoptées en ce sens ont été inspirées des recommandations posées par le Comité de Bâle dans ses vingt-cinq principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace<sup>659</sup>. Celui-ci préconise notamment la mise en place d'un contrôle sur la gouvernance de l'établissement dès le stade de l'agrément<sup>660</sup>, le maintien d'un échange permanent entre l'autorité locale et la banque<sup>661</sup>, ainsi que l'intervention précoce de l'autorité de contrôle pour corriger les pratiques ou les activités peu fiables qui pourraient être source de risque avec la possibilité de révoquer les dirigeants et les membres du conseil d'administration<sup>662</sup>.

**276.** En ce sens, le législateur français a souhaité confier à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution un pouvoir d'immixtion relativement important au sein des décisions relevant de la gouvernance même des banques, en dehors de toute situation de difficulté financière ou économique. Ainsi, l'article L. 612-23-1 du code monétaire et financier, introduit par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires, prévoit que les banques doivent notifier à l'Autorité la nomination et le renouvellement des dirigeants, membres de leurs conseils d'administration ou de surveillance, du directoire ou de tout organe exerçant des fonctions équivalentes. Sur la base de cette information, l'Autorité est en droit de s'opposer à ces désignations, après un débat contradictoire, si elle constate que les personnes visées ne remplissent pas des conditions d'honorabilité, de connaissance, d'expérience, de disponibilité et de cumul

---

<sup>658</sup> LEJOUX C., « Ce volet oublié de la réforme bancaire qui fait “presque” consensus », *La Tribune*, 27 févr. 2013. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/20130227trib000751297/ce-volet-oublie-de-la-reforme-bancaire-qui-fait-presque-consensus.html>.

<sup>659</sup> BRI, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace*, Suisse, sept. 2012.

<sup>660</sup> *Op. cit.*, p. 27 et s.

<sup>661</sup> *Op. cit.*, p. 32 et s.

<sup>662</sup> *Op. cit.*, p. 36 et s.

de mandats sociaux<sup>663</sup>. Dans ce cas, le mandat ou la fonction exercée par lesdites personnes cesse de plein droit dans un délai de quinze jours après la notification de la décision d'opposition<sup>664</sup>.

**277.** Les critères d'honorabilité, de compétence et d'expérience ont été définis par le décret n° 2014/1357<sup>665</sup>, repris notamment aux articles R. 511-16-2 et suivants du code monétaire et financier. Ainsi, il est expressément prévu que les dirigeants et membres précités doivent disposer collectivement « des connaissances, des compétences et de l'expérience nécessaires mentionnées à l'article L. 511-51 en matière de marchés bancaires et de marchés financiers, d'exigences légales et réglementaires applicables à l'établissement de crédit ou à la société de financement, de son système de gouvernance, dont le contrôle interne, de planification stratégique et de sa mise en œuvre, de gestion des risques, d'information comptable et financière<sup>666</sup>. » Cette exigence est appréciée *in concreto* par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, au regard de la formation et de l'expérience de chacune des personnes concernées, vis-à-vis des attributions qui lui sont confiées. Elle est également vérifiée globalement, en prenant en considération la compétence des autres membres de l'organe auquel elle appartient. Par ailleurs, elle est présumée remplie lorsqu'un mandat équivalent a été antérieurement exercé<sup>667</sup>. Cette dernière disposition est critiquable car le fait d'avoir précédemment eu une activité similaire ne peut suffire à présager d'une connaissance suffisante du système bancaire et financier, et encore moins du fonctionnement de la banque concernée, d'autant plus qu'aucune condition de durée applicable au mandat antérieur n'est exigée. En conséquence, il ne peut être exclu qu'un dirigeant qui a été évincé à l'issue d'une courte période de sa précédente fonction pour manque de compétence soit réputé remplir l'exigence précitée lors du

---

<sup>663</sup> Sur la disponibilité et le cumul des mandats sociaux, v. art. L. 511-52 du C. mon. fin.

<sup>664</sup> Art. L. 612-23-1, III, §2 et R. 612-29-3, I, §5 du C. mon. fin.

<sup>665</sup> Décret n° 2014-1357 du 13 novembre 2014 relatif au contrôle de l'honorabilité et de la compétence des dirigeants et des membres des organes collégiaux dans les organismes d'assurance, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes et les entreprises mères de société de financement, *JORF n° 0264 du 15 nov. 2014*.

<sup>666</sup> Art. R. 511-16-2 du C. mon. fin.

<sup>667</sup> Art. L. 511-51, §5 du C. mon. fin.

mandat suivant. Une telle présomption légale peut donc s'avérer complètement contre-productive. Pour les personnes n'ayant pas exercé d'activité similaire antérieurement, l'article L. 511-51 du code monétaire et financier prévoit que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution doit tenir compte pour l'appréciation du critère de compétence des formations qui pourraient lui être prodiguées tout au long du mandat.

Concernant le critère d'honorabilité, l'article R. 511-16-3 du code monétaire et financier dispose que « chacune des personnes qui assurent la direction effective de l'activité de l'établissement de crédit [...] ainsi que chaque membre du conseil d'administration, du conseil de surveillance, du directoire ou de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes fait preuve d'une honnêteté, d'une intégrité et d'une indépendance d'esprit qui lui permettent d'évaluer et, si nécessaire, de remettre effectivement en question les décisions prises en matière de gestion ainsi que d'assurer la supervision et le suivi effectifs de ces décisions. » Ces dispositions sont également contrôlées *in concreto* par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, notamment sur la base des informations renseignées dans la banque de données centrale de l'Autorité bancaire européenne concernant les sanctions administratives<sup>668</sup>.

**278.** Face à l'absence de critères stricts, ne pouvant pas être soumis à interprétation, la composition de l'Autorité française devient particulièrement importante pour assurer sa neutralité et son indépendance lors de l'évaluation de l'honorabilité. Ce contrôle est réalisé par le collège de supervision<sup>669</sup> dont la composition est fixée par l'article L. 612-5 du code monétaire et financier. Il est doté de dix-neuf membres, dont notamment le gouverneur de la Banque de France, le président de l'Autorité des marchés financiers, deux membres désignés par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat en raison de leur compétence financière et juridique dans le domaine bancaire ou assurantiel, un membre du Conseil d'État et un de la Cour de cassation, un magistrat de la Cour des comptes et quatre autres personnes choisis en raison de leurs compétences en matière d'opérations de banque, d'émission et de gestion de monnaie électronique, de services de paiement ou

---

<sup>668</sup> Art. R. 612-29-3 du C. mon. fin.

<sup>669</sup> Art. L. 612-23-1 du C. mon. fin.

de services d'investissement. Il en résulte que le grand nombre et la diversité d'aptitudes et de domaines des membres du collège de supervision semblent suffisants pour éviter les conflits d'intérêts et assurer une vision fiable de l'honorabilité, de la compétence et de l'expérience des personnes concernées par l'application de l'article L. 612-23-1 du code monétaire et financier<sup>670</sup>.

Par ailleurs, il doit être souligné que ce contrôle est réalisé de façon continue puisque l'article L. 612-33 dudit code dispose que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution a le pouvoir de suspendre le mandat ou la fonction des personnes précitées lorsque, d'une part, elles ne remplissent plus les conditions nécessaires pour l'exercer et, d'autre part, une situation d'urgence justifie cette mesure en vue d'assurer une gestion saine et prudente.

**279.** Outre cela, un certain nombre des pouvoirs dont dispose l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peuvent être mis en œuvre même en l'absence de difficultés rencontrées par la banque. Ainsi, nous avons analysé l'impact que peut avoir l'Autorité dès l'élaboration des plans préventifs de rétablissement<sup>671</sup>, les mesures imposées pouvant aller jusqu'à la modification des activités, ou même de la structure juridique et opérationnelle de la banque. Il s'agit donc d'un pouvoir très étendu, mais dont l'effectivité dépend de l'utilisation qui en est faite par l'Autorité et de la qualité des informations qui sont transmises par les banques. Ce besoin de transparence se recoupe avec les recommandations édictées par le Comité de Bâle concernant la nécessité des échanges permanents entre l'autorité locale et la banque. Le gouvernement français en a pris rapidement conscience puisque, avant même l'élaboration du projet de loi sur la séparation et la régulation du système bancaire, il a mis en place par voie d'ordonnance<sup>672</sup> des modalités d'échange d'informations entre l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et les établissements de crédit dont elle relève. Ainsi, les articles L. 612-23 et suivants prévoient que l'Autorité fixe la liste, le modèle, la fréquence et les délais de transmission des documents et

---

<sup>670</sup> V. *supra*, n° 277.

<sup>671</sup> V. *supra*, n° 251 et s.

<sup>672</sup> Ord. n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *JORF* n° 0018 du 22 janv. 2010.

informations qui doivent lui être remis périodiquement (notamment, ceux concernant les transactions dites importantes au sens de l'article L. 511-41, I du code monétaire et financier et ceux relatifs aux plans préventifs de rétablissement). En outre, l'Autorité peut également demander « tous renseignements, documents, quel qu'en soit le support, [...] ainsi que tous éclaircissements ou justifications nécessaires à l'exercice de sa mission »<sup>673</sup>. Cette disposition inclut les rapports des commissaires aux comptes et les documents comptables, certifiés ou non. L'Autorité est en droit de demander ces informations à toute personne qui les détient, et notamment à des tiers auprès desquels des fonctions ou activités opérationnelles ont été externalisées<sup>674</sup>. La transmission de ces données constitue un élément essentiel pour permettre à l'Autorité d'élaborer les plans de résolution<sup>675</sup>. En plus de ces vérifications sur pièces, l'Autorité peut, par l'intermédiaire de son secrétaire général, effectuer un contrôle sur place<sup>676</sup> et convoquer toute personne dont l'audition est nécessaire à l'exercice de sa mission<sup>677</sup>. Elle a également la possibilité de convoquer et d'intervenir devant les organes de direction de la banque<sup>678</sup> et, le cas échéant, de faire usage d'une identité d'emprunt pour obtenir des éléments relatifs aux services fournis par voie électronique par la banque<sup>679</sup>. Ces mesures peuvent être mises en œuvre à tout moment, même en l'absence de difficultés financières ou économiques avérée ou anticipée de la banque.

En cas de non-respect des dispositions précitées concernant la transmission d'informations, de documents, les demandes d'audition et les notifications relatives aux dirigeants de la banque ou aux membres de ses conseils d'administration et de surveillance, l'article L. 612-25 du code monétaire et financier prévoit que l'Autorité peut prononcer une injonction, assortie d'une astreinte. De manière plus globale, dans le cadre de son pouvoir de police administrative, l'article L. 612-31 du code monétaire et financier dispose que l'Autorité peut mettre en demeure une banque de prendre,

---

<sup>673</sup> Art. L. 612-24, §2 du C. mon. fin.

<sup>674</sup> *Idem*, §3.

<sup>675</sup> V. *supra*, n° 258 et s.

<sup>676</sup> Art. L. 612-23, §1 du C. mon. fin.

<sup>677</sup> Art. L. 612-24, §6 du C. mon. fin.

<sup>678</sup> Il s'agit du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de tout organe exerçant des fonctions équivalentes.

<sup>679</sup> Art. L. 612-24, §8 du C. mon. fin.

dans un délai déterminé, toutes mesures destinées à sa mise en conformité avec les obligations sur lesquelles l'Autorité a pour mission de veiller.

**280.** Le champ d'intervention de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est également particulièrement large. En effet, l'article L. 612-26 du code monétaire et financier dispose que l'Autorité peut étendre son contrôle sur place notamment aux filiales de la banque, aux personnes morales qui la contrôlent directement ou même indirectement, aux filiales de ces personnes morales, aux tiers auxquels ont été confiées des fonctions ou activités opérationnelles et « aux personnes et organismes de toute nature ayant passé, directement ou indirectement, avec [elle] une convention de gestion, de réassurance ou de tout autre type susceptible d'altérer son autonomie de fonctionnement ou de décision concernant l'un quelconque de ses domaines d'activité ». À cet effet, l'Autorité s'octroie également le droit de contrôler les succursales ou filiales de la banque qui sont installées hors de France lorsqu'elles sont situées sur le territoire d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou d'un État avec lequel une convention bilatérale telle que prévue à l'article L. 632-13 du même code a été conclue, ou à défaut après accord exprès de l'autorité compétente localement et à condition que cette dernière soit soumise au secret professionnel<sup>680</sup>.

**281.** Il faut mettre en perspective cette capacité d'intervention très extensive qui a été confiée à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution avec le fait qu'elle se situe en amont de toute difficulté financière ou économique. Si cela pourrait paraître démesuré, il faut se rappeler l'impact néfaste et d'ampleur que peut avoir la défaillance d'une banque, particulièrement lorsqu'elle a une dimension systémique. Face à de tels risques pour l'économie réelle, les pouvoirs accordés à l'Autorité, aussi larges soient-ils, sont largement justifiés ; ils permettent à celle-ci d'anticiper et procéder aux investigations nécessaires, permettant par exemple de détecter les prémices d'une bulle spéculative ou de son éclatement. Par ailleurs, la mise en œuvre des actions précitées est laissée à la libre appréciation des membres de l'Autorité, dont la compétence collégiale et la diversité ne peuvent être ignorées. Cela constitue en soit la garantie,

---

<sup>680</sup> Art. L. 612-26 du C. mon. fin.

pour les banques, d'une ingérence mesurée et proportionnée. Parallèlement, l'efficacité des pouvoirs confiés à l'Autorité dépend de l'usage qu'elle en fait. Il faut donc espérer, pour la stabilité du système financier français, que ses membres n'hésitent pas à mettre en œuvre toutes les mesures utiles et appropriées sans se réfréner.

**282.** Dans le même but, les réglementations française et européenne adoptées à la suite de la crise de 2007 ont fait ressortir une étape intermédiaire entre l'absence de difficultés et les signes avérés de défaillance. Lors de cette période, elles ont octroyé aux autorités des pouvoirs d'intervention précoce qui doivent permettre de redresser la situation financière et économique de la banque concernée pour éviter, dans la mesure du possible, sa défaillance.

### ***§2. Les pouvoirs de l'autorité de surveillance aux prémices des premières difficultés***

**283.** Dans le cadre de la directive 2014/59/UE, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont mis en place une intervention graduée des autorités nationales, directement corrélée à la gravité des difficultés financières et économiques de la banque. La première phase est l'élaboration et le contrôle des plans de redressement et de résolution, qui doivent être réalisés en amont de toute défaillance. Entre celle-ci et la défaillance complète d'une banque menant à sa liquidation judiciaire, le législateur européen a déterminé plusieurs phases, dont la période de « l'intervention précoce ». Elle a pour objectif de permettre aux autorités compétentes de prendre un certain nombre de mesures pour redresser la situation d'une banque lorsque celle-ci est dégradée sans être pour autant critique. Cette étape, qui n'était pas prévue lors de l'élaboration du projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires, a été transposée en droit français aux articles L. 511-41-5 et L. 612-32 et suivants du code monétaire et financier. Ces dispositions sont venues compléter les pouvoirs de police administrative dont bénéficiait déjà l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.



**284.** Cette intervention précoce rappelle la procédure de sauvegarde judiciaire prévue à l'article L. 620-1 du code de commerce. En effet, elles interviennent toutes deux avant la cessation des paiements et peuvent être déclenchées dans le cas où la banque éprouverait des difficultés qu'elle ne serait pas en mesure de surmonter sans qu'elles ne soient pour autant irrémédiables. Cependant, si les finalités sont les mêmes, à savoir redresser la situation financière de la banque, leur mise en œuvre est contraire. La procédure de sauvegarde est, en effet, à l'initiative du débiteur alors que l'intervention précoce est exercée par l'autorité de supervision face à l'inaction des dirigeants du débiteur. En outre, leur nature diverge fondamentalement puisque la sauvegarde est une procédure judiciaire alors que l'intervention précoce relève de la réglementation bancaire prudentielle. Toutefois, il faut souligner que la logique d'anticipation demeure commune aux deux procédures.

**285.** Dans le cadre de l'intervention précoce, la directive européenne a mis à disposition de l'autorité de contrôle un certain nombre de pouvoirs, dont les portées sont variées. Ainsi, si l'article 27 liste les mesures pouvant être mises en place sans les hiérarchiser, nous pouvons pour autant anticiper une application graduelle de celles-ci en fonction du degré de détérioration de la situation de la banque : il apparaît clairement que certaines dispositions permettent à l'autorité nationale d'accompagner la banque dans le redressement de sa situation économique (A), alors que d'autres peuvent être considérées comme une immixtion dans la gouvernance de l'établissement (B).

#### **A. Les mesures d'accompagnement de l'autorité de surveillance dans le cadre de l'intervention précoce**

**286.** Avant l'adoption de la directive 2014/59/UE, et donc des mesures d'intervention précoce, la réglementation européenne prévoyait déjà des mécanismes de contrôle coercitifs ayant pour objectif de consolider le système bancaire au sein de l'Union européenne pour assurer sa stabilité. Ainsi, la directive concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, aussi appelée directive

« CRD IV »<sup>681</sup>, qui transpose les critères mis en place par l'accord dit « Bâle III »<sup>682</sup>, dispose dans son article 136 d'une série de mesures que l'autorité de supervision nationale peut appliquer en cas de non-respect des ratios prudentiels. Il est notamment prévu qu'elle puisse obliger la banque à détenir des fonds propres d'un montant supérieur à ceux requis, à restreindre certaines de ses activités (notamment pour réduire l'exposition au risque) et à renforcer sa gouvernance et ses dispositifs, procédures, mécanismes et stratégies pouvant avoir un impact sur sa stabilité. Certaines de ces dispositions se retrouvent, sous une forme plus détaillée, dans les mesures d'intervention précoce prévues par la directive 2014/59/UE. Il est à noter que ces deux réglementations ayant le même champ d'application, les pouvoirs qu'elles attribuent aux autorités viennent se compléter.

**287.** Conformément à l'article 27 de la directive 2014/59/UE, l'intervention précoce est caractérisée lorsque les exigences relatives aux ratios prudentiels ou aux règles de transparence sur les marchés financiers<sup>683</sup> ne sont plus respectées, « en raison entre autres, d'une dégradation rapide de sa situation financière, y compris une détérioration de ses liquidités, une augmentation du niveau de levier, des prêts non performants ou une concentration des expositions. » Les conditions de mise en œuvre de l'intervention précoce semblent, de prime abord, assez précises puisqu'elles font une référence directe au non-respect de réglementations spécifiques, notamment celles sur les ratios prudentiels qui ne laissent que peu de place à l'interprétation. Toutefois, l'article 27 précise que les mesures de l'intervention précoce peuvent être déclenchées lorsque « un établissement enfreint ou est susceptible, dans un proche avenir, d'enfreindre » les dispositions précitées. Cette tournure ajoute nécessairement un aléa pour déterminer si les critères sont remplis ou non. La seule indication étant donnée

---

<sup>681</sup> Dir. 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 Dir. 2002/87/CE et abrogeant les Dir. 2006/48/CE et 2006/49/CE, *JOUE* n° 176 du 27 juin 2013.

<sup>682</sup> V. *supra*, n° 215 et s.

<sup>683</sup> Conformément au titre II de la Dir. 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la Dir. 2002/92/CE et la Dir. 2011/61/UE et au Règl. (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le Règl. (UE) n° 648/2012, *JOUE* n° L 173 du 12 juin 2014.

pour préciser ce que le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont souhaité viser par ces termes concerne les ratios prudentiels : les autorités nationales doivent se reposer sur « une évaluation fondée sur un ensemble de factures de déclenchement, au rang desquels peuvent figurer les exigences de fonds propres d'un établissement plus 1,5 points de pourcentage »<sup>684</sup>. Outre cet exemple chiffré, aucune autre information n'est apportée pour encadrer le déclenchement d'une intervention précoce basée sur la potentialité proche de ne plus respecter les ratios et les règles de transparence sur les marchés financiers. Ainsi, nous pouvons constater une nouvelle fois la grande liberté qui est laissée par le législateur européen aux autorités nationales pour déclencher les étapes prévues dans la directive 2014/59/UE. Il convient donc de compter sur la diligence de chacun des États membres pour appliquer les mesures de prévention et de résolution avec justesse et assurer la stabilité du système bancaire européen.

**288.** En cas de détérioration de la situation financière d'une banque ou de sa solvabilité étant susceptible de relever de l'intervention précoce, la directive 2014/59/UE prévoit dans son article 27 des mesures permettant à l'autorité nationale compétente d'être informée de la situation et de l'accompagner dans la mise en place d'actions correctrices. En premier lieu, il faut souligner que la directive fait état de la possibilité de « recueillir, y compris par des inspections sur place, et fournir à l'autorité de résolution, toutes les informations nécessaires en vue d'actualiser le plan de résolution et préparer la résolution éventuelle de l'établissement ainsi que l'évaluation de son actif et de son passif »<sup>685</sup>. Cette mesure n'est listée qu'en huitième position parmi toutes celles pouvant être mises en place lors de la phase d'intervention précoce, pourtant elle est essentielle et devrait être un préalable à toute action. Elle va permettre à l'autorité nationale d'obtenir toutes les informations nécessaires pour comprendre la situation actuelle et les raisons des difficultés constatées. Cette disposition n'est pas reprise à l'article L. 511-41-5 du code monétaire et financier qui transpose l'article 27 de la directive précitée. Cela n'est pourtant pas étonnant puisque l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution disposait déjà d'un tel pouvoir, en dehors même de toute constatation de difficultés subies par la banque, par le biais des

---

<sup>684</sup> Art. 27 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>685</sup> Art. 27 de la Dir. 2014/59/UE, 1, h, *op. cit.*

articles L. 612-23 et suivants<sup>686</sup>. Il faut relever là une différence importante entre l'intervention précoce prévue par la directive et sa transposition en droit français : un certain nombre des mesures prévues à l'article 27 existaient déjà dans le code monétaire et financier, et pouvaient être appliquées même en dehors de toute période de dégradation de la situation d'une banque. Le législateur français n'a pas souhaité remettre en question ces dispositions et les a donc soit adaptées pour rajouter la notion de difficultés, soit conservées telles qu'elles. Ainsi, les modalités de transmission des informations précitées n'ont pas été impactées par la transposition de la directive 2014/59/UE. Quant à l'obligation d'établir un programme de rétablissement qui était déjà prévue à l'article L. 612-32 du code monétaire et financier, le législateur français s'est contenté d'ajouter qu'il peut être requis « notamment » lorsque les critères de l'intervention précoce sont réunis.

**289.** Dans le cas du déclenchement des mesures prévues à l'article 27 de la directive 2014/59/UE, une dégradation de la situation de la banque est déjà établie ou va l'être dans un futur proche. Ainsi, fort logiquement, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont prévu le recours au plan de redressement qui aura été préparé en amont par la banque. L'autorité nationale pourra donc enjoindre celle-ci à appliquer une ou plusieurs des dispositions qu'il prévoit, le cas échéant après l'avoir mis à jour si les hypothèses sur lesquelles il se base ont évolué. Outre cela, il est également prévu par l'article 27 la préparation d'un programme d'action listant les mesures à mettre en œuvre pour corriger la situation. Celui-ci doit être accompagné d'un calendrier spécifiant les échéances pour son application. Comme exposé précédemment, ce document existait d'ores et déjà en droit français sous la forme du « programme de rétablissement » prévu à l'article L. 612-32 du code monétaire et financier. Ainsi, l'article L. 511-41-5 du même code dispose que lorsque les critères de l'intervention précoce sont remplis, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut exiger que la banque soumette à son approbation « un programme de rétablissement spécifique [établi] dans les conditions de forme et de procédure prévues à l'article L. 612-32 ». La directive 2014/59/UE n'apporte aucune précision quant au contenu de celui-ci. Quant à l'article L. 612-32 du code monétaire et financier, il se contente d'indiquer

---

<sup>686</sup> V. *supra*, n° 279.

que le programme préparé par la banque doit comprendre « toutes les mesures appropriées pour restaurer ou renforcer sa situation financière ou de liquidité, améliorer ses méthodes de gestion ou assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement ».

Cette mesure relative à la préparation d'un programme d'action (appelé « programme de rétablissement » en droit français) laisse circonspect concernant son utilité réelle. La comparaison entre ce document et les plans de redressement et de résolution établis antérieurement s'impose. Autant, la mise en place d'une intervention précoce par l'élaboration desdits plans ne pouvait être que saluée ; autant la nécessité de préparer un nouveau document, certainement volumineux et complexe, pour accompagner le renforcement de la banque en difficulté peut apparaître comme redondante, voire sembler faire perdre du temps inutilement sur la mise en œuvre des mesures de remédiation. Il semble plus adapté de concentrer les efforts sur la constitution et la mise à jour des plans que de les disperser sur plusieurs documents qui devront, dans tous les cas, être utilisés simultanément. En revanche, le calendrier d'application qui accompagne le programme d'action est un élément important afin de forcer une intervention rapide et de permettre le suivi de la mise en place et de l'efficacité des mesures prévues.

**290.** Par ailleurs, outre l'accompagnement de l'autorité nationale compétente sur l'application des mesures prévues dans les documents précités, l'article 27 de la directive 2014/59/UE prévoit également qu'elle pourra demander à la banque qu'elle dresse un plan pour négocier la restructuration de sa dette en accord avec ses créanciers. Les modalités de mise en œuvre d'une telle mesure doivent, en principe, avoir été expressément prévues dans le plan de redressement. Cette disposition a pour objectif de repousser l'intervention de l'état de cessation des paiements qui obligerait la banque à passer par une procédure judiciaire, pouvant entraîner un mouvement de panique chez ses créanciers. En effet, en négociant notamment des délais de paiement ou un étalement de la dette, la banque vient diminuer d'autant le passif exigible à court terme<sup>687</sup>. À l'inverse du programme d'action, la préparation de ce plan ne semble pas faire doublon avec le plan de redressement puisque, si la possibilité de négocier sa

---

<sup>687</sup> V. *supra*, n° 222 et s.

dette doit avoir été incluse dans son contenu, seule l'analyse de la situation présente au moment de l'apparition des premières difficultés permettra de déterminer quelles sont celles à restructurer en urgence, selon quelles modalités et jusqu'à quelle période.

**291.** L'application de ces mesures relatives au plan de redressement, au programme d'action et au plan de restructuration de la dette par l'autorité nationale compétente passe par l'intermédiaire des dirigeants sociaux de l'entreprise. Elles ne sont pas des dispositions octroyant à l'autorité de supervision la possibilité d'intervenir directement dans la gestion de l'entreprise, mais nécessitent une coopération entre eux. De ce fait, elles sont relativement soumises à la bonne volonté des dirigeants de la banque, notamment au fait d'accepter d'être suffisamment transparent avec l'autorité concernée pour lui permettre de dresser un état de la situation précis, afin qu'elle mette en place les actions appropriées. Conscients de cette faille, les législateurs européen et français sont allés au-delà de ces simples mesures d'accompagnement en octroyant à l'autorité de surveillance des pouvoirs lui permettant de s'immiscer dans la gestion de la banque.

### **B. Les pouvoirs d'immixtion de l'autorité de surveillance dans le cadre de l'intervention précoce**

**292.** Dans le cadre de l'intervention précoce, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont octroyé des pouvoirs qui relèvent de l'immixtion dans la gouvernance de la société aux autorités de surveillances. Ainsi, l'article 27 de la directive 2014/59/UE<sup>688</sup> dispose de plusieurs mesures coercitives qui impactent le fonctionnement et la stratégie même de la banque. Ces actions peuvent être classées graduellement, selon leur degré d'ingérence dans la vie de l'entreprise :

- Enjoindre l'organe de direction à convoquer une réunion des actionnaires de l'établissement ;
- Convoquer directement ladite réunion si l'organe de direction ne se plie pas à cette exigence ;

---

<sup>688</sup> Transposé à l'art. L. 511-41-5 du C. mon. fin.

- Exiger une modification de la stratégie commerciale de la banque ;
- Contraindre à la destitution ou au remplacement d'un ou plusieurs membres de l'organe de direction, voire de l'ensemble de la direction générale et de l'organe de direction ;
- Nommer un administrateur temporaire pour remplacer les membres destitués ou pour assister la direction<sup>689</sup> ;
- Exiger la modification de la structure juridique ou opérationnelle de la banque ;  
et
- Obliger l'établissement à contacter des acquéreurs potentiels afin de préparer la résolution de la société<sup>690</sup>.

Si les deux premières mesures citées ont relativement peu d'impact sur la gestion de la banque, les suivantes octroient des pouvoirs considérables à l'autorité nationale compétente, par le biais desquels ses membres pourraient nuire – de façon consciente ou non – à la société en aggravant la dégradation de sa situation. Il en découle que la composition de l'autorité est particulièrement importante et doit apporter les garanties de neutralité et de transparence nécessaires afin d'éviter, notamment, les conflits d'intérêts. Nous ne pouvons qu'être surpris de l'absence de débat contradictoire. L'article 27 de la directive 2014/59/UE n'impose, en effet, aucunement un échange entre l'autorité et la banque, cette première pouvant prendre unilatéralement l'ensemble des mesures listées ci-dessus sans même que les textes exigent qu'elle en informe les organes de direction. Même si, en pratique, une absence totale d'information semble peu probable, l'étendue des pouvoirs confiés à l'autorité de supervision, sans contrôle, est démesurée à un stade où la viabilité de la banque n'est pas encore compromise.

**293.** En sus des dispositions précitées, le législateur français a offert à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution des pouvoirs complémentaires à l'occasion de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>691</sup>, et de réglementations

---

<sup>689</sup> À la différence des autres mesures, celle-ci a été transposée à l'art. L. 613-34 du C. mon. fin.

<sup>690</sup> À la différence des autres mesures, celle-ci a été transposée à l'art. L. 613-45 du C. mon. fin.

<sup>691</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*.

adoptées postérieurement<sup>692</sup>. Il en résulte que l'article L. 612-33 du code monétaire et financier prévoit des mesures d'intervention additionnelles « lorsque la solvabilité ou la liquidité d'une [banque] ou lorsque les intérêts de ses clients [...] sont compromis ou susceptibles de l'être ». Dans cette situation, l'Autorité bénéficie d'un large champ d'action, notamment elle dispose de la possibilité de :

- Limiter ou interdire temporairement l'exercice de certaines opérations ou activités, y compris l'acceptation de dépôts ;
- Suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie des actifs de la banque ;
- Interdire ou limiter la distribution d'un dividende aux actionnaires ou d'une rémunération des parts sociales aux sociétaires ; et
- Prononcer le transfert d'office de tout ou partie d'un portefeuille de crédits ou de dépôts.

Il convient de souligner que là encore tous ces pouvoirs peuvent être utilisés en l'absence même de dégradation de la situation financière ou économique de la banque, dès lors que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution estime qu'elle est « susceptible » d'être confrontée à des problèmes de solvabilité ou de liquidité. Par ailleurs, ces mesures peuvent également être adoptées si l'Autorité estime, sur la base des informations qu'elle a reçues, que la banque est « susceptible de manquer dans un délai de douze mois » aux exigences des ratios prudentiels<sup>693</sup>. Ainsi, l'Autorité peut, de façon unilatérale et sans débat contradictoire, prendre des décisions susceptibles d'impacter la stabilité de la banque, sur la simple impression que celle-ci risque de se retrouver en difficulté prochainement. Il ne peut être exclu qu'une mauvaise décision soit prise, et qu'elle vienne dégrader la situation d'une banque qui n'était alors pas en difficulté. Alors que ce pouvoir d'immixtion est particulièrement fort, s'agissant notamment de la conduite de l'activité même de la société, nous ne pouvons que constater qu'aucune garantie n'est accordée aux organes de direction de la banque.

---

<sup>692</sup> Particulièrement : Ord. n° 2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JORF n° 0044 du 21 févr. 2014* ; Ord. n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JORF n° 0192 du 21 août 2015* ; L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF n° 0287 du 10 déc. 2016*.

<sup>693</sup> Art. L. 612-33, I du C. mon. fin.



**294.** Parmi les dispositions de l'article 27 de la directive 2014/59/UE, la possibilité de prendre des décisions relatives à la composition des organes de direction fait l'objet de davantage de détails. Il semble qu'une invention graduée ait là aussi été mise en place, en fonction de la situation de la banque. Ainsi, l'article précité prévoit, dans son point d, que l'autorité de surveillance peut exiger qu'un ou plusieurs membres de l'organe de direction soient destitués ou remplacés si ces personnes sont jugées inaptes à exercer leurs fonctions en ne satisfaisant pas les conditions d'honorabilité, de connaissances, de compétences et d'expérience,<sup>694</sup> tel que prévu à l'article 13 de la directive 2013/36/UE<sup>695</sup>. Cette disposition est transposée à l'article L. 511-41-5, II, 3° du code monétaire et financier.

Au-delà de cette mesure, qui s'inscrit dans la suite directe de l'article L. 612-23-1 du code monétaire et financier, l'article 28 de la directive précitée dispose que lorsque la situation financière d'un établissement se « détériore de façon significative ou s'il se produit de sérieuses infractions [...] ou de graves irrégularités administratives » et que les actions proposées à l'article 27 ne sont pas suffisantes pour mettre à terme à cette détérioration, l'autorité compétente peut exiger la destitution, en bloc ou à titre individuel, des membres des organes de direction. Cette sanction peut être suivie de la nomination de nouveaux membres, ou de la désignation d'un administrateur temporaire. La véritable innovation de la directive 2014/59/UE quant à son intervention sur la gouvernance de la banque est la possibilité de nommer un tel administrateur dès le stade de l'intervention précoce, avant que les difficultés ne soient considérées comme graves. L'article 29 dispose qu'un administrateur peut être nommé par l'autorité de surveillance pour une période limitée dès lors que la solvabilité de la banque est compromise. Sa mission est de redresser la situation financière de l'établissement et de rétablir la gestion saine et prudente de ses activités. À cet égard, l'administrateur remplacera la direction de la banque et disposera de toutes ses prérogatives, sans toutefois pouvoir porter atteinte aux droits des actionnaires. Il s'agit de confier à un tiers la mission de gérer la banque en dépossédant totalement les

---

<sup>694</sup> V. *supra*, n° 277.

<sup>695</sup> Dir. 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 Dir. 2002/87/CE et abrogeant les Dir. 2006/48/CE et 2006/49/CE, *JOUE* n° 176 du 27 juin 2013.

dirigeants de leurs fonctions, cette mesure a donc un impact incitatif pour ces derniers s'ils veulent pouvoir conserver leurs prérogatives. Elle a, par ailleurs, pour objectif avoué « d'encourager le secteur privé à résoudre lui-même des problèmes qui, faute de solution, pourraient entraîner une défaillance »<sup>696</sup>. En droit français, les dispositions relatives aux administrateurs temporaires ont été transposées à l'article L. 612-34-1 du code monétaire et financier. Cependant, à l'article L. 612-34 du même code, il est également prévu la possibilité de nommer un « administrateur provisoire ». La distinction entre ceux deux acteurs n'est pas clairement définie. Il apparaît que ce dernier est nommé sans que ne soit considéré le critère de difficulté financière ou économique<sup>697</sup>, contrairement à l'administrateur temporaire ; toutefois, leurs différences quant à leurs fonctions, pouvoirs et modes d'action ne sont pas explicitées par la réglementation française. L'unique spécificité de l'administrateur provisoire est qu'il peut être désigné à la demande du dirigeant de la banque qui estime qu'il n'est plus en mesure d'assurer ses fonctions. Outre cela, ils semblent avoir des rôles similaires, à des moments distincts en fonction des difficultés rencontrées par une banque ; ce qui peut amener finalement à se demander si l'ajout de l'administrateur temporaire en droit français n'était pas une décision de pure opportunité afin d'assurer la bonne transposition de la directive sans avoir à moduler les dispositions déjà existantes concernant l'administrateur provisoire.

**295.** Les dispositions relatives à l'intervention précoce sont un exemple explicite des critiques qui peuvent être adressées à la directive 2014/59/UE. Outre les très nombreux pouvoirs octroyés à l'autorité de supervision qui ont pour conséquence son immixtion forte dans le fonctionnement de la banque, sans que des garanties ne soient apportées en contrepartie aux organes de direction, il faut souligner la confusion qu'il peut y avoir entre les différentes phases de remédiation prévues par ladite directive. Ainsi, la disposition relative à la destitution, en bloc ou à titre individuel, des membres

---

<sup>696</sup> Commission européenne, *Proposition de Dir. du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les Dir. 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les Dir. 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil*, 6 juin 2012, p. 12.

<sup>697</sup> L'article L. 612-34 du C. mon. fin. précise qu'un administrateur provisoire est désigné notamment lorsqu'un ou plusieurs dirigeants ont été suspendus par application de l'article L. 612-33, I, 12°.

des organes de direction est particulièrement éloquente : elle est située dans le titre III relatif à l'intervention précoce, alors pourtant qu'elle ne s'applique que lorsque la situation financière de la banque se « détériore de façon significative ». Le manque de définitions et de critères stricts de distinction fait que la frontière entre l'intervention précoce et la procédure de résolution peut s'avérer ténue. En effet, au regard des instruments de résolution prévus<sup>698</sup>, il serait expéditif de considérer que cette dernière ne concerne que les situations où une banque n'est définitivement plus viable et fera nécessairement l'objet d'une liquidation. Une large marge d'appréciation est là encore laissée aux autorités nationales de supervision, ce qui a pour conséquence d'affaiblir l'harmonisation européenne en la matière. Cette limite est d'autant plus difficile à déterminer qu'elle est différente pour chaque banque, voire même pour chaque risque. Les praticiens s'accordent ainsi sur le fait que « ces frontières vont dépendre de la situation macroéconomique et du type de la prochaine crise »<sup>699</sup>. Pourtant, la situation d'une banque entrant dans le champ des mécanismes préventifs et d'intervention précoce devrait pouvoir être clairement séparée de celle devant relever de la procédure de résolution des défaillances bancaires, en ne laissant qu'une marge d'interprétation mineure. En effet, si l'impact de cette distinction est actuellement plutôt théorique compte tenu des larges pouvoirs octroyés aux autorités nationales de supervision dès le stade de l'intervention précoce, des critères précis pour l'ouverture de chacune de ces procédures permettrait de faire peser des mécanismes répressifs dissuasifs sur les dirigeants des banques en situation de défaillance avérée.

---

<sup>698</sup> V. *infra*, n° 304 et s.

<sup>699</sup> FORTESA M.-H. et KUBRUSHKO A., *op. cit.*

## Titre II – Des réponses juridiques aux défaillances bancaires

296. Lorsque les outils d'anticipation ont échoué à alerter sur la situation d'une banque ou à sa stabilisation, la directive européenne 2014/59/UE prévoit des mécanismes de résolutions des défaillances bancaires. Ceux-ci ont pour objectif d'assurer la continuité des fonctions critiques de la banque<sup>700</sup>, d'éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, notamment en prévenant la contagion, de protéger les ressources de l'État par une réduction du recours aux aides financières publiques exceptionnelles et de protéger les déposants, ainsi que les fonds et actifs des clients<sup>701</sup>. Si elle ne constitue pas une des procédures collectives au sens du code de commerce, la procédure de résolution a, toutefois, des similitudes avec celles-ci, notamment quant à leur déclenchement<sup>702</sup>. Ainsi, il est probable qu'une banque soumise à une procédure de résolution puisse également demander l'ouverture d'une sauvegarde, voire d'un redressement judiciaire. Outre cette ressemblance dans le déclenchement, les mécanismes de la procédure de résolution sont très spécifiques aux banques et visent, clairement, à limiter les effets néfastes d'une nouvelle crise par le biais d'outils innovants et d'une coopération forte entre les États membres, dont l'importance est primordiale dans le cadre de la défaillance d'une banque transfrontalière (CHAPITRE 1). Au-delà de la gestion de la banque défaillante, il ne faut pas négliger l'aspect préventif que peuvent avoir des dispositions répressives à l'encontre des dirigeants. La crainte d'une condamnation est, en soit, un mécanisme dissuasif, incitant à une gestion saine et prudente pour éviter une situation de défaillance bancaire (CHAPITRE 2).

---

<sup>700</sup> V. *supra*, n° 259.

<sup>701</sup> Art. 31 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>702</sup> V. *infra*, n° 301.



# Chapitre 1 – Le traitement des défaillances bancaires

**297.** La maîtrise du risque bancaire systémique, et corrélativement de l'aléa moral, implique la mise en place de mécanismes de traitement des défaillances bancaires. En effet, l'existence de l'aléa moral relève de l'impossibilité, en pratique, de laisser les banques systémiques faire faillite, compte tenu du risque d'effondrement de l'économie que cela entraînerait. Si la situation de l'établissement est viable, des mécanismes de prévention des difficultés<sup>703</sup>, voire même de rétablissement de sa stabilité en cas de légères difficultés<sup>704</sup> doivent être mis en place. Cependant, pour une réglementation complète et efficace, il faut aussi considérer le cas où l'état financier de la banque serait définitivement altéré. Dans une telle situation, l'aléa moral semble difficile à éviter sans la création d'un droit des procédures collectives spécifique aux banques.

**298.** En matière bancaire, le droit positif français prévoit l'application du droit commun des procédures collectives, tempéré par quelques dispositions dérogatoires. Elles sont contenues dans les articles L. 613-24 et suivants du code monétaire et financier. La principale exception est posée par l'article L. 613-26 dudit code, qui concerne l'état de cessation des paiements. En principe, cet état est caractérisé lorsque le passif exigible devient supérieur à l'actif disponible, conformément à l'article L. 631-1 du code de commerce. Toutefois, cette définition ne convient pas aux spécificités des activités du banquier : elle constituerait, en effet, un frein à la capacité de prêt des banques puisque les montants octroyés en emprunt viennent mécaniquement diminuer l'actif disponible. Ainsi, la cessation des paiements des établissements de crédit, prévue à l'article L. 613-26 du code monétaire et financier, repose sur des critères distincts de ceux prévus dans le code de commerce : elle est constatée dès lors que l'établissement n'est pas en mesure d'assurer ses paiements,

---

<sup>703</sup> V. *supra*, n° 238 et s.

<sup>704</sup> V. *supra*, n° 264 et s.

immédiatement ou à terme rapproché. Concrètement, il s'agit de la capacité à rembourser les dépôts à vue et les épargnes à très court terme. Cette notion peut être rapprochée de l'exigence du ratio de liquidité mise en place par le Comité de Bâle<sup>705</sup>, puisque le non-respect de celui-ci signifie que la banque n'est pas en mesure d'assurer le règlement du passif exigible dans les trente jours avec les actifs liquides qu'elle détient.

Compte tenu des spécificités de la réglementation bancaire, il est également prévu, à l'article L. 613-27 du code monétaire et financier, que l'ouverture de la procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire par le tribunal ne peut être faite qu'après avis préalable et conforme de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Il faut également noter que la mission de l'administrateur provisoire nommé par l'Autorité le cas échéant<sup>706</sup> ne cesse pas de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ainsi, le législateur a dû prévoir une répartition des compétences entre celui-ci et l'administrateur judiciaire désigné par le tribunal conformément au droit commun. Par application de l'article L. 613-28 du code monétaire et financier, le premier conserve l'ensemble de ses pouvoirs et de sa capacité d'action ; le second ne pouvant être chargé que de la surveillance des opérations de gestion effectuées par l'autre. Le législateur a donc choisi l'administrateur provisoire pour accompagner la banque défaillante dans le rétablissement de sa viabilité. Cette préférence est logique puisqu'il paraît évident que l'administrateur provisoire qui a été nommé avant même l'ouverture de la procédure collective dispose d'une meilleure connaissance de la banque que l'administrateur judiciaire, et qu'il a éventuellement commencé à mettre en place des mesures de remédiations. Toutefois, il est essentiel de conserver un contrôle judiciaire de la procédure pour garantir les droits des créanciers, face à l'action de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui a pour but de rétablir la situation de la banque. Ainsi, cette double administration permet d'équilibrer les objectifs : permettre de mettre en œuvre toutes les mesures utiles pour rétablir la viabilité de la banque, sans pour autant porter atteinte aux droits des créanciers.

---

<sup>705</sup> V. *supra*, n° 222 et s.

<sup>706</sup> V. *supra*, n° 294.

De manière similaire, en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, l'Autorité de contrôle prudentiel nomme un liquidateur en plus de celui désigné par le tribunal<sup>707</sup>. Toutefois, la motivation d'une telle mesure est différente puisque, dans le cadre de cette procédure, la viabilité de la banque ne pourra plus être rétablie. Il convient donc uniquement d'utiliser les actifs de celle-ci pour apurer son passif. Cependant, la typologie des créanciers d'une banque est différente de celle des autres entreprises car elle comprend les déposants, dont la spécificité de leur créance fait qu'il ne serait pas envisageable de les traiter comme n'importe quel autre créancier chirographaire<sup>708</sup> sans risquer une grave crise économique et sociale<sup>709</sup>. Ainsi, le liquidateur nommé par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution apparaît comme un soutien à celui désigné par le tribunal de commerce, pour tenir compte des particularités des banques. À cela vient s'ajouter une autre spécificité dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire : il est désormais prévu à l'article L. 613-49-2 du code monétaire et financier qu'elle ne peut être ouverte à l'égard d'une personne soumise à la procédure de résolution instituée par la directive 2014/59/UE qu'à l'initiative du collège de résolution. Cette dernière disposition est un exemple éloquent de la volonté du législateur français comme européen de mettre au premier plan la procédure administrative de résolution<sup>710</sup> face au traitement judiciaire classique des défaillances.

**299.** Ces dispositions dérogatoires ont davantage pour objectif de prendre en considération les caractéristiques des banques dans ce cadre purement judiciaire, que de créer un droit spécial des procédures collectives permettant de gérer la défaillance sévère d'une banque, voire même de la liquider au terme d'une répartition de ses activités essentielles auprès d'autres entités. Pourtant, comme l'a démontrée la liquidation de la banque Lehman Brothers – qui ne détenait pas de dépôts reçus du public mais dont la forte interconnexion avec d'autres banques, notamment

---

<sup>707</sup> Art. L. 613-29 du C. mon. fin.

<sup>708</sup> L'art. L. 613-30-3 du C. mon. fin. dispose que les créanciers titulaires de dépôts concourent à la répartition des actifs de la liquidation judiciaire avant tout autre créancier chirographaire pour la partie relative à leurs dépôts.

<sup>709</sup> V. *supra*, n° 11 et s.

<sup>710</sup> V. *infra*, n° 304 et s.



universelles, a eu un effet de défaillances en cascade –, il n'est pas envisageable d'utiliser le droit commun des procédures collectives pour une banque d'ampleur systémique, sans risquer de faire périr toute l'économie d'un ou plusieurs pays. La mise en place d'un droit spécial des procédures collectives en France est donc apparue comme essentielle à la suite de la crise, pour restreindre l'aléa moral tout en limitant le bouleversement de la faillite d'une banque sur l'économie réelle. Il est à noter que certains États membres de l'Union européenne étaient déjà dotés – avant l'entrée en vigueur de la directive 2014/59/UE – d'un régime particulier relatif à la liquidation des banques, notamment l'Allemagne et le Danemark<sup>711</sup>.

**300.** Les législateurs français et européen ont tous deux envisagé la création de ce droit spécial des procédures collectives dès les premières ébauches de leurs projets de réglementation qui ont donné lieu à la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>712</sup> et la directive européenne n° 2014/59/UE. Les objectifs de cette nouvelle procédure de résolution sont multiples, ils concernent aussi bien la limitation de l'impact que peut avoir la défaillance d'une banque sur le système financier, que la préservation des dépôts :

- « a) assurer la continuité des fonctions critiques<sup>713</sup> [de la banque] ;
- b) éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, notamment en prévenant la contagion, y compris aux infrastructures de marché, et en maintenant la discipline de marché ;
- c) protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles ;
- d) protéger les déposants couverts par la directive 2014/49/UE ainsi que les investisseurs couverts par la directive 97/9/CE ;

---

<sup>711</sup> LÉBOUCHER S., « Résolution des crises bancaires : trouver la bonne équation », *Revue banque*, nov. 2012, n° 753, p. 22 et s.

<sup>712</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF n° 0173 du 27 juill. 2013*.

<sup>713</sup> V. *supra*, n° 259.

e) protéger les fonds et les actifs des clients. »<sup>714</sup>

Il est précisé par la directive que les objectifs précités sont d'importance égale et que les mesures mises en place doivent en principe permettre un juste équilibre entre eux<sup>715</sup>. Il est à noter qu'il n'est pas nécessaire d'avoir mis en œuvre des mesures d'intervention précoce pour pouvoir déclencher une procédure de résolution<sup>716</sup>.

**301.** Lors de l'élaboration de la proposition de directive, la Commission européenne a précisé que les mécanismes de ce droit spécial peuvent être déclenchés dès lors que l'établissement est « insolvable ou se trouve dans une situation tellement proche de l'insolvabilité qu'il sera insolvable dans un prochain avenir si aucune mesure n'est prise »<sup>717</sup>. L'article 32 de la directive précise que la défaillance doit être « avérée ou prévisible », sans qu'aucune autre solution de nature privée ne puisse permettre de redresser la banque dans un délai raisonnable. Il est également précisé que la mise en œuvre d'une telle procédure doit être nécessaire à l'intérêt public<sup>718</sup>. Les dispositions précitées de la directive 2014/59/UE ont été transposées à l'article L. 613-49, II du code monétaire et financier<sup>719</sup>.

La défaillance d'une banque est définie comme étant prévisible ou avérée par l'article 32, 4 de la directive et l'article L. 613-48, II du code précité lorsqu'une des conditions suivantes est remplie ou qu'il existe des éléments objectifs attestant qu'elle sera remplie dans un proche avenir :

---

<sup>714</sup> Art. 31 de la Dir. 2014/59/UE, transposé à l'art. L. 613-50 du C. mon. fin, *op. cit.*

<sup>715</sup> *Idem.*

<sup>716</sup> Art. 32 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>717</sup> Commission européenne, Proposition de Dir. du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les Dir. 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les Dir. 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2012, p. 12.

<sup>718</sup> Art. 32, 1, c. de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>719</sup> Il faut noter que le critère d'intérêt public n'est pas repris expressément en droit français. Cependant celui-ci est défini dans la Dir. 2014/59/UE par référence aux objectifs de résolution listés dans son art. 32. Or, ces derniers font partie des conditions d'application des mesures de résolution exposées dans l'art. L. 613-49, II, 3° du C. mon. fin., par renvoi à l'art. L. 613-50 dudit code.

- La banque ne respecte plus les conditions de son agrément – notamment les critères mis en place par le Comité de Bâle<sup>720</sup> ;
- Elle n'est pas en mesure de s'acquitter de ses dettes ou de ses autres engagements à l'échéance ;
- Un soutien public exceptionnel est requis des pouvoirs publics, à l'exception des cas où celui-ci est apporté pour éviter ou remédier à une perturbation grave de l'économie et préserver la stabilité financière<sup>721</sup> ;
- La valeur de ses actifs est inférieure à celle de ses passifs.

Il est important de souligner que la procédure de résolution peut être engagée dès lors qu'il existe des éléments objectifs permettant raisonnablement de penser que la situation de la banque va se dégrader dans un proche avenir. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre que l'état soit irrémédiable, ce qui, de ce fait, laisse une chance à la banque de pouvoir se redresser. Ainsi, il serait trop catégorique d'estimer qu'une banque entrant dans le cadre d'une procédure de résolution doit systématiquement être considérée comme étant dans un statut équivalent à celui d'une liquidation judiciaire. Si un comparatif avec les procédures collectives du droit français devait être réalisé, il serait plus juste d'examiner les mesures de résolutions comme étant suffisamment agiles pour pouvoir répondre à une situation aussi bien de redressement que de liquidation judiciaire. Face à ce constat, l'importance des pouvoirs de l'autorité de surveillance dans le cadre de l'intervention précoce<sup>722</sup> est d'autant plus étonnante puisque la procédure de résolution aurait pu englober les mesures les plus coercitives de celle-ci. Finalement, le champ d'application de ces deux procédures semble se chevaucher, rendant ambiguë leur séparation et leurs rôles respectifs. Ainsi, il ne peut être exclu que, pour une même situation, un État membre puisse estimer qu'une procédure de résolution doit être déclenchée alors qu'un autre considérera que des mesures d'intervention précoce seront suffisantes. Cette absence de clarté pourrait

---

<sup>720</sup> V. *supra*, n° 187 et s.

<sup>721</sup> Cette exception détaillée à l'art. L. 613-48, III du C. mon. fin. est en lien direct avec les soutiens financiers d'État qui ont été apportés à une grande partie des banques lors de la crise de 2007. Il serait en effet trop catégorique d'estimer que toutes les banques qui ont reçu un soutien financier des pouvoirs publics doivent être traitées comme défailtantes alors même que, dans un contexte de crise, certaines banques ne nécessitent cette aide que pour pouvoir obtenir à des emprunts ou liquidités auxquelles elles auraient eu accès dans une situation de fonctionnement normal des marchés.

<sup>722</sup> V. *supra*, n° 264 et s.

amener à des disparités de traitement dans le cas de la défaillance d'un groupe bancaire multinational, établi dans plusieurs États membres de l'Union européenne.

**302.** En France, l'évaluation des critères de déclenchement de la procédure prévue aux articles L. 613-49 et suivants du code monétaire et financier, repose sur le collège de résolution. Cette vérification peut être initiée à la demande du gouverneur de la Banque de France, du directeur général du Trésor (ou leurs représentants), de la Banque centrale européenne ou même des organes de direction de l'entité légale concernée. Dans ce dernier cas, la saisine du collège de résolution ne relève plus d'une simple possibilité mais d'une obligation qui doit être réalisée sans délai lorsque « ils considèrent que la défaillance de la personne [...] est avérée ou prévisible »<sup>723</sup>. Aucune autre personne physique ou morale ne peut saisir le collège de résolution pour déclencher la procédure précitée. De plus, quand la situation de l'établissement est examinée au regard du critère du soutien financier exceptionnel des pouvoirs publics, seul le directeur général du Trésor est compétent pour effectuer cette saisine. Il s'agit d'une restriction considérable quant à l'effectivité de la procédure puisque son déclenchement relève de l'appréciation de quelques personnes uniquement. Il est dommage que cette possibilité de saisine n'ait pas été étendue largement puisque le filtre du collège de résolution semble dans tous les cas suffisant pour limiter le risque de mise en œuvre abusive d'une telle procédure.

**303.** Dans le cadre de la procédure de résolution, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>724</sup>, ainsi que la directive 2014/59/UE établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances des banques ont élaboré de nouveaux mécanismes de résolution des défaillances bancaires, dont certains sont très innovants. Mais plus encore que la réalisation d'une procédure au niveau national (SECTION 1), la directive européenne a établi une coopération européenne en matière de traitement des défaillances bancaires (SECTION 2).

---

<sup>723</sup> Art. L. 613-49, I, §2 du C. mon. fin.

<sup>724</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.

## Section 1 – Une procédure nationale de résolution des défaillances bancaires

**304.** Les réglementations française et européenne adoptées à la suite de la crise de 2007 visent à établir une procédure de résolution des défaillances bancaires au niveau national. Elles prévoient que, dans l'hypothèse où les conditions de son déclenchement seraient remplies, l'autorité de résolution peut mettre en œuvre des mécanismes de résolution. Ceux-ci s'appliquent en principe séparément ou simultanément, selon le choix et les besoins du collègue<sup>725</sup>. Par ailleurs, ce dernier ne peut se voir opposer aucune disposition ou stipulation qui aurait pour effet de faire obstacle aux mesures de résolution, particulièrement il est dispensé d'obtenir de quelconques autorisations d'autorités publiques ou de personnes privées pour leur mise en œuvre, incluant l'éventuel accord des dirigeants ou détenteurs de titres de capital. En revanche, conformément à l'article L. 613-50-1 du code monétaire et financier, les mesures prises doivent être compatibles avec l'encadrement des aides d'État établi par l'Union européenne<sup>726</sup>. Il est à noter que, si l'adoption de mesures de résolution peut être contestée en justice, l'article L. 613-58-1 du code monétaire et financier vient considérablement limiter la portée d'un tel recours<sup>727</sup> puisque l'annulation desdites mesures n'aura pas d'impact sur la validité des actes pris pour son application lorsque leur remise en cause serait de nature à porter atteinte aux intérêts de tiers. Or, il est aisé de prouver que la défaillance d'une banque remplit ce critère, particulièrement lorsqu'elle est systémique puisque le risque de défaillance en cascade est avéré.

**305.** Lorsque l'ouverture de la procédure prévue aux articles L. 613-49 et suivants du code monétaire et financier est décidée, l'autorité de résolution se substitue aux mandataires sociaux dans la gestion de la banque. Elle agit dans l'intérêt du système économique et des contribuables en déterminant les activités qui doivent être

---

<sup>725</sup> Art. 37, 4 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, et art. L. 613-50-5, I du C. mon. fin.

<sup>726</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 9 mai 2008, *JOUE n° C 326 du 26 oct. 2012*, art. 107 1.

<sup>727</sup> BONNEAU Th., *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd., Ed. Domat droit privé, 2017, p. 281.

sauvegardées et maintenues pour éviter une crise d'ampleur systémique<sup>728</sup>. Une fois distinguées les activités utiles à l'économie des activités non vitales, à l'aide notamment des plans de rétablissement<sup>729</sup> et des plans de résolution<sup>730</sup>, l'autorité de pourra prendre des mesures spécifiques, dont la majorité s'inspire d'instruments utilisés dans d'autres procédures (§1), bien que le mécanisme de renflouement interne mis en place à l'occasion des règlementations post-crise soit totalement innovant (§2).

### ***§1. Des mécanismes classiques de résolution des défaillances***

**306.** Dans le cadre d'une procédure de résolution des défaillances bancaires, les législateurs français et européen ont prévu que l'autorité de résolution est habilitée à prendre le contrôle de l'établissement défaillant en usant des pouvoirs des dirigeants et actionnaires à leur place. L'objectif semble être de supprimer tous les maillons intermédiaires qui pourraient ralentir la prise de certaines décisions, dans un moment où la rapidité d'intervention est cruciale pour tenter d'endiguer la dégradation de la situation financière et économique, voire de la redresser. Elle pourra ainsi réaliser diverses opérations de gestion de la banque, de ses actifs et de son capital social sans consentement préalable des organes de direction et actionnaires (A), et user des pouvoirs habituellement dévolus aux dirigeants sociaux (B), comme pourrait le faire un administrateur judiciaire dans le cadre d'une procédure collective.

#### **A. Des mécanismes relevant de la gestion des actifs de la banque**

**307.** La gestion des actifs d'un établissement de crédit est particulièrement importante compte tenu des activités vitales à l'économie qui sont confiées au banquier. Il convient, en cas de défaillance, de mettre à l'écart les activités de banque de dépôt de l'établissement afin de les préserver de l'éventuelle liquidation judiciaire. Ce constat s'inscrit dans la suite logique de la séparation structurelle des activités bancaires. À cet égard, la directive, ainsi que la loi française ont prévu des pouvoirs

---

<sup>728</sup> FORTESA M.-H. et KUBRUSHKO A., *op. cit.*

<sup>729</sup> V. *supra*, n° 239 et s.

<sup>730</sup> V. *supra*, n° 258 et s.

étendus et cumulatifs permettant à l'autorité de résolution de séparer les branches d'activité pour gérer au mieux la défaillance de la banque et assurer la viabilité et le maintien des fonctions critiques<sup>731</sup>. Ainsi, la directive 2014/59/UE établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit dispose, dans ses articles 37 et suivants, de trois mécanismes classiques ayant trait à la gestion des actifs de la banque qui ont pour objectif soit d'isoler les services bancaires utiles à l'économie réelle, soit, au contraire, d'écarter les actifs toxiques et les activités risquées.

**308.** Deux d'entre eux sont relativement similaires dans leur mode de fonctionnement, il s'agit de la cession des activités de l'établissement prévue aux articles 38 et 39 de la directive et du recours à un établissement-relais par application des articles 40 et 41 de ladite directive. Ces deux instruments de résolution offrent à l'autorité de résolution la possibilité de céder tout ou partie de la banque, sans le consentement des actionnaires, ni des organes de direction. Ils sont prévus respectivement aux articles L. 613-52 et suivants et L. 613-53 et suivants du code monétaire et financier. La cession peut concerner tous types de biens, droits ou obligations détenus par la banque ainsi que leurs accessoires et sûretés réelles ou personnelles qui les garantissent<sup>732</sup>. Le transfert peut également porter sur une branche d'activité entière<sup>733</sup>. Une telle flexibilité permet à l'autorité de résolution de décider soit de redresser la situation économique d'une banque qui peut encore être viable, en cédant ses activités risquées, soit de mettre à l'écart les activités de la banque qui sont essentielles à l'économie d'une éventuelle liquidation judiciaire.

Au-delà de ces actifs appartenant à l'entité juridique qui est soumise à la procédure de résolution, les législateurs français et européen sont allés plus loin en prévoyant également la possibilité pour l'autorité de résolution de céder de façon autoritaire les titres de capital et autres titres de propriété de la banque détenus par ses

---

<sup>731</sup> V. *supra*, n° 259.

<sup>732</sup> Art. L. 613-52, § 1 et 2 et art. L. 613-53, I du C. mon. fin.

<sup>733</sup> La possibilité de céder une branche entière d'activité n'est pas explicitement prévue dans les dispositions relatives à l'établissement-relais. Toutefois, en pratique rien ne s'oppose à un tel transfert.

actionnaires<sup>734</sup>. Il s'agit là d'une dépossession qui est faite sans l'accord, ni même la simple consultation des actionnaires. Ce transfert d'office se fait à des tiers, permettant à l'autorité de résolution de céder l'établissement ou ses activités à des conditions normales de marché<sup>735</sup>. Il est expressément indiqué qu'il n'est subordonné à aucune exigence de procédure<sup>736</sup> malgré le caractère autoritaire de la décision qui vient agir comme une expropriation. Les textes législatifs précisent toutefois que la cession ne peut se faire qu'avec l'accord préalable de l'acquéreur ou de l'établissement-relais<sup>737</sup>, bien que cela relève de l'évidence. Il est également indiqué que les contrats afférents aux activités cédées se poursuivent, nonobstant toute stipulation contraire, sans qu'aucune résiliation ni compensation ne puisse intervenir du seul fait de cette cession. Les pouvoirs de l'autorité de résolution viennent donc, tout comme le droit des procédures collectives, outrepasser les accords contractuels passés avec la banque.

**309.** Le législateur français semble être allé jusqu'au bout de la démarche d'omnipotence accordée à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution puisque, de façon étonnante, il lui octroie la possibilité de contourner les obligations d'agrément prévues par le code monétaire et financier. Ainsi, lorsqu'une telle procédure est prévue, que ce soit par application des articles L. 511-10, L. 511-12-1 ou L. 531-6 du code précité, le collège de résolution en informe sans délai le collège de supervision qui doit se prononcer « dans des délais qui ne compromettent pas la mise en œuvre de la mesure de résolution »<sup>738</sup>. Si ce dernier n'a pas rendu sa décision à la date du transfert fixée, le collège de résolution peut dans certains cas procéder tout de même à la cession, malgré l'absence d'agrément. De manière similaire, l'établissement-relais peut également être « dispensé » de l'agrément obligatoire pendant une période limitée « dont [le collège de supervision] fixe la durée<sup>739</sup> ». Si cette mesure dérogatoire pourrait être comprise pour l'établissement-relais qui a pour objectif de ne détenir les

---

<sup>734</sup> *Idem.*

<sup>735</sup> Art. 38, 2 et 3 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>736</sup> Art. L. 613-52-2, II du C. mon. fin.

<sup>737</sup> Art. L. 613-52, § 1 et art. L. 613-53, I du C. mon. fin.

<sup>738</sup> Art. L. 613-52-2, III du C. mon. fin.

<sup>739</sup> Art. L. 613-53-1, II, §2 du C. mon. fin.



biens, droits ou obligations de la banque que de façon provisoire, d'une part, et qui est entièrement ou partiellement détenu par une ou plusieurs personnes publiques, d'autre part<sup>740</sup>, elle étonne nécessairement lorsqu'elle est appliquée à une personne de droit privée, quelle qu'elle soit, sur laquelle l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution n'a aucun contrôle. Cela d'autant plus que la rétrocession de tout élément cédé à son propriétaire initial ne peut se faire qu'avec l'accord de l'acquéreur<sup>741</sup>. Il faut souligner que l'Autorité a également le pouvoir de procéder aux transferts sans tenir compte des dispositions de l'article L. 613-50-6, I du code monétaire et financier lorsque « leur mise en œuvre est de nature à compromettre la réalisation des objectifs de la résolution »<sup>742</sup>. Cet article fixe l'obligation pour le transfert d'actifs et de titres de capital dans le cadre d'une résolution d'avoir une procédure « ouverte, transparente et non discriminatoire ». Face à ces notions indispensables en droit français, les critères pour appliquer la dérogation apparaissent comme flous et vastes. Nous ne pouvons ainsi que constater une nouvelle fois les pouvoirs extrêmement larges qui ont été accordés à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui donnent un sentiment en demi-teinte : d'une part, ces prérogatives permettent à l'Autorité d'avoir un véritable pouvoir d'action qui peut lui permettre de redresser la situation d'une banque ou, à défaut, d'éviter les défaillances en cascade ; d'autre part, l'importance de garantir l'indépendance totale de ces membres et leur diversité est considérable à la vue des pouvoirs qui leur sont confiés. Ainsi, il résulte des dispositions relatives à la cession des activités et à l'établissement-relais que l'acquéreur fait l'objet d'une protection particulière de la part de l'autorité de résolution, qui lui accorde d'une certaine manière des dispenses d'agrément temporaires. Face à cela, les droits des actionnaires et des cocontractants de la banque s'avèrent complètement écartés pour laisser la latitude nécessaire pour mettre en place les mesures permettant de réaliser les objectifs de la résolution<sup>743</sup>.

---

<sup>740</sup> Art. L. 613-53, I et III du C. mon. fin.

<sup>741</sup> Art. L. 613-52-1 du C. mon. fin.

<sup>742</sup> Art. L. 613-52-2, I du C. mon. fin.

<sup>743</sup> Considérant 45 de la Dir. 2014/59/UE : « Les objectifs de la résolution devraient donc être de garantir la continuité des fonctions critiques, d'éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, de protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours des établissements défaillants aux soutiens financiers publics exceptionnels et de protéger les déposants couverts, les investisseurs ainsi que les fonds et actifs des clients. »

**310.** Il convient de s'arrêter sur les spécificités de l'établissement-relais, auquel le l'autorité de résolution doit avoir recours principalement dans l'hypothèse où les conditions de marché n'offrent pas une cession à un prix suffisant pour permettre de céder les actifs et titres à une valorisation convenable. Cette création de la directive 2014/59/UE permet aux autorités de résolution de transférer tout ou partie des activités de la banque à une entité, dirigée par l'autorité de résolution, sous contrôle public ou partiellement public<sup>744</sup>. Celle-ci est créée pour les besoins de la procédure de résolution de la banque et fonctionne comme une société commerciale<sup>745</sup>. Elle est donc soumise à la législation sur les aides d'État. De même, elle doit en principe être agréée par l'autorité de supervision nationale conformément à la directive sur les fonds propres<sup>746</sup>, à l'exception des dérogations précitées. Cet instrument doit cependant être temporaire<sup>747</sup>, l'objectif étant de céder les activités concernées au secteur privé dès que les conditions de marché s'y prêtent. Compte tenu des spécificités de l'établissement-relais, qui n'a pour objectif que d'être un détenteur temporaire, le collège de résolution doit veiller à ce que la valeur totale des passifs et engagements transférés ne soit pas supérieure à la valeur totale des actifs et droits transférés<sup>748</sup>. En effet, il ne s'agit pas là d'une acquisition par une société déjà existante mais par un établissement qui n'a été créé que pour les besoins de la mise à l'écart de certains actifs ou passifs, hors de la banque en défaillance. Ainsi, un transfert déséquilibré au bénéfice du passif pourrait entraîner immédiatement un état de cessation des paiements.

**311.** Les deux premiers instruments peuvent fonctionner en synergie avec le troisième prévu par la directive 2014/59/UE : la séparation des actifs par le biais d'une structure de gestion. Dans tous les cas, conformément à l'article 37, 5 de ladite directive, ce dernier ne peut pas être mis en œuvre seul, sans le recours à l'un des deux autres ou au renflouement interne<sup>749</sup>. Toute comme l'établissement-relais, la structure

---

<sup>744</sup> Art. L. 613-53, III du C. mon. fin.

<sup>745</sup> Art. 40, 2 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, et art. L. 613-53-1 du C. mon. fin.

<sup>746</sup> Dir. 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOUE n° L 177 du 30 juin 2006*.

<sup>747</sup> Art. L. 613-53, I du C. mon. fin.

<sup>748</sup> Art. 40, 3 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, et art. L. 613-53, IV du C. mon. fin.

<sup>749</sup> V. *infra*, n° 318 et s.

de gestion est une personne morale créée pour les besoins du transfert de certains actifs ou passifs d'une banque défaillante vers une entité juridique distincte<sup>750</sup>. Celle-ci est entièrement ou partiellement détenue par des autorités publiques et est contrôlée par l'autorité de résolution. La structure de gestion d'actifs est chargée de recevoir, à titre provisoire, tout ou partie des biens, droits et obligations de la banque défaillante en vue de leur cession à terme. L'objectif est de maximiser leur valeur « par le biais d'une vente ou d'une liquidation ordonnée »<sup>751</sup>. La cession entre la banque et la structure s'opère de plein droit et sans formalité, sur décision de l'autorité de résolution. Comme pour les autres instruments, la cession des actifs à la structure de gestion n'a pas à être soumise à l'approbation des actionnaires ou de l'organe de direction de la banque. De même, les contrats transférés ne peuvent être résiliés ou donner lieu à une compensation du seul fait de ce transfert. La différence avec l'établissement-relais se situe essentiellement au regard de l'objectif précité. Ce dernier a pour but d'agir comme un réceptacle de certains actifs et passifs afin d'être un outil permettant de séparer les activités essentielles à l'économie – incluant l'actif et le passif qui leur sont liés – des autres, notamment des spéculatives. En parallèle, la structure de gestion des actifs a été créée pour recevoir les actifs dépréciés ou toxiques, en assurer la gestion puis, à terme, l'assainissement<sup>752</sup>. Elle est donc destinée à recevoir notamment certains biens provenant de l'établissement-relais qui seraient trop risqués pour rester en sa possession. Il est à noter que même si ces actifs sont dépréciés, ils sont destinés à être cédés à leur valeur de marché, ou à leur valeur économique à long terme afin que les éventuelles dépréciations futures soient prises en compte dans le prix de cession. Le but n'est pas de conserver l'actif ni de le surévaluer mais de tenter d'en récupérer le meilleur prix disponible selon le marché, d'une part, et de l'isoler du reste du patrimoine de la banque, d'autre part. Ainsi, cet instrument vient compléter efficacement les deux autres qui consistent à préserver les actifs viables de la banque en les transférant à d'autres structures.

---

<sup>750</sup> Art. 42, 2 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>751</sup> Art. 42, 3 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>752</sup> Commission européenne, Proposition de Dir. du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les Dir. 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les Dir. 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2012, p. 14.

**312.** Le Fonds de garantie des dépôts et de résolution joue un rôle important permettant de garantir l'effectivité des mesures précitées de gestion des actifs de la banque, dont dispose le code monétaire et financier. Il est destiné à être un soutien pour le bon fonctionnement de l'établissement-relais et de la structure de gestion d'actifs. Ainsi, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut demander au Fonds de reprendre ou de poursuivre les activités cédées ou transférées dans le cadre des mécanismes de transfert d'office et de recours à un établissement-relais<sup>753</sup>. Il aura la possibilité d'acquérir tout ou partie des actions ou parts sociales de la banque défaillante et de consentir des financements à celle-ci, à l'établissement-relais ou à la structure de gestion des actifs<sup>754</sup>. Par ailleurs, le Fonds pourra soutenir ces deux derniers en souscrivant à leur capital<sup>755</sup>.

Ce rôle qui lui est attribué est très critiquable puisque, même s'il est une personne morale de droit privé<sup>756</sup>, il constitue une sécurité pour les déposants. Or, de telles mesures le soumettent au risque de ne pas obtenir le remboursement de son apport, qu'il soit en capital ou en financement immédiat, en cas de liquidation judiciaire de la banque, qui n'est pas un scénario hypothétique à ce stade. Il y a donc un fort risque de pertes. Cependant, le collège de résolution ne peut pas le contraindre à s'exposer puisqu'il s'agit de simples possibilités d'actions pour le Fonds ; il peut aussi choisir de ne pas apporter son concours par la souscription au capital de la banque. En conséquence, de telles dispositions apparaissent comme étant soit peu utiles, soit dangereuses pour la garantie des déposants, sans pour autant constituer un apport essentiel pour le bon fonctionnement des instruments de résolution.

**313.** Les trois mécanismes de gestion des actifs d'une banque en difficulté s'inscrivent dans la suite logique du cantonnement des activités bancaires entre celles à sauvegarder, car étant utiles à l'économie réelle, celles relatives à des actifs toxiques et dépréciés et les autres. À cette action de répartition des actifs, la directive

---

<sup>753</sup> Art. L. 312-5, III, §2 du C. mon. fin.

<sup>754</sup> Art. L. 312-5, IV, 1° et 4° du C. mon. fin.

<sup>755</sup> Art. L. 312-5, IV, 2° du C. mon. fin.

<sup>756</sup> V. *supra*, n° 67.

européenne et la loi de séparation et de régulation des activités bancaires sont venues ajouter des dispositions de gestion de l'activité même de la banque.

## **B. Des mécanismes relevant des pouvoirs de direction**

**314.** Par application de la possibilité offerte par le Parlement européen et le Conseil de l'Union à l'article 37, 9 de la directive 2014/59/UE, le législateur français a intégré d'autres instruments de résolution qui n'ont pas été prévus par ladite directive mais qui viennent s'ajouter au spectre des pouvoirs, déjà large, de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Ces dispositions concernent principalement la gestion courante de la banque et, à ce titre, doivent en principe relever des pouvoirs des organes de direction. Toutefois, un certain nombre de ces mesures intégrées dans les réglementations post-crise étaient déjà présentes dans d'autres articles du code monétaire et financier. Ainsi, l'article L. 613-56 dispose que le collège de résolution a la possibilité de limiter ou interdire la distribution d'un dividende aux actionnaires ou d'une rémunération des parts sociales. Si une telle disposition est, en théorie, nécessaire, elle ne l'est pas en pratique puisque ce pouvoir était déjà possédé par l'Autorité, au titre de l'article L. 612-33 9° du code monétaire et financier avant l'entrée en vigueur de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires et de la directive européenne 2014/59/UE. L'inutilité d'une telle mesure est d'autant plus marquante que l'article précité s'applique lorsque la solvabilité, la liquidité ou l'intérêt des clients de la banque est compromis ou susceptible de l'être. En revanche, certaines dispositions introduites au titre des « autres mesures de résolution »<sup>757</sup> constituent des innovations au regard des pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. C'est le cas notamment de la possibilité pour le collège de résolution d'imposer à la banque défaillante d'émettre de nouvelles actions ou parts sociales, ou encore d'autres instruments de fonds propres comme les instruments convertibles<sup>758</sup>. Également, l'article L. 613-56-1 du code monétaire et financier octroie à ce dernier le pouvoir d'annuler des instruments de dette et autres engagements éligibles qui auraient

---

<sup>757</sup> Sous-paragraphe 7 de la sous-section 10 de la section 4 du chapitre III du Titre Ier du Livre VI du C. mon. fin.

<sup>758</sup> Art. L. 613-56 du C. mon. fin.

été émis par la banque. Ces mesures peuvent avoir des conséquences importantes puisqu'elles permettent non seulement d'augmenter les fonds propres de la banque, mais aussi de diluer les actionnaires qui pourraient vouloir entraver la procédure de résolution.

**315.** Outre ces diverses mesures permettant d'améliorer les liquidités de la banque défaillante, les législateurs français et européen ont poursuivi leurs travaux relatifs à la nécessité de contrôler la gouvernance de la banque pour mieux la redresser tout en respectant les objectifs de la procédure de résolution<sup>759</sup>. Ainsi, les articles L. 613-51 et suivants du code monétaire et financier disposent d'un certain nombre de mesures permettant au collège de résolution de remplacer les organes de direction. Celles-ci sont similaires à celles prévues pour la période de l'intervention précoce, notamment par l'article L. 511-41-5 même code. Dans ce cadre, l'article L. 613-51-2 dispose que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut révoquer et changer « les membres du directoire, de la direction générale ou toute autre personne qui assure la direction effective de l'activité [...], ainsi que les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de tout autre organe exerçant des fonctions équivalentes ».

Outre ce pouvoir de révocation, le collège de résolution peut également nommer des administrateurs spéciaux, qui rappellent là aussi ceux de l'intervention précoce. Il faut souligner que la possibilité de faire encadrer la gestion des banques par un administrateur provisoire existait déjà avant l'entrée en vigueur des réglementations adoptées à la suite de la crise, il ne s'agit donc pas là d'un mécanisme innovant mais d'une mesure qui a en revanche déjà fait preuve de son efficacité. Ces administrateurs peuvent, selon les situations, soit remplacer totalement les dirigeants et organes de direction de la banque, soit venir au soutien de ceux-ci. En effet, l'article L. 612-51 prévoit que le collège de résolution peut décider d'exercer, par le biais d'un administrateur spécial ou bien directement, tous les droits et pouvoirs conférés aux

---

<sup>759</sup> Considérant 45 de la Dir. 2014/59/UE : « Les objectifs de la résolution devraient donc être de garantir la continuité des fonctions critiques, d'éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, de protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours des établissements défaillants aux soutiens financiers publics exceptionnels et de protéger les déposants couverts, les investisseurs ainsi que les fonds et actifs des clients. ».

actionnaires, conseils d'administration et de surveillance et organes de direction, sans que ceux-ci soient évincés. À l'inverse, l'article L. 613-51-1 du code précité est relatif à la désignation d'un administrateur spécial lorsque les organes de direction et les membres des conseils sont révoqués. Dans une telle situation, la responsabilité de la gouvernance de la banque pèse, au moins partiellement, sur la personne ainsi nommée.

**316.** Il résulte de ce qui précède que l'administrateur spécial doit être désigné avec attention dans cette période critique de résolution des défaillances de la banque. De façon très large, l'article L. 613-51-1 du code monétaire et financier prévoit que le collège de résolution peut désigner « toute personne », physique ou morale, qui pourra se faire assister de personnes tierces qui agissent pour son compte et sous sa responsabilité sous réserve de l'accord de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. La directive a par ailleurs spécifié que l'administrateur nommé doit posséder les qualifications, capacités et connaissances requises pour l'exercice de ses fonctions<sup>760</sup>. Les décisions prises par l'administrateur spécial lors de sa mission lui incombent personnellement, bien qu'il soit contraint dans l'exercice de ses pouvoirs par le contrôle du collège de résolution<sup>761</sup>. Il est nommé pour une durée maximale d'un an qui peut être exceptionnellement renouvelée. Cette période d'une année maximum apparaît comme très courte pour pouvoir prendre connaissance de la situation et mettre en place toutes les mesures utiles. Il aurait peut-être été plus opportun de prévoir une durée plus longue, notamment compte tenu de la possibilité dont dispose le collège de pouvoir mettre fin à son mandat à tout moment<sup>762</sup>.

Concernant ses pouvoirs et sa mission, ils sont fixés par le collège de résolution qui doit en déterminer les contours dans le cadre du mandat. Il a notamment pour objectif de mettre en œuvre les instruments de résolution, sur la base des décisions prises par le collège de résolution. En principe, l'administrateur spécial dispose de toutes les prérogatives des actionnaires et de l'organe de direction de la banque, grâce auxquels il doit appliquer les mesures de résolution. Dans ce cadre, il peut théoriquement agir la structure capitalistique de la banque, incluant éventuellement

---

<sup>760</sup> Art. 35, 1 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>761</sup> Art. L. 613-51-1, I du C. mon. fin.

<sup>762</sup> Art. L. 613-51-1, III du C. mon. fin.

une augmentation du capital, un remaniement des liens de capitaux ou encore une prise de contrôle par des établissements sains sur le plan financier et organisationnel<sup>763</sup>. Toutefois, ses pouvoirs peuvent être limités ou soumis à accord par le collège de résolution en fonction de la situation. Pour cela, il communique régulièrement avec le collège sur l'avancée de ses travaux et des rapports sur l'évolution de la situation économique de la banque<sup>764</sup>.

**317.** À l'exception des mécanismes de gestion des actifs, les instruments de gouvernance mis en place à la suite de la crise sont relativement classiques au regard de la réglementation bancaire qui existait auparavant en droit positif. En revanche, les législateurs français et européen ont introduit à cette occasion un mécanisme innovant qui a pour objectif de permettre de remplacer le recours au soutien financier provenant du public par un effort réalisé au sein même de la banque : il s'agit de l'instrument de renflouement interne, aussi appelé *bail-in*.

## ***§2. Un mécanisme innovant de résolution des défaillances***

**318.** À l'intervention interne au sein de la banque, les législateurs français et européen ont ajouté la possibilité pour l'autorité de résolution d'imposer des mesures à des tiers. Ils proposent à cet égard la création d'un instrument innovant permettant de limiter le recours aux aides publiques. Il s'agit du mécanisme de renflouement interne, généralement appelé *bail-in* par la pratique, qui prévoit de « faire appel aux actionnaires et aux créanciers de la banque pour supporter les pertes encourues selon une hiérarchie prédéfinie »<sup>765</sup> ; par opposition au *bail-out* qui vise le renflouement externe d'une société en difficulté par des aides publiques.

L'objectif est donc clairement d'offrir une troisième voie lorsqu'une banque est en difficulté. Elle vient s'ajouter au renflouement par l'État ou à la faillite<sup>766</sup>. Cela

---

<sup>763</sup> Art. 35, 3 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>764</sup> Art. L. 613-51-1, II du C. mon. fin.

<sup>765</sup> VAUSSY F., « Les impacts du bail-in sur le modèle bancaire », *Revue banque*, janv. 2015, n° 779, p. 58 et s.

<sup>766</sup> PRACHE G., « Considérer les déposants comme des créanciers est injuste », *Revue banque*, déc. 2015, n°790, p. 28 et s.



permet d'éviter les conséquences catastrophiques que peut avoir une faillite sur l'économie réelle, d'une part, et de transférer le risque de la compensation des pertes de la banque de l'État, par application du mécanisme de l'aléa moral, vers les détenteurs des dettes de celle-ci, d'autre part. Il faut également prendre en considération, pour apprécier de l'impact du *bail-in*, l'aspect préventif qu'il peut avoir : puisque la mise en œuvre de ce mécanisme pèse sur les détenteurs de titres de propriété et créanciers telle une épée de Damoclès car ils peuvent perdre la totalité de leurs créances, ceux-ci ont tout intérêt à faire en sorte que la gestion de la banque soit prudente, pour éviter une situation de résolution. Ainsi, « l'infléchissement des comportements favorisera, dans le même temps, la stabilité financière »<sup>767</sup>.

**319.** Une telle innovation dans la gestion des dettes semble s'être imposée naturellement aux législateurs européen et français, qui l'ont tous deux intégrée dans leurs réformes, préparées parallèlement et proposées en réponse à la crise. S'il n'a pas été possible pour eux de s'inspirer de réglementations existantes compte tenu de la nouveauté que constitue ce mécanisme, ils ont effectué un travail considérable, précis mais également complexe, pour créer son cadre juridique (A). Bien que cette initiative ne soit pas exempte de défauts, elle aurait peut-être pu permettre d'éviter la chute de Lehman Brothers<sup>768</sup>, tout comme elle a permis d'éviter la faillite de la banque espagnole Banco Popular<sup>769</sup>. Ce nouveau mécanisme a, sans surprise, fait l'objet de critiques par d'autres qui le considèrent comme injuste (B).

---

<sup>767</sup> BONNEAU Th., *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd., Ed. Domat droit privé, 2017, p. 242.

<sup>768</sup> ERVIN W., « L'affaire Lehman et la naissance du *bail-in* », 9 avril 2015. Disponible sur : <https://www.credit-suisse.com/corporate/fr/articles/news-and-expertise/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in-201504.html>.

<sup>769</sup> THIBAUD C., « Santander reprend Banco Popular au bord de la faillite », Les Échos, 7 juin 2017. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2017/06/santander-reprend-banco-popular-au-bord-de-la-faillite-1115863>.

### A. Les modalités du mécanisme de renflouement interne

**320.** L'instrument de renflouement interne a été mis en place par la directive 2014/59/UE, transposée en droit français<sup>770</sup>, pour offrir la possibilité aux autorités nationales d'améliorer le bilan, et donc la capacité de résilience d'une banque face aux pertes, grâce à une recapitalisation. En pratique, il est « un pouvoir légal permettant aux autorités de résolution d'agir et de convertir ou réduire la valeur d'une dette, sans négociations ou accord préalable des créanciers »<sup>771</sup>. Il s'agit donc d'une décision unilatérale des autorités publiques qui impose à certaines catégories de créanciers d'un établissement de crédit, selon un ordre préétabli, une diminution du montant des créances qu'ils possèdent sur celui-ci ou une conversion de ces créances en capital<sup>772</sup>. Il repose ainsi sur un mécanisme symétrique qui permet une diminution des dettes hors fonds propres, d'une part, et une augmentation desdits fonds propres, d'autre part.

**321.** D'après les dispositions de l'article 43, 2 de la 2014/59/UE<sup>773</sup>, l'objectif fixé par les législateurs est multiple : non seulement permettre à la banque de respecter les conditions de son agrément, de poursuivre les activités pour lesquelles elle a été agréée, de maintenir un niveau de confiance suffisant de la part des marchés, mais aussi réduire les dettes qui pourraient être transférées à un établissement-relais<sup>774</sup>, la structure de gestion<sup>775</sup> ou dans le cadre d'une cession d'activité<sup>776</sup>. Ce mécanisme a donc été pensé pour venir au soutien des autres mesures de résolution lorsqu'elles sont mises en œuvre, mais surtout, de manière plus générale, pour rétablir la viabilité d'une banque qui peut encore être sauvée de la liquidation, comme exposé clairement par

---

<sup>770</sup> Ord. n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, *JORF* n° 0192 du 21 août 2015.

<sup>771</sup> JASSAUD N. et LE LESLE V., « Bail in : un outil puissant à bien calibrer », *Revue banque*, nov. 2012, n° 753, p. 38 et s.

<sup>772</sup> Commission d'enrichissement de la langue française, Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés), *JORF* n° 181 du 5 août 2016.

<sup>773</sup> Dispositions transposées à l'art. L. 613-55, I du C. mon. fin.

<sup>774</sup> V. *supra*, n° 308.

<sup>775</sup> V. *supra*, n° 311.

<sup>776</sup> V. *supra*, n° 308.

l'article 43, 3 de la directive précitée : « les États membres veillent à ce que les autorités de résolution ne puissent appliquer l'instrument de renflouement interne [...] que s'il existe une possibilité raisonnable que l'application d'un tel instrument [...] permette, outre d'atteindre les objectifs pertinents visés par la mesure de résolution, de rétablir la bonne santé financière, ainsi que la viabilité à long terme de l'établissement »<sup>777</sup>. Cette disposition est un appui supplémentaire qui permet d'affirmer que la procédure de résolution n'est pas destinée à s'appliquer uniquement lorsque la banque est dans une situation de défaillance grave, à tel point que seule une liquidation peut être envisagée à terme, mais qu'elle doit être déclenchée dès lors qu'il peut être raisonnablement estimé que la situation de la banque va se dégrader dans un proche avenir<sup>778</sup>.

**322.** Le fonctionnement du mécanisme de renflouement interne est détaillé aux articles L. 613-55 et suivants du code monétaire et financier. Celui-ci dispose 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 catégorie 1 ». Ces fonds propres sont ceux visés sous le terme de *Tier I*<sup>779</sup> par les recommandations du Comité de Bâle, c'est-à-dire le capital social, les réserves et le résultat de l'exercice non distribué, ainsi que des intérêts minoritaires dans les filiales consolidées. C'est donc un mécanisme très intrusif qui permet d'imposer à un simple créancier, quel qu'il soit, de devenir actionnaire de la banque ou de diminuer arbitrairement le montant de sa créance, sans lui laisser d'autre possibilité. Peut alors se poser la question de la constitutionnalité et de la conventionalité de ce mécanisme au regard du droit de propriété<sup>780</sup>.

Il est à noter que la directive 2014/59/UE impose, dans son article 45, que la banque détienne, dans son bilan, un montant suffisant de dettes susceptibles d'être soumises au renflouement interne (i.e. fonds propres et engagements éligibles). Cette disposition a pour but d'éviter que les droits des créanciers soient atteints par la mise

---

<sup>777</sup> Disposition transposée à l'art. L. 613-55, II du C. mon.fin.

<sup>778</sup> V. *supra*, n° 301.

<sup>779</sup> V. glossaire.

<sup>780</sup> V. *infra*, n° 332 et s.

en place de ce mécanisme, dans une situation le *bail-in* ne permettrait pas de couvrir un pourcentage du passif. Celui-ci devra être proportionné et adapté à chaque catégorie d'établissements, en fonction de la situation propre de chaque banque ou groupe bancaire, selon leur risque ou la composition de leurs sources de financement. En France, ce pourcentage est déterminé par le collège de résolution dans le cadre de l'élaboration du plan préventif de résolution<sup>781</sup>. L'idée est d'obliger les banques ou groupes bancaires à détenir en permanence un niveau minimum de fonds propres et d'engagements éligibles. Cette exigence continue constitue une garantie pour les créanciers que la conversion ou la dépréciation qui leur est imposée ne sera pas *in fine* inutile.

**323.** Afin de garantir l'efficacité d'un tel instrument, le législateur européen a prévu un champ d'application matériel large. Ainsi, l'article 44 de la directive 2014/59/UE dispose que les États membres doivent veiller à ce que l'instrument de renflouement interne puisse être appliqué « à tous les engagements » de la banque, qui ne sont pas exclus par d'autres dispositions de ce même article. Le principe est donc que l'ensemble des dettes puissent être incluses dans le *bail-in*, sauf pour celles expressément visées comme n'y étant pas soumises. Une telle mesure permet d'octroyer un large champ d'application à ce mécanisme de résolution, et ainsi de lui donner la portée la plus extensive possible, ce qui participe à son efficacité. Une liste des exclusions a été instaurée à cet effet à l'article 44, 2 de la directive, transposé à l'article L. 613-55-1 du code monétaire et financier, qui comprend notamment :

- Les dépôts couverts par le fonds de garantie national ;
- Les engagements garantis ou ceux détenus par des clients protégés par la législation applicable en matière d'insolvabilité ;
- Les engagements ayant une durée résiduelle inférieure à sept jours ;
- Les dettes dues à certains types de créanciers tels que les salariés (pour la composante non variable de la rémunération), les autorités fiscales et de sécurité sociale et les systèmes nationaux de garantie des dépôts.

---

<sup>781</sup> Art. L. 613-38 du C. mon. fin.

Certaines de ces exceptions apparaissent comme largement justifiées. C'est le cas notamment de la préservation des créances portant sur les dépôts couverts par le fonds de garantie national. En effet, il serait contre-productif de les inclure puisque la conversion de ces sommes en fonds propres de catégorie 1 les ferait automatiquement sortir de la garantie des dépôts et constituerait donc une fragilisation considérable de la sécurisation de ces montants, et de la confiance que les déposants doivent avoir dans le système bancaire pour, notamment, éviter une ruée vers les banques<sup>782</sup>. De même, l'exclusion des créances portant sur un contrat à très court terme apparaît légitime puisque le créancier démontre clairement qu'il n'a pas l'intention de s'engager à long terme, et donc d'accepter le risque lié à un tel engagement. En revanche, pour ce qui est des créances garanties, une telle exemption est plus discutable<sup>783</sup>.

**324.** En outre, le législateur européen a précisé que, « dans des circonstances exceptionnelles [...], l'autorité de résolution peut exclure en tout ou en partie certains engagements de l'application des pouvoirs de dépréciation ou de conversion<sup>784</sup> ». En l'occurrence, cette possibilité est prévue lorsque :

- Il n'est pas possible de renflouer ledit engagement dans un délai raisonnable : malgré l'absence de précision, nous comprenons que ces termes visent le cas où la créance sur laquelle des mesures de dépréciation ou de conversion sont envisagées ne pourrait pas être acquittée à court ou moyen terme.
- L'exclusion est nécessaire et proportionnée pour assurer la continuité des fonctions critiques<sup>785</sup> et des activités fondamentales de la banque : par exemple, il convient de veiller à ce que la maintenance informatique de la banque se poursuive car toute coupure aurait d'importantes conséquences sur l'ensemble des activités de la banque ; en conséquence, les créances relatives à ces services devraient être exclues des mesures de dépréciation ou de conversion.

---

<sup>782</sup> V. *supra*, n° 211.

<sup>783</sup> V. *infra*, n° 329.

<sup>784</sup> Art. 44, 3 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55, II du C. mon. fin

<sup>785</sup> V. *supra*, n° 259.

- L'exclusion est nécessaire et proportionnée « pour éviter de provoquer une vaste contagion [...] qui ébranlerait fortement le fonctionnement des marchés financiers, y compris les infrastructures des marchés financiers, d'une manière susceptible de causer une perturbation grave de l'économie d'un État membre ou de l'Union »<sup>786</sup> : l'objectif est clairement de ne pas autoriser le recours au *bail-in* pour redresser la situation d'une banque lorsqu'un risque systémique – et donc de défaillances en cascade – est caractérisé. De ce fait, il est probable que les créances détenues par d'autres banques ne puissent pas faire l'objet du mécanisme de renflouement interne, ni par dépréciation, ni par conversion, compte tenu de la possibilité que cela fragilise leur stabilité financière.
- Pour les engagements auxquels l'application de l'instrument de renflouement interne « provoquerait une destruction de valeur telle que les pertes subies par d'autres créanciers seraient supérieures à celles qu'entraînerait l'exclusion de ces engagements »<sup>787</sup>. Cette disposition a pour objectif d'être une « clause-balai » qui peut regrouper suffisamment de situations pour permettre largement aux autorités d'exclure des créances du *bail-in*, dès lors que le mécanisme pourrait nuire aux créanciers davantage qu'il ne serait profitable à la banque débitrice.

Il est à noter que ces exclusions présentent des risques quant à l'efficacité de la procédure de résolution et doivent donc être utilisées avec parcimonie. En effet, chaque créance sortie du mécanisme de renflouement interne est autant de fonds propres non intégrés et de dette à acquitter. Pour compenser cela, il est prévu que le taux de réduction ou de conversion appliqué aux autres engagements éligibles puisse être accru<sup>788</sup>, sans pour autant faire encourir aux créanciers concernés des pertes plus importantes que celles qu'ils auraient subies si la banque avait été liquidée selon la procédure de droit commun<sup>789</sup>. Toutefois, lorsqu'une exclusion s'avère nécessaire mais que les pertes qui auraient été absorbées par la conversion ou la dépréciation des créances exclues ne peuvent pas être couvertes par les autres créances soumises au

---

<sup>786</sup> Art. 44, 3, c) de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55, II, 3° du C. mon. fin.

<sup>787</sup> Art. 44, 3, d) de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, II, 4° du C. mon. fin.

<sup>788</sup> Art. 44, 3 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, II du C. mon. fin.

<sup>789</sup> Art. 34, 1, g) de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-57, I du C. mon. fin.

mécanisme de renflouement interne, alors le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont prévu un « dispositif de financement pour la résolution »<sup>790</sup>.

**325.** Celui-ci permet de fournir à la banque défaillante une contribution qui a pour objectif de<sup>791</sup> :

- Couvrir les pertes qui n'ont pas été absorbées par les engagements éligibles pour ramener à zéro la valeur de l'actif net<sup>792</sup> de la banque soumise à la procédure de résolution ;
- Recapitaliser la banque défaillante en acquérant des actions ou autres titres de propriété ou des instruments de fonds propres de l'établissement.

Nous retrouvons donc le double aspect de la résilience des banques telle qu'imaginée par le Comité de Bâle : d'une part, absorber les pertes pour éviter une faillite à court terme liée au risque de liquidité<sup>793</sup> et, d'autre part, recapitaliser pour solidifier la situation financière de la banque et lui permettre de continuer son activité<sup>794</sup>.

Ce dispositif est financé par des contributions versées par les banques établies dans l'Union européenne ou les succursales y étant localisées<sup>795</sup>. Celles-ci sont dues annuellement<sup>796</sup> ou, de façon exceptionnelle, sur demande<sup>797</sup>. Lorsque le montant des contributions disponible est insuffisant, l'autorité de résolution compétente (en France et dans ce cadre, il s'agit du Fonds de garantie des dépôts et de résolution) peut recourir à des moyens de financement alternatifs, tels que des emprunts<sup>798</sup>. Cette possibilité ouverte aux États s'avère très critiquable puisqu'elle est génératrice d'aléa moral<sup>799</sup>.

---

<sup>790</sup> Art. 44, 4 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, III du C. mon. fin.

<sup>791</sup> *Idem.*

<sup>792</sup> V. glossaire.

<sup>793</sup> V. *supra*, n° 210 et s.

<sup>794</sup> V. *supra*, n° 192 et s.

<sup>795</sup> Art. 100 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>796</sup> Art. 103 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, V, 1° du C. mon. fin.

<sup>797</sup> Art. 104 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, V, 2° du C. mon. fin.

<sup>798</sup> Art. 44, 6, c et 105 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposés aux art. L. 613-55-1, V, 3° et L. 312-7, V du C. mon. fin.

<sup>799</sup> V. *infra*, n° 330 et s.

**326.** Une fois les engagements soumis à la procédure de renflouement interne déterminés, le législateur européen a déterminé un ordre d'application afin de respecter une hiérarchie des créanciers entre eux. En premier lieu, l'article 47 de la directive n° 2014/59/UE<sup>800</sup> prévoit l'obligation pour les autorités de résolution de prendre des mesures à l'égard des actionnaires et détenteurs de titres de propriété dès lors que le mécanisme de renflouement interne est mis en œuvre. Celles-ci portent soit sur l'annulation des actions et titres de propriété existants ou leur transfert aux créanciers visés par le mécanisme du *bail-in*, soit sur la dilution des actionnaires et détenteurs de titres de propriété. Ce dernier cas intervient lors de la conversion d'instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1 ou de catégorie 2 ou lors du recours à la conversion des engagements dans le cadre du renflouement interne. Il est à souligner que la directive prévoit expressément que la dilution doit être forte<sup>801</sup>. En pratique, les actionnaires ou détenteurs d'autres titres de propriété sont donc systématiquement affectés, que ce soit en perdant leurs actions ou titres ou en subissant une forte dépréciation de la valeur de ceux-ci. Avoir prévu une telle disposition relève de l'évidence puisque les actionnaires et détenteurs d'autres titres de propriété prennent part, à travers les assemblées générales, au contrôle de la banque et disposent des informations nécessaires pour vérifier sa bonne gestion, d'une part, et s'engagent à contribuer aux pertes de la société<sup>802</sup>, d'autre part.

**327.** Une fois le principe de la contribution préalable des détenteurs de titres de propriété fixé, l'article 48 de la directive précitée dispose d'une hiérarchie des créanciers, qui a vocation à compléter ou remplacer celles prévues dans les droits nationaux des procédures collectives de chaque pays de l'Union européenne, afin de faciliter la résolution d'une banque établie dans plusieurs États membres. En France, cette hiérarchie a été transposée à l'article L. 613-55-5, I du code monétaire et financier. En substance, l'ordre de conversion et dépréciation est le suivant :

---

<sup>800</sup> Transposé à l'art. L. 613-55-4 du C. mon. fin.

<sup>801</sup> Art. 47, 1, §6 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.* : « [...] la conversion est effectuée à un taux de conversion qui dilue fortement les actions et les autres titres de propriété existants. »

<sup>802</sup> Notamment : art. 1832 alinéa 3 du C. civ.



1. Instruments de fonds propres, en commençant par ceux de catégorie 1, puis ceux additionnels de catégorie 1 et enfin ceux de catégorie 2 ;
2. Créanciers subordonnés<sup>803</sup> puis chirographaires en appliquant la hiérarchie prévue en matière de procédure collective ;
3. Créanciers privilégiés ou titulaires de garanties lorsqu'ils ne sont pas exclus du mécanisme de renflouement interne.

Il doit être souligné qu'il est expressément prévu que les pertes doivent être réparties de manière égale entre les créances de même rang<sup>804</sup>, afin de ne pas porter atteinte au principe d'égalité entre les créanciers<sup>805</sup>.

**328.** Afin d'assurer que les mesures de conversion ou de diminution n'aient pas été prises en vain, le mécanisme du renflouement interne est accompagné d'un plan de réorganisation des activités de la banque qui doit intégrer les mesures destinées à rétablir la viabilité à long terme de celle-ci, dans un délai raisonnable<sup>806</sup>. Ce plan est le troisième devant être élaboré, après celui de redressement et celui de résolution. Nous pouvons douter de l'intérêt de multiplier les plans : l'efficacité liée à l'anticipation des scénarios de défaillance et des actions de remédiation risque d'être brouillée par la nécessité de consulter trois documents différents dont les champs d'application se recourent. Il s'agit là d'une des maladroites du mécanisme du renflouement interne qui, s'il est indéniablement innovant, subit plusieurs défauts empêchant une adhésion totale.

---

<sup>803</sup> Il s'agit de ceux détenant des titres dont le contrat d'émission prévoit que, en cas de liquidation de l'émetteur, elles ne seront remboursées qu'après le désintéressement des créanciers privilégiés et chirographaires. Ce sont donc des créances hypo-chirographaires.

<sup>804</sup> Art. 48, 2 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>805</sup> Art. 2285 du C. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

<sup>806</sup> Art. 51 et s. de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposés aux art. L. 613-55-8 et s. du C. mon. fin.

## B. Les limites et les critiques au mécanisme de renflouement interne

329. S'il est indéniable que le mécanisme du *bail-in* constitue un outil fort pour éviter le recours aux fonds publics dans le cadre de la défaillance d'une banque, il n'est pas exempt de critiques qui portent à la fois sur son principe et sur ses modalités. Concernant ce dernier point, le reproche majeur pouvant être fait concerne le champ d'application du renflouement interne. Tel que la réglementation est actuellement prévue, les créanciers concernés par ce mécanisme ne représentent pas toujours une part significative du passif de la banque, ce qui vient réduire l'efficacité de sa mise en œuvre. En effet, les exceptions listées à l'article 44, 2 de la directive 2014/59/UE, transposées à l'article L. 613-55-1 du code monétaire et financier, offrent une voie d'évitement à la conversion ou diminution qui peut être aisément utilisée : il suffit d'imposer à la banque de garantir sa dette pour éviter au créancier de pouvoir être atteint par le *bail-in*. Cette exception peut donc agir comme une motivation pour les créanciers à réclamer systématiquement une garantie. Or, non seulement il n'est pas difficile de remplir cette condition, mais en plus la multiplication de telles demandes peut considérablement affaiblir la capacité de crédit de la banque, qui ne pourra emprunter que dans la limite des garanties qu'elle peut apporter. Si ce n'est pas forcément une difficulté pour celles d'ampleur systémique, cela risque d'en être une pour celles de moindre envergure. Par ailleurs, il doit être souligné qu'il sera bien plus aisé pour les sociétés de grande envergure – qui détiennent généralement les montants de créance les plus élevés – d'exiger une garantie que pour une petite ou moyenne entreprise. Une telle disposition peut donc *in fine* aboutir à faire, d'une part, reposer le mécanisme du renflouement interne sur les petites sociétés créancières, qui sont généralement financièrement plus fragiles, et, d'autre part, sortir les créances ayant les montants les plus conséquents du *bail-in*.

Pourtant, malgré cette appréciation négative de l'exclusion du fait d'une garantie, celle-ci peut se justifier car, à défaut, la situation pourrait devenir extrêmement complexe et amener à plusieurs questions : quelles seraient les conséquences de la conversion de la dette sur la garantie qui lui est associée ? Serait-elle encore valide ? La réponse pourrait dépendre directement des termes du contrat, si une telle disposition y était ajoutée. Dans le cas où la garantie serait encore opposable, il n'y aurait que peu d'intérêt à convertir la dette puisqu'en cas de

défaillance de la banque elle serait couverte par celle-ci. Dans le cas contraire, l'efficacité des sûretés serait compromise, générant de l'insécurité juridique et compliquant alors la faculté des plus petites banques à se refinancer.

**330.** Une autre faiblesse relevant des modalités du mécanisme de renflouement interne est la possibilité qu'il génère, dans certaines situations, de l'aléa moral. En effet, les dispositions prévoient la possibilité pour les autorités de résolution nationales de soutenir la banque défailante dans le cadre du dispositif de financement pour la résolution<sup>807</sup>. Parmi les outils pouvant être utilisés pour cela, il est prévu que le Fonds de garantie des dépôts et de résolution puisse s'endetter<sup>808</sup> pour couvrir les pertes de la banque et la recapitaliser : le risque est donc clairement transféré de l'entité défailante à l'État. Toutefois, des garde-fous ont été mis en place puisque le dispositif de financement pour la résolution ne peut être appliqué que lorsque :

- D'une part, une contribution à hauteur d'au moins 8 % du total du passif, fonds propres compris, a été apportée par les détenteurs de titres de capital, de propriété et d'instrument de fonds propres ou d'autres engagements éligibles ;
- D'autre part, le montant apporté par l'autorité de résolution ne dépasse pas 5 % du montant dudit passif<sup>809</sup>.

Si ces exigences permettent de limiter le recours aux finances publiques et d'imposer un minimum de pertes aux créanciers, l'engagement pouvant être octroyé dans la limite des 5 % peut s'avérer conséquent. À titre d'exemple, en 2018, le total du passif (fonds propres compris) de la banque BNP Paribas s'élevait à 2 040 836 millions d'euros<sup>810</sup>. Dans ce cas précis, l'absence de plafond laisse donc ouverte l'éventualité d'un apport de l'État à hauteur de 102 041,8 millions d'euros pour une seule banque. Un tel montant apparaît comme totalement déraisonnable, particulièrement dans une situation de crise financière où les mécanismes de résolution pourraient devoir être mis en œuvre pour plusieurs établissements bancaires d'ampleur systémique.

---

<sup>807</sup> V. *supra*, n° 325.

<sup>808</sup> Art. 44, 6, c et 105 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposés aux art. L. 613-55-1, V, 3° et L. 312-7, V du C. mon. fin.

<sup>809</sup> Art. 44, 5 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, IV du C. mon. fin.

<sup>810</sup> BNP PARIBAS, *États Financiers Consolidés*, 31 déc. 2018.

**331.** Cette disposition de la directive, transposée dans le code monétaire et financier, paraît aller dans le sens d'une volonté de sauver la banque, telle qu'elle existe, à tout prix : elle offre la possibilité aux autorités nationales de retomber dans le travers de vouloir éviter absolument la liquidation judiciaire, malgré les autres outils mis en place par la directive qui permettent le transfert des activités fondamentales<sup>811</sup>. Or, les mécanismes de résolution n'ont pas été élaborés pour remplacer la liquidation judiciaire, ni y constituer un obstacle si la situation financière et économique de la banque justifie une telle procédure, mais pour assurer la continuité des fonctions critiques<sup>812</sup> et éviter les effets négatifs de la défaillance d'une banque sur le système économique<sup>813</sup>. Il est important, dans ce cadre, de ne pas faire de confusion entre la nécessité de sauvegarder les activités fondamentales de la banque et d'éviter un effet de contagion, d'une part, et éviter la liquidation judiciaire de la banque, personne morale, d'autre part. Les objectifs précités peuvent être assurés par le seul transfert des actifs à une société privée ou à un établissement-relais, suivi de la liquidation de la banque dans le cadre de la procédure normale d'insolvabilité<sup>814</sup>. La mise en place du mécanisme du renflouement interne n'est donc pas indispensable pour traiter la situation d'une banque défaillante selon les dispositions de la directive n° 2014/59/UE. De ce fait, les mesures pouvant aboutir au recours aux fonds publics, et donc à de l'aléa moral, par le biais du dispositif de financement pour la résolution sont d'autant plus injustifiés. Sur la base de ce constat, il aurait été plus qu'opportun de fixer un plafond maximum au montant pouvant être apporté par l'autorité de résolution nationale afin de circonscrire l'aléa moral à celui-ci, voire d'exclure tout recours aux fonds publics dans le cadre du mécanisme de renflouement interne. Il est à noter que l'autorité nationale doit obtenir l'accord de la Commission européenne lorsqu'elle souhaite recourir à des fonds publics dans le cadre du dispositif de financement pour la résolution<sup>815</sup>. Toutefois, aucun critère de décision n'est fixé dans les textes et nous ne

---

<sup>811</sup> V. *supra*, n° 307 et s.

<sup>812</sup> V. *supra*, n° 259.

<sup>813</sup> Considérant 45 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.* : « Les objectifs de la résolution devraient donc être de garantir la continuité des fonctions critiques, d'éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, de protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours des établissements défaillants aux soutiens financiers publics exceptionnels et de protéger les déposants couverts, les investisseurs ainsi que les fonds et actifs des clients. »

<sup>814</sup> V. notamment considérant 50 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>815</sup> Art. 44, 12 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*, transposé à l'art. L. 613-55-1, VII du C. mon. fin.

pouvons pas, à ce jour, savoir si un contrôle effectif sera effectué dans le but de vérifier l'ampleur de l'aléa moral qui pourrait en résulter.

**332.** Les critiques faites au mécanisme de renflouement interne ne concernent pas uniquement sa mise en œuvre, mais aussi son principe même. Certains soulèvent, en effet, le problème de la constitutionnalité d'un tel mécanisme, en ce qu'il serait une violation du droit de propriété. Celui-ci a été reconnu par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dans ses articles 2 et 17, comme étant un droit naturel, imprescriptible, inviolable et sacré de l'homme<sup>816</sup>. C'est un droit qui a une opposabilité *erga omnes*<sup>817</sup> dont la constitutionnalité et la prééminence ont, par ailleurs, été reconnues à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, notamment dans une décision du 16 janvier 1982<sup>818</sup>. Il s'agit de l'un des droits fondamentaux reconnus à l'homme. Il est également consacré au niveau du Conseil de l'Europe dans le cadre de l'article 1 du protocole additionnel de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Afin de déterminer si le mécanisme du renflouement interne peut être considéré comme violant le droit de propriété, il convient de valider au préalable que les créances répondent à la qualification de biens. En l'occurrence, une créance de toute nature est reconnue comme un bien dès lors qu'elle est suffisamment établie dans son principe et son montant, de telle sorte qu'elle puisse faire l'objet d'une mesure exécutoire<sup>819</sup>. Or, aussi bien les actions que les autres titres de propriété et, *a fortiori*, les autres créances sont la résultante d'un contrat qui établit leur principe et leur montant, ou à défaut leur mode de calcul. De ce fait, les créances visées par le mécanisme du renflouement interne sont couvertes par la protection du droit de propriété telle que reconnue par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et par la Convention européenne des Droits de l'Homme. Il en résulte qu'en principe

---

<sup>816</sup> Art. 7 de la DDHC de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

<sup>817</sup> « À l'égard de tous »

<sup>818</sup> Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

<sup>819</sup> DE VAUPLANE H. et SALORD A., « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Revue Banque*, nov. 2013, n° 765, p. 44.

nul ne peut priver les créanciers de leur propriété sur ces biens immatériels. Pourtant, le mécanisme du *bail-in* permet à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution d'annuler, de déprécier ou de convertir les créances, et ce sans le consentement de leur propriétaire. De ce fait, le *bail-in* constitue un pouvoir exorbitant du droit commun dans la mesure où les caractéristiques de la créance liées à sa nature et à son montant pourront faire l'objet d'une modification unilatérale et discrétionnaire<sup>820</sup>. Il est rappelé que ce pouvoir relève de la seule appréciation de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, lui conférant des pouvoirs qui évoquent ceux du juge judiciaire, garant des droits fondamentaux et notamment du droit de propriété<sup>821</sup>. Les créanciers concernés par le mécanisme du renflouement interne perdent donc en totalité ou partiellement leur droit de jouir et de disposer de biens immatériels qui leur appartiennent, permettant de qualifier une expropriation de droit<sup>822</sup>.

**333.** Cependant, les atteintes au droit de propriété sont juridiquement valides lorsque « la nécessité publique, légalement constatée l'exige »<sup>823</sup>. Cette disposition a été rappelée dans la décision du Conseil constitutionnel<sup>824</sup> qui reconnaît la prééminence du droit de propriété, mais affirme aussi sa soumission à l'intérêt général. Il convient donc de se demander si le mécanisme du renflouement interne peut être considéré comme relevant de l'intérêt général. Il en ressort deux questions soulevées par Aude Salord et Hubert de Vauplane<sup>825</sup> :

- La stabilité financière est-elle une cause d'intérêt général ?
- Le *bail-in* est-il un instrument nécessaire au maintien de la stabilité financière ?

Selon leur analyse, l'ampleur du soutien financier accordé aux banques pendant la crise économique débutée en 2007, pesant *in fine* sur les contribuables, légitime la volonté du législateur de reporter les pertes sur les créanciers. Toutefois, ces auteurs doutent du fait que les aides publiques apportées à des banques qui ne sont pas

---

<sup>820</sup> DE VAUPLANE H. et SALORD A., *op. cit.*

<sup>821</sup> BONNEAU Th., *op. cit.*, p. 281.

<sup>822</sup> *Idem.*

<sup>823</sup> Art. 17 de la DDHC de 1789.

<sup>824</sup> Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

<sup>825</sup> DE VAUPLANE H. et SALORD A., *op. cit.*

d'importance systémique puissent être considérées comme une cause suffisante pour justifier d'une atteinte au droit de propriété des créanciers. Pour appuyer leur raisonnement, ils précisent que « l'efficacité du *bail-in* à l'égard du maintien de la stabilité financière est quant à elle liée au caractère systémique de l'établissement en cause »<sup>826</sup>. Cependant, résumer les objectifs du mécanisme du renflouement interne à la seule stabilité du système économique et financier est réducteur. Comme le précise la directive 2014/59/UE dans son article 43, 2 sur le *bail-in*, celui-ci doit être appliqué pour atteindre les objectifs de la résolution précisés à l'article 31, c'est-à-dire notamment « protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles ». Or, il est évident que la limitation de l'aléa moral relève de l'intérêt général puisque cela impacte directement l'équilibre et la stabilité des États. Dans ce cadre, il est peu probable que l'État s'attache uniquement à la qualité de banque systémique pour décider d'engager ou non son soutien financier au profit d'un établissement qui détient des dépôts du public. En conséquence, il apparaît réducteur de limiter la qualification d'intérêt général pour les créanciers des banques systémiques uniquement. Il semble au contraire plus efficace de permettre une large application du *bail-in*, à toute taille de banque, dès lors qu'une situation d'aléa moral pourrait apparaître – ce qui semble être le cas lorsque des dépôts reçus du public sont susceptibles d'être impactés. Par ailleurs, outre ces arguments de droit, il ne faut pas exclure du raisonnement le fait que la banque se trouve en situation de défaillance. Or, dans le cadre du droit commun des procédures collectives, les créanciers non privilégiés ne sont souvent pas désintéressés. C'est particulièrement le cas pour les actionnaires qui s'engagent à contribuer aux pertes de la société aux termes de l'article 1832 alinéa 3 du code civil et pour les créanciers chirographaires et hypo-chirographaires. Si cet argument ne permet pas de justifier juridiquement une atteinte du droit de propriété, en pratique il ne peut être totalement ignoré.

Il convient toutefois de nuancer l'atteinte – bien que justifiée – au droit de propriété, grâce à d'autres dispositions prévues par la directive 2014/59/UE, transposées en droit français. Ainsi, elle dispose de principes généraux que les autorités de résolution doivent respecter, visant à garantir les droits des créanciers, en l'occurrence :

---

<sup>826</sup> *Idem.*

- Une égalité de traitement entre les créanciers étant dans des situations équivalentes : les pertes de la banque devront être réparties de manière égale entre les créanciers de même rang<sup>827</sup>.
- Un traitement plus favorable qu'une liquidation judiciaire : aucun actionnaire ou créancier ne doit supporter des pertes supérieures à celles qu'il aurait subies si la banque avait été placée en liquidation judiciaire<sup>828</sup>. En théorie, dans le cas où cela se réaliserait, l'entité lésée (incluant le Fonds de garantie des dépôts et de résolution) aurait droit au paiement de la différence par le biais du dispositif de financement pour la résolution. En pratique, il faut reconnaître que prouver des pertes supérieures à celles supportées dans une situation de liquidation judiciaire – qui ne s'est donc pas produite – peut s'avérer délicat, particulièrement pour chiffrer le différentiel.

**334.** Les mécanismes de résolution des défaillances bancaires mis en place par la directive 2014/59/UE, transposée dans les droits nationaux, sont variés, complets et semblent suffisants – sous réserve que leur application soit effective – pour sauvegarder les fonctions critiques<sup>829</sup> de la banque et éviter un effet de contagion. La directive 2014/59/UE a ainsi permis de doter les autorités compétentes des États membres des mêmes outils et des mêmes pouvoirs<sup>830</sup>. Il est toutefois important de noter que la procédure de résolution doit être clairement distinguée d'une liquidation judiciaire selon le droit national des procédures collectives et qu'elle n'exclue en aucun cas la mise en place de cette dernière. Si le Parlement européen et le Conseil de l'Union semblent ne pas faire de confusion, il transparaît cependant de certaines dispositions une volonté d'éviter absolument toute liquidation de la banque défaillante, telle qu'elle existe. Ainsi, le législateur a préféré conserver la possibilité de l'engagement des fonds publics pour sauver une banque plutôt que de fermer totalement cette voie pour éviter tout aléa moral. Pourtant, il est plus que probable que l'association des divers mécanismes mis en place par la directive permette de remplir les objectifs de résolution

---

<sup>827</sup> Art. 48 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>828</sup> Art. 75 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>829</sup> V. *supra*, n° 259.

<sup>830</sup> BONNEAU Th., *op. cit.*, p. 255.



prévus à l'article 31, 2, sans avoir n'en serait-ce qu'à envisager de recourir aux fonds publics. Finalement, bien qu'il faille reconnaître au législateur européen qu'il a créé et mis en place un mécanisme innovant, il s'avère qu'il n'est pas allé jusqu'à l'aboutissement de son raisonnement, ayant pour objectif d'éviter le recours aux aides d'État tout en préservant les fonctions critiques et en évitant un effet de contagion. Outre l'aspect en demi-teinte de la procédure de résolution prévue par la directive, le législateur européen s'est également attaché à élaborer des règles de coopération transfrontalière au sein de l'Union. En effet, de nombreuses banques exercent leurs activités dans plusieurs États membres, ainsi un traitement des défaillances au niveau national serait peu efficace, voire risquerait d'avoir un impact négatif dans les autres pays. À cet égard, le législateur européen a mis l'accent sur une procédure européenne de résolution des défaillances bancaires.

## **Section 2 – Une procédure européenne de résolution de défaillances bancaires**

**335.** Depuis la mise en place de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), la collaboration européenne n'a cessé de se développer. Le traité de Rome, signé le 25 mars 1957<sup>831</sup>, le traité de Maastricht du 7 février 1992<sup>832</sup>, et enfin le traité de Lisbonne, adopté le 13 décembre 2007<sup>833</sup>, ont été les piliers de l'évolution de l'Union européenne, multipliant l'harmonisation de domaines juridiques entre les États membres. La création de cadres juridiques communs a permis d'établir une grande coopération, notamment en matière de résolution des défaillances bancaires (§1); de cette construction ressortent progressivement les prémices d'une union bancaire, qui apparaît comme indispensable dans le cadre du marché unique européen (§2).

### *§1. Une coopération intracommunautaire pour la résolution des défaillances bancaires*

**336.** Le choix d'une union sans frontière douanière, ni restriction d'établissement a eu pour effet de multiplier le nombre de sociétés multinationales, celles-ci se saisissant les nouvelles opportunités ouvertes par ce marché commun. Cette situation de liberté a obligé les États membres à adapter leurs législations nationales à un contexte transfrontière inédit en 1992, lors de l'adoption de l'Acte unique européen<sup>834</sup>. En particulier, une coopération intracommunautaire pour traiter de la défaillance des banques établies dans plusieurs États membres s'est avérée nécessaire pour assurer une résolution efficace et éviter l'adoption de mesures nationales fragmentées, d'une part, et ne pas risquer de nuire aux intérêts des créanciers localisés dans des États membres autres que celui dans lequel une procédure collective a été ouverte, d'autre part. Dans

---

<sup>831</sup> Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957.

<sup>832</sup> Traité sur l'Union européenne 92/C 191/01 du 7 févr. 1992, *JOCE n° C 191 du 29 juill. 1992*.

<sup>833</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne 2007/C 306/01 du 13 déc. 2007, *JOUE n° C 306 du 17 déc. 2007*.

<sup>834</sup> Acte unique européen, *JOCE n° L 169 du 29 juin 1987*.

cette optique, le législateur européen a élaboré des règles permettant la reconnaissance mutuelle des procédures d'insolvabilité nationales (A), à laquelle a été ajouté par la directive 2014/59/UE un mécanisme européen de coopération pour le traitement des défaillances bancaires transfrontalières (B).

### **A. Un principe de reconnaissance mutuelle dans les procédures d'insolvabilité**

**337.** En 2002, l'entrée en vigueur du règlement du 29 mai 2000 (abrogé et remplacé par un nouveau règlement le 5 juin 2015)<sup>835</sup> a marqué le début d'un droit européen des faillites. Ses dispositions ont été reprises et adaptées aux spécificités des banques par la directive du 4 avril 2001 relative à l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit<sup>836</sup>, encore en vigueur. La nécessité d'adopter d'une législation harmonisée en matière de procédures d'insolvabilité fait suite à l'instauration du marché intérieur par l'Acte unique européen, et à l'adoption des quatre libertés qui lui sont liées : libre circulation des marchandises, des prestations de service, des capitaux et des personnes. En effet, une telle ouverture des frontières douanières et fiscales a offert la possibilité aux sociétés établies dans l'Union européenne d'étendre facilement leurs activités dans plusieurs États membres, que ce soit en matière de prestation de services ou de vente de marchandises. Or, une telle extension géographique implique *de facto* des clients et fournisseurs ou prestataires localisés dans différents pays de l'Union. Dans ce cas, il est logique que toute situation d'insolvabilité pour ces sociétés ait un impact transfrontalier, en touchant tous les créanciers et débiteurs sans égard pour leur lieu d'établissement. Sur cette base, il aurait été dangereux pour la stabilité de l'Union européenne<sup>837</sup> de mettre en place un marché unique dans lequel les obstacles réglementaires et fiscaux aux flux entre États ont été levés, sans prévoir en contrepartie une harmonisation minimale du droit applicable concernant, notamment,

---

<sup>835</sup> Règl. (UE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE n° L 160 du 30 juin 2000*, abrogé par le Règl. (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE n° L 141 du 5 juin 2015*.

<sup>836</sup> Dir. 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, *JOCE n° L 125 du 5 mai 2001*.

<sup>837</sup> V. *infra*, n° 338.

le traitement des faillites des sociétés ayant une activité transfrontalière. Les membres du Conseil de l'Union ont ainsi considéré, à raison, que le bon fonctionnement du marché intérieur exige la mise en œuvre de règles unifiées concernant les procédures d'insolvabilité, afin de coordonner les mesures à prendre concernant le patrimoine des débiteurs insolvable ayant des créanciers dans plusieurs États membres. L'objectif de cette législation est donc d'établir un système juridique commun destiné à régir la faillite des sociétés européennes multinationales.

**338.** Cette volonté d'harmoniser le traitement de l'insolvabilité a pour but d'assurer une coopération et une coordination des mesures entre les États membres concernés et « d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (*forum shopping*) »<sup>838</sup>. En effet, en l'absence d'harmonisation, les autorités de chaque État membre dans lequel la banque dispose d'au moins une succursale sont compétentes pour ouvrir une procédure collective distincte ; ce dont il peut résulter des conflits de compétence et des inégalités de traitement entre les créanciers. Une telle situation pourrait être suffisante pour rétablir une concurrence entre les États membres, chacun souhaitant privilégier ses ressortissants, et ainsi menacer la stabilité de l'Union européenne, basée sur la coopération et la volonté de tendre à une équité entre les personnes physiques et morales de chaque État. Pour éviter cela, le législateur européen a imposé, par l'adoption de la directive 2001/24/CE<sup>839</sup>, des critères permettant de déterminer les juridictions compétentes, associés à des règles de reconnaissance mutuelle, et le droit applicable en cas de faillite d'une société transfrontalière.

**339.** L'objectif de la directive 2001/24/CE, qui est spécifique aux établissements de crédit, est de garantir l'application d'une procédure de liquidation unique pour tous les créanciers et débiteurs d'une banque établie dans plusieurs États membres. Dans

---

<sup>838</sup> Considérants 3, 4 et 5 du Règl. (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE* n° L 141 du 5 juin 2015.

<sup>839</sup> Dir. 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, *JOCE* n° L 125 du 5 mai 2001.

une volonté d'application extensive, le législateur a étendu le champ de la directive aux succursales des banques ayant leur siège hors de l'Union européenne mais dont des établissements sont situés au moins dans deux États membres différents<sup>840</sup>. En conséquence, dès lors que plusieurs pays de l'Union européenne sont concernés par la présence de la banque défaillante sur leur territoire, les dispositions de la directive précitée sont applicables. Quant au déclenchement des mécanismes prévus par cette réglementation, il intervient lors de la mise en place de n'importe quelle « procédure ouverte et contrôlée par les autorités administratives ou judiciaires d'un État membre dans le but de la réalisation des biens sous la surveillance de ces autorités », mais également plus largement lors de l'adoption de mesures d'assainissement qui sont « destinées à préserver ou rétablir la situation financière d'un établissement de crédit et qui sont susceptibles d'affecter les droits préexistants de tiers » (ce qui comprend notamment les suspensions de paiement et d'exécution)<sup>841</sup>. En l'occurrence, en droit français, la directive 2001/24/CE concerne donc les procédures de sauvegarde<sup>842</sup>, redressement et liquidation judiciaire ouvertes à l'encontre de banques établies en France et dans un autre État membre de l'Union européenne.

**340.** Pour assurer l'objectif d'unicité de la procédure collective d'une banque défaillante, tel que prévu par la directive précitée, il est nécessaire d'imposer un principe de reconnaissance mutuelle, indispensable à toute coopération saine entre plusieurs États. Ainsi, une fois le pays compétent déterminé, toutes les décisions qu'il

---

<sup>840</sup> Art. 1 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.* : « 1. La présente directive s'applique aux établissements de crédit et à leurs succursales créées dans un État membre autre que celui du siège statutaire, tels qu'ils sont définis à l'article 1er, premier et troisième points, de la directive 2000/12/CE, sous réserve des conditions et exemptions prévues à l'article 2, paragraphe 3, de ladite directive. 2. Les dispositions de la présente directive visant les succursales d'un établissement de crédit qui a son siège statutaire hors de la Communauté s'appliquent seulement lorsqu'il existe des succursales de cet établissement dans au moins deux États membres de la Communauté. »

<sup>841</sup> Art. 2 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.*

<sup>842</sup> Il doit être souligné qu'à la date d'entrée en vigueur de la Dir. 2001/24/CE, la procédure de sauvegarde judiciaire n'existait pas encore en droit français (celle-ci ayant été adoptée par L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. 2005). Ainsi, lors des travaux parlementaires liés à la transposition de la directive (Sénat, *Annexe au procès-verbal de séance du 5 févr. 2004*, Rapport législatif relatif à la session ordinaire de 2003-2004 n°202. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/a03-202/a03-2020.html>), seuls le redressement et la liquidation judiciaire ont été considérés pour l'application des mesures européennes. Toutefois, la procédure de sauvegarde judiciaire pouvant permettre le recours à des mesures d'assainissement au sens de la Dir. 2001/24/CE, celle-ci a, dès son entrée en vigueur, été soumise aux dispositions de ladite directive par application de l'article 165 de la L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises).

prendra quant à l'ouverture et le déroulement d'une procédure d'insolvabilité devront être reconnues et acceptées dans les autres États membres, sans exception. L'autorité compétente se voit donc octroyer la gestion pleine, entière et transfrontalière de ladite procédure. La détermination de l'autorité compétente est donc un point critique de la directive 2001/24/CE. Pourtant, elle ne repose que sur une simple définition précisée à l'article 2, qui renvoie à la directive 2000/12/CE, laquelle fait référence au règlement 575/2013<sup>843</sup> qui, quant à lui, dispose<sup>844</sup> :

- « État membre d'origine » : l'État membre dans lequel un établissement a été agréé ;
- « État membre d'accueil » : l'État membre dans lequel un établissement a une succursale ou fournit des services.

Ces dispositions sont décevantes car elles ne vont absolument pas à l'encontre du risque de *forum shopping*<sup>845</sup> puisqu'il suffit donc à la banque de demander son agrément dans le pays dans lequel les mesures d'insolvabilité sont les plus favorables pour elle. S'il est peu probable qu'une banque historique ait choisi son pays d'agrément sur de telles considérations, c'est en revanche une possibilité à ne pas négliger quant aux filiales de celles-ci, particulièrement celles dans lesquelles la banque envisage d'effectuer les activités les plus risquées. En conséquence, ces définitions sont relativement simplistes, particulièrement au regard des pouvoirs d'ingérence confiés à l'État membre d'origine<sup>846</sup>.

Cette critique ressort de façon prégnante lorsque les définitions précitées sont comparées aux règles de détermination de l'État membre compétent pour gérer la procédure collective d'une société qui n'est pas un établissement de crédit, par application du règlement 2015/848<sup>847</sup>. En effet, ce dernier dispose que la procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux de la banque défaillante. Il est défini comme étant, au sens du règlement,

---

<sup>843</sup> Règl. (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, *JOUE n° L 176 du 27 juin 2013*.

<sup>844</sup> Art. 4 du Règl. (UE) n° 575/2013.

<sup>845</sup> V. glossaire.

<sup>846</sup> V. *infra*, n° 0.

<sup>847</sup> Règl. (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE n° L 141 du 5 juin 2015*.

le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts, et qui est vérifiable par les tiers. Ce lieu est présumé, aux termes de l'article 3, être l'État où se trouve le siège statutaire de la société, jusqu'à preuve du contraire. Ainsi, à la différence de la directive 2001/24/CE, la possibilité est ouverte aux États membres dans lesquelles se trouverait une succursale de démontrer que, en pratique, le centre des intérêts principaux de la société est situé au lieu d'établissement de ladite succursale. Cette disposition permet donc une approche *in concreto*<sup>848</sup> qui ne peut être contournée par un simple *forum shopping*.

**341.** Une fois l'autorité compétente déterminée, le principe de reconnaissance mutuelle est mis en application par plusieurs biais afin d'imposer une unicité de la procédure. En premier lieu, l'article 3 de la directive 2001/24/CE prévoit que l'autorité de l'État membre d'origine est la seule compétente pour décider de la mise en œuvre de mesures d'assainissement dans une banque, y compris pour les succursales établies dans d'autres pays partie à l'Union européenne. Il est également précisé que ces mesures produisent tous leurs effets, selon la législation de cet État membre, dans toute l'Union européenne, « sans aucune autre formalité, y compris à l'égard de tiers dans les autres États membres, même si les réglementations de l'État membre d'accueil qui leur sont applicables ne prévoient pas de telles mesures ou soumettent leur mise en œuvre à des conditions qui ne sont pas remplies »<sup>849</sup>. Des dispositions similaires sont prévues à l'article 9 de ladite directive pour l'ouverture et la gestion d'une procédure de liquidation.

---

<sup>848</sup> Afin d'être complet, il convient de préciser que l'enjeu quant à la détermination du centre des intérêts principaux est important, à tel point que des États membres ont plusieurs fois essayé de contester l'ouverture de la procédure dans un autre État membre. Ils ont alors invoqué le fait que le centre des intérêts principaux se trouverait sur leur territoire et non sur celui de l'État membre d'ouverture. Afin de faire cesser les conflits de compétence, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans un arrêt dit « Eurofood » (CJUE, 2 mai 2006, n° C-341/04, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et de Tribunal de première instance 2006), établi un principe selon lequel une procédure d'insolvabilité ouverte par un État membre doit être reconnue par les autres États membres, et bénéficie pour cela d'une règle de priorité tirée de l'art. 16 du Règl. (UE) 2015/848. En conséquence, le premier État membre qui ouvre la procédure est considéré comme compétent, la présomption étant difficile à renverser. Il s'agit là de la mise en œuvre du principe de confiance et de reconnaissance mutuelle. Il existe cependant une exception posée par l'art. 26 du Règl. qui s'avère résiduelle compte tenu des modalités de sa mise en œuvre. En effet, un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité principale lorsqu'une telle reconnaissance produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, ce qui sera délicat à démontrer.

<sup>849</sup> Art. 3, 2 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.*

Il en résulte que toute procédure collective ouverte à l'encontre d'une banque ne peut être mise en œuvre que par l'État membre d'origine, elle est opposable aux autres pays de l'Union européenne et doit donc être reconnue par ceux-ci dès qu'elle produit ses effets dans ce premier. En conséquence, les décisions prises par l'État membre d'origine s'imposent à tous, qu'elles concernent le siège ou une succursale établie dans un autre pays de l'Union, y compris à des tiers et sans égard pour les éventuelles dispositions législatives applicables dans l'État membre d'accueil. À ce titre, le siège est considéré comme formant avec ses succursales une entité unique soumise à la surveillance des autorités de l'État lui ayant délivré son agrément. Ces dispositions extrêmement coercitives pour ce dernier le soumettent donc à la législation d'un autre pays<sup>850</sup>, à laquelle elle doit obéir sans considération pour sa propre réglementation. En plus de ce qui précède, lorsque les autorités de l'État membre d'accueil estiment nécessaire de mettre en œuvre, sur leur territoire, des mesures d'assainissement, elles doivent en informer les autorités du pays d'établissement du siège, qui reste seule habilitée à prendre ces décisions<sup>851</sup>. Ce sont donc des manifestations prégnantes de la reconnaissance mutuelle qui est imposée par la directive 2001/24/CE : les pays de l'Union européenne sont contraints par les décisions de l'État membre d'origine, qu'ils doivent respecter en tout état de cause.

**342.** Également, lorsque le siège est établi en dehors de l'Union européenne mais qu'au moins deux succursales sont localisées dans plusieurs États membres, l'État membre d'accueil est tenu d'informer sans délai les autres pays ayant des établissements sur leur territoire des mesures adoptées, de l'ouverture d'une procédure de liquidation dans leur État et des effets concrets que pourraient avoir ces décisions<sup>852</sup>. Ainsi, même lorsque la société ne dispose pas de son siège social dans l'Union européenne, les États doivent respecter les dispositions prises dans n'importe lequel des États membres d'accueil, illustrant là encore l'obligation qui leur est faite de reconnaître les décisions prises dans d'autres pays de l'Union.

---

<sup>850</sup> Art. 3,2 et 10 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.*

<sup>851</sup> Art. 5 et 3 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.*

<sup>852</sup> Art. 8 et art. 19 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.*



**343.** L'obligation de se conformer aux décisions de l'État membre d'origine, ou d'un État membre d'accueil lorsque le siège n'est pas sur le territoire de l'Union, lors d'une procédure d'insolvabilité établit une première harmonisation en matière de règlement des défaillances bancaires, qui oblige les États membres à coopérer entre eux pour garantir les droits de tous les créanciers, de la manière la plus égalitaire possible. Ce principe de reconnaissance mutuelle a, par ailleurs, été réaffirmé par la directive 2014/59/UE<sup>853</sup>, dans son article 66<sup>854</sup>, pour l'application des mécanismes de résolution qui ne doivent pas pouvoir être entravés par le droit national d'un État membre autre que celui de l'autorité de résolution. Malgré cette collaboration, le Conseil de l'Union européenne a considéré, lors de l'élaboration du règlement 1346/2000<sup>855</sup> et de la directive 2001/24/CE<sup>856</sup>, que la mise en place d'une procédure d'insolvabilité unique ayant une portée universelle au sein de l'Union était impossible à réaliser compte tenu des divergences existantes entre les droits nationaux. Pourtant, une coopération intracommunautaire a progressivement été instaurée, jusqu'à créer un nouveau mécanisme de traitement des défaillances pour les banques transfrontalières.

---

<sup>853</sup> Dir. 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la Dir. 82/891/CEE du Conseil ainsi que les Dir. du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012.

<sup>854</sup> Art. 66 de la Dir. 2014/59/UE : « 1. Les États membres s'assurent que, lorsqu'un transfert d'actions, d'autres titres de propriété, ou d'actifs, de droits ou d'engagements comprend des actifs situés dans un État membre autre que celui de l'autorité de résolution ou des droits ou engagements relevant du droit d'un État membre autre que celui de l'autorité de résolution, le transfert produit ses effets dans cet autre État membre ou en vertu du droit de cet État. [...]

3. Les États membres s'assurent que les actionnaires, les créanciers et les tiers affectés par le transfert d'actions, d'autres titres de propriété, d'actifs, de droits ou d'engagements visé au paragraphe 1 n'ont pas le droit d'empêcher, de contester ou d'annuler le transfert en vertu de dispositions du droit de l'État membre où sont situés les actifs ou du droit applicable à ces actions, autres titres de propriété, droits ou engagements. [...]

5. Les États membres s'assurent que les créanciers affectés par l'exercice des pouvoirs de dépréciation ou de conversion visés au paragraphe 4 n'ont pas le droit, en vertu de dispositions du droit de l'État membre B, de contester la réduction du montant principal de l'instrument ou de l'engagement ou, selon le cas, la conversion de l'instrument ou de l'engagement. [...]

<sup>855</sup> Considérant 11 du Règl. (UE) n° 1346/2000, *op. cit.* : « Le présent règlement tient compte du fait que, en raison des divergences considérables entre les droits matériels, il n'est pas pratique de mettre en place une procédure d'insolvabilité unique ayant une portée universelle pour toute la Communauté. »

<sup>856</sup> Considérant 6 de la Dir. 2001/24/CE, *op. cit.* : « [...] En raison de la difficulté d'harmoniser les législations et usages des États membres, il convient de mettre en place la reconnaissance mutuelle par les États membres des mesures prises par chacun d'entre eux pour restaurer la viabilité des établissements qu'il a agréés. »

## B. Un mécanisme de coopération pour le traitement des défaillances bancaires transfrontalières

**344.** Une des innovations présentées par la directive 2014/59/UE établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit est la création d'un mécanisme de résolution des défaillances bancaires transfrontalières. Au-delà d'une reconnaissance mutuelle des décisions prises par chaque État membre par application de sa législation nationale, il s'agit de créer un cadre global et intégré en matière de redressement et de résolution des défaillances bancaires au sein de l'Union européenne. Ainsi, lorsqu'un État membre prend des décisions ou mesures susceptibles d'avoir une incidence sur un ou plusieurs autres pays de l'Union européenne, il doit respecter un certain nombre de principes généraux, notamment :

- La nécessité de prendre des mesures efficaces et de maintenir les coûts de la résolution au plus bas niveau possible ;
- Des prises de décision rapides ;
- Une action coordonnée entre les autorités des différents pays concernés ;
- L'obligation de tenir compte des intérêts de chaque État membre dans lequel soit le siège de la banque est établi, soit elle dispose d'une filiale, soit une succursale d'importance significative<sup>857</sup> est localisée ;
- Et la consultation des autorités des États membres visés ci-dessus.

L'attention est donc portée à la fois sur le besoin de conserver une procédure de résolution efficace et sur la nécessaire collaboration des États membres concernés entre eux, afin d'éviter tout *forum shopping*<sup>858</sup>, générateur de concurrence entre les pays de l'Union européenne. À cet effet, les articles 87 à 92 de la directive disposent d'outils permettant une gestion juste et équitable de la défaillance d'un ou plusieurs établissements appartenant à un groupe implanté dans plusieurs États membres.

---

<sup>857</sup> V. glossaire.

<sup>858</sup> V. glossaire.

**345.** Afin d'assurer l'application des principes précités, les articles 88 et 89 de la directive prévoient l'établissement de collèges d'autorités de résolution. Ils ont pour objectif d'accroître la collaboration entre les États membres afin de résoudre efficacement une banque défaillante ayant des activités transnationales. Ces collèges sont instaurés par l'autorité de résolution au niveau du groupe. Ils sont composés principalement de cette dernière, de celles de chaque État membre dans lequel est établie une filiale et de l'Autorité bancaire européenne (ABE)<sup>859</sup>. Leur objectif est de permettre l'élaboration des plans de résolution de groupe<sup>860</sup>, l'exercice des pouvoirs mis en place par l'article 18 visant à réduire ou supprimer les obstacles à la résolvabilité au niveau du groupe, ainsi que le recours aux mécanismes de résolution de groupe tels que définis à l'article 92. Concrètement, les collèges d'autorités de résolution fournissent un cadre commun aux différentes autorités nationales afin, notamment, d'échanger des informations<sup>861</sup>, d'évaluer la résolvabilité du groupe, ou encore de statuer sur la nécessité de déclencher un mécanisme de résolution. L'accent est donc porté sur la collaboration qui doit être mise en œuvre entre les différents membres du collège. En ce sens, l'autorité de résolution au niveau du groupe, qui le préside, doit tenir compte des effets potentiels que ses décisions peuvent avoir sur la stabilité du système financier des autres États membres<sup>862</sup>.

**346.** En outre, l'article 89 de la directive 2014/59/UE prévoit des dispositions spécifiques aux collèges d'autorités de résolution européenne. Il s'agit de formations mises en place dès lors qu'une banque ou une société mère d'un pays tiers compte des filiales ou succursales d'importance significative dans plusieurs États membres. Celles-ci ont pour objectif d'assurer, au niveau des filiales et succursales établies sur le territoire de l'Union, les mêmes missions que celles des collèges d'autorités de résolution. Ainsi, ils fonctionnent selon des modalités identiques<sup>863</sup>.

---

<sup>859</sup> V. *infra*, n° 352 et s.

<sup>860</sup> V. *supra*, n° 258.

<sup>861</sup> Il doit être souligné que l'art. 90 de la Dir. 2014/59/UE est intégralement dédié aux obligations d'échange d'informations qui sont imposées aux États membres.

<sup>862</sup> Art. 87 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>863</sup> Art. 89, 5 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

Par ailleurs, il faut noter que l'Union européenne tente d'établir des mécanismes similaires avec des pays tiers. Ainsi, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont prévu la possibilité d'inviter des pays tiers à participer en qualité d'observateur au collège d'autorités de résolution, lorsqu'une société mère ou une banque établie dans l'Union a une filiale dans ce pays tiers<sup>864</sup>. De plus, la directive accorde au Conseil de l'Union européenne la capacité négocier des accords avec des pays tiers en vue d'instaurer une coopération entre les autorités de résolution des États membres et celles des États ne faisant pas partie de l'Union européenne<sup>865</sup>.

**347.** Les collèges mis en place permettront donc de prendre des décisions concertées, ne flouant aucun État membre, et de régler plus efficacement les défaillances des banques intracommunautaires par le biais des mécanismes de résolution de groupe instaurés par l'article 92 de la directive. En l'occurrence, les outils sont les mêmes que ceux prévus pour une résolution nationale, mais en y incluant des dispositions relatives à la coopération et au transfert d'informations entre les États membres. Ainsi, lorsqu'une autorité de résolution décide ou est informée de la défaillance de la société mère ou d'une banque filiale d'un groupe, qu'elle soit avérée ou prévisible, elle devra transmettre « sans retard » les informations suivantes à l'ensemble des membres du collège d'autorités de résolution : la caractérisation d'une situation permettant l'ouverture d'une procédure de résolution et les mesures que l'autorité souhaite mettre en œuvre pour y remédier<sup>866</sup>. Une fois informé, le collège évaluera les effets prévisibles de la défaillance et des mesures proposées sur l'ensemble du groupe et sur ses établissements situés dans les États membres. Si, par décision collégiale, il estime qu'il n'y aura pas d'effet négatif, alors l'autorité de résolution responsable de l'établissement défaillant pourra prendre les mesures de résolution qui ont été acceptées. En revanche, si la décision inverse de présente, l'autorité de résolution devra alors proposer, dans un délai de 24 heures à compter de l'information, un dispositif de résolution du groupe qu'il soumet à l'appréciation du collège. En cas de désaccord d'un membre du collège, celui-ci peut saisir l'Autorité

---

<sup>864</sup> Art. 88, 3, de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>865</sup> Art. 93 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

<sup>866</sup> Art. 92, 1 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

bancaire européenne dans les 24 heures, qui devra, elle aussi, statuer dans un délai équivalent. La volonté d'une action rapide transparait à nouveau dans cette partie de la directive : les mécanismes relatifs à la mise en place d'une procédure de résolution transnationale doivent être réalisés à très court terme (les États membres étant tenus par ces courts délais ; à défaut, l'autorité qui a présenté les mesures est autorisée à les prendre même sans accord<sup>867</sup>), cela afin d'assurer la meilleure efficacité possible des mesures prises compte tenu de la détérioration de la situation de la banque défaillante.

**348.** La notion de temps ressort clairement des dispositions de l'art. 92, 11 de la directive, qui précise que « les autorités exécutent toutes les mesures visées au présent article sans retard et en tenant dûment compte de l'urgence de la situation. » Une telle coopération, impliquant plusieurs États membres et imposant des décisions rapides, va être un véritable défi dans le cas de la défaillance d'une banque systémique européenne, telle que la Société Générale, Barclays, ou encore HSBC. S'il est nécessaire d'établir un degré d'urgence dans le cadre d'une résolution, les délais présentés apparaissent comme utopistes, voire contreproductifs : en effet, si un accord n'est pas trouvé, l'État membre à l'initiative de la demande sera *de facto* autorisé à prendre les décisions qu'il a proposé, unilatéralement. De telles contraintes pour trouver un compromis vont donc certainement, à l'inverse de l'effet escompté, générer des traitements nationaux des défaillances bancaires, particulièrement concernant celles d'ampleur systémique, qui sont pourtant celles pour lesquelles une coopération européenne s'avère indispensable pour une résolution efficace et juste entre les États membres.

**349.** Au-delà du mécanisme spécifique de résolution des défaillances transfrontalières, la volonté d'harmoniser le droit bancaire au sein de l'Union européenne se constate au travers de l'ensemble de la directive. Celle-ci expose plusieurs fois explicitement l'opposabilité de ses dispositions sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, de sorte que les États membres soient tous régis par celle-ci. L'harmonisation croissante qui s'opère au sein de l'Union européenne en

---

<sup>867</sup> Art. 92, 5 de la Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

matière bancaire est visible, de telle manière qu'elle s'oriente vers la création d'une union bancaire.

## **§2. Vers l'élaboration d'une union bancaire**

**350.** L'article 5, alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne<sup>868</sup> pose le principe de subsidiarité pour les domaines ne relevant pas de la compétence exclusive de l'Union. En matière bancaire, le droit européen ne peut intervenir que dans la mesure où les objectifs visés ne pourraient pas être atteints de manière suffisante par les États membres au niveau national. Dans le cadre de la proposition de directive qui avait été élaborée par la Commission européenne, concernant le redressement et la résolution des défaillances bancaires, celle-ci précise, à raison, que seule une action au niveau de l'Union peut garantir la compatibilité des mesures bancaires entre les États membres. Elle tire ces conséquences du constat qu'elle a pu effectuer en comparant les systèmes bancaires nationaux, dont il a résulté qu'ils présentent des différences considérables, notamment en matière de résolution des défaillances<sup>869</sup>. Or, il est ressorti de l'analyse de la crise de 2007 qu'une coopération entre les États membres aurait certainement pu limiter l'impact qu'elle a eu au niveau européen, et de façon incidente le recours aux aides publiques<sup>870</sup>. En conséquence, la Commission a effectué un travail de restructuration et d'intégration de la réglementation bancaire au niveau européen.

Celui-ci s'inscrit dans le cadre du système européen de surveillance financière (SESF), instauré par l'article 2 du règlement n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010<sup>871</sup>. Ce système constitue un réseau d'autorités

---

<sup>868</sup> Version consolidée du Traité sur l'Union européenne du 7 févr. 1992, *JOUE* n° C 83/13 du 30 mars 2010.

<sup>869</sup> Commission européenne, Proposition de Dir. du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les Dir. 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les Dir. 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2012, p. 8.

<sup>870</sup> En ce sens, peut être cité : Commission européenne, *Mémo : Vers une union bancaire*, 10 sept. 2012, MEMO/12/656, p. 1.

<sup>871</sup> Règl. (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, *JOUE* n° L 331 du 15 déc. 2010.

européennes, ayant pour objectif de « veiller à ce que les règles applicables au secteur financier soient mises en œuvre de façon adéquate, [...] de préserver la stabilité financière et [...] de garantir la confiance dans le système financier dans son ensemble et une protection suffisante des consommateurs de services financiers »<sup>872</sup>. La Commission européenne a, à ce titre, proposé plusieurs directives, ayant pour objectif d'assurer une collaboration entre les États membres, de manière à créer une union bancaire (A). Si celle-ci s'avère ambitieuse, son efficacité est incertaine compte tenu du manque d'organisation dans sa mise en œuvre et de la frilosité des États membres à coopérer dans un domaine aussi sensible que celui du traitement des défaillances des banques (B).

### A. La construction d'une union bancaire effective

**351.** Lors du Conseil européen des 28 et 29 juin 2012, les États membres ont décidé d'élargir le domaine de l'harmonisation économique et monétaire, en y incluant une union bancaire. Pour cela, ils se sont inspirés du rapport remis par le président du Conseil, élaboré en collaboration avec ceux de la Commission européenne, de l'Eurogroupe et de la Banque centrale européenne<sup>873</sup>. Ce document préconise, notamment, la mise en place d'un cadre intégré qui aurait pour objectif de garantir la stabilité financière au sein de l'Union européenne. Il serait composé de deux éléments principaux : à savoir une surveillance supranationale et un système européen de garantie des dépôts et de résolution des défaillances bancaires. Suivant les recommandations du rapport, la Commission européenne a élaboré plusieurs propositions de directive visant à établir cette union bancaire. Elle a ainsi dégagé des piliers nécessaires à sa formation : la surveillance bancaire intégrée, une gestion européenne de la garantie des dépôts et de la mise en œuvre d'un mécanisme de résolution unique<sup>874</sup>.

---

<sup>872</sup> Art. 2 du Règl. (UE) n° 1095/2010.

<sup>873</sup> VAN ROMPUY H., Vers une véritable union économique et monétaire, 26 juin 2012.

<sup>874</sup> Commission européenne, *op. cit.*, p. 3.

**352.** Les premières mesures qui ont été adoptées sont celles relatives à la surveillance bancaire intégrée. Selon la Commission européenne, celle-ci est un préalable aux autres piliers parce qu'elle permet de « construire la confiance nécessaire entre les États membres, sans laquelle la mise en œuvre de mécanismes de soutien communs, et notamment la recapitalisation directe des banques par le mécanisme européen de stabilité n'est pas envisageable »<sup>875</sup>. L'objectif est donc d'éviter un protectionnisme national en remontant la responsabilité de la surveillance du système bancaire au niveau de l'Union européenne. À défaut, compte tenu du rôle central que jouent les banques de dépôt dans l'économie réelle, il serait à craindre que les États cherchent à privilégier, de façon individualiste, les intérêts de leurs contribuables au détriment des autres États membres en cas de faillite d'une telle banque. Un cadre de surveillance européen a donc été mis en place dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Celui-ci crée trois nouveaux organismes européens de surveillance : l'Autorité bancaire européenne (ABE), l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), ainsi que l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)<sup>876</sup>. Elles font partie, avec le Comité européen du risque systémique (CERS), du système européen de surveillance financière (SESF)<sup>877</sup>. Il faut souligner que la création de ces trois entités dans un même règlement dénote de la particulière interdépendance qui existe entre les domaines bancaire, financier et assurantiel.

**353.** Ces autorités, dotées d'une personnalité juridique propre<sup>878</sup> et composées de représentants de chaque autorité nationale de surveillance, poursuivent le même objectif : protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité à court, moyen et long termes du système financier européen<sup>879</sup>. Plus particulièrement, elles doivent, notamment, participer à<sup>880</sup> :

---

<sup>875</sup> Commission européenne, *op. cit.*, p. 2.

<sup>876</sup> Règl. (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 nov. 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *JOUE* n° L 331/12 du 15 déc. 2010.

<sup>877</sup> *V. supra*, n° 8 et n° 350.

<sup>878</sup> Art. 5 du Règl. (UE) n° 1093/2010, *op. cit.*

<sup>879</sup> Art. 1, §5 du Règl. (UE) n° 1093/2010, *op. cit.*

<sup>880</sup> *Idem.*



- La mise en place d'une réglementation et d'une surveillance saines, efficaces et cohérentes ;
- Assurer l'intégrité et la transparence des marchés financiers ;
- Améliorer la coordination européenne et avec les pays tiers ;
- Favoriser des conditions de concurrence égales ;
- Renforcer la protection des consommateurs ;
- Et veiller à ce que la prise de risques de crédit soit correctement réglementée et surveillée.

Elles ont donc pour rôle d'agir de façon supranationale pour permettre l'adoption de réglementations, la mise en place de contrôles et « l'élaboration d'une culture européenne commune »<sup>881</sup> afin de garantir une application uniforme, juste et transnationale du droit de l'Union européenne de manière à ne flouer aucun État membre. Elles doivent également prêter une attention particulière à tout risque systémique<sup>882</sup>.

**354.** Il convient de soulever le développement du rôle de l'Autorité bancaire européenne), qui est en train de devenir un acteur primordial dans la coopération entre États membres. Celle-ci est ainsi chargée, plus spécifiquement, d'harmoniser les règles prudentielles en matière bancaire et d'assurer la coordination entre les autorités de supervision des États membres. Dans ce cadre, la directive relative à l'établissement d'un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances des banques<sup>883</sup> lui a confié un rôle d'assistance auprès des différents collèges d'autorités de résolution et une fonction de médiation en cas de désaccord entre les autorités nationales. L'Autorité bancaire européenne garantit donc la collaboration des États membres, permettant le bon fonctionnement des mécanismes de redressement et de résolution. Par ailleurs, elle peut aussi engager et coordonner une simulation de crise (*stress-test*) au niveau de l'Union européenne, afin d'évaluer la résistance des banques face à un risque d'ampleur systémique. Elle voit donc son champ d'action s'élargir, ce qui laisse

---

<sup>881</sup> BONNEAU Th., Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Ed. Bruylant, 2012, p. 96.

<sup>882</sup> *Ibid*, p. 91.

<sup>883</sup> Dir. 2014/59/UE, *op. cit.*

à penser qu'elle va devenir un organisme incontournable dans le secteur bancaire européen, même si elle ne dispose pas de pouvoirs réglementaires.

**355.** Les deux autres piliers sont relatifs aux défaillances bancaires, l'un concernant le mécanisme de garantie des dépôts et l'autre les procédures de résolution des banques en difficulté. Concernant le premier, le droit de l'Union européenne prévoyait déjà une garantie des dépôts bancaires, dans tous les États membres, à hauteur de cent mille euros<sup>884</sup>. Toutefois, celle-ci avait été instaurée en mesure d'urgence à la suite de la crise de 2007, afin de permettre un niveau de garantie minimal et une accélération de l'indemnisation des déposants<sup>885</sup>. Afin de compléter et préciser cette réglementation, la Commission européenne a établi une proposition de directive qu'elle a transmise au Parlement et au Conseil de l'Union le 12 juillet 2010. Celle-ci visait à la simplification et l'harmonisation du champ d'application et des modalités de remboursement, ainsi qu'à une diminution du délai de remboursement des déposants. Elle prévoyait également la mise en place d'un système d'emprunt mutuel obligeant, dans une certaine limite, les systèmes de garantie des dépôts des États membres à se prêter entre eux. Cette proposition a été adoptée par le législateur européen et est donc devenue la directive 2014/49/UE<sup>886</sup>, constituant une première étape vers la création d'un système de garantie des dépôts à l'échelle de l'Union européenne<sup>887</sup>. Cette réglementation permet donc d'assurer un traitement similaire des déposants, sans égard pour leur lieu de résidence, dès lors que la banque défaillante est établie dans un État membre.

---

<sup>884</sup> Dir. 2009/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la Dir. 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts en ce qui concerne le niveau de garantie et le délai de remboursement, *JOUE n° L 68/3 du 13 mars 2009* (abrogée par la dir. 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts).

<sup>885</sup> BONNEAU Th., *op. cit.*, p. 624.

<sup>886</sup> Dir. 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, *JOUE n° L 172 du 12 juin 2014*.

<sup>887</sup> Commission européenne, *op. cit.*, p. 5.

**356.** Pour ce qui est du pilier relatif à l'instauration de mécanismes de résolution unique, il a été introduit par le règlement n° 806/2014 du 15 juillet 2014<sup>888</sup> et est opérationnel depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Il s'applique à l'ensemble des banques établies dans les États membres de la zone euro, ainsi que dans les pays ayant choisi d'adhérer à l'union bancaire européenne<sup>889</sup>. Il est constitué de deux éléments : une autorité de résolution européenne, appelée le Conseil de résolution unique, et le Fonds de résolution unique<sup>890</sup>. Il a pour vocation de traiter la résolution des défaillances de banques et groupes bancaires à un niveau supranational. L'objectif est d'éviter les divergences de gestion et de décisions dans le cadre de la résolution d'un groupe ou d'une banque établie dans plusieurs États membres<sup>891</sup>. Le mécanisme de résolution unique constitue donc une étape supplémentaire vers l'harmonisation de la résolution des défaillances bancaires, allant au-delà de la directive 2015/59/UE. Il faut évidemment reconnaître le travail effectué par le Parlement européen et le Conseil de l'Union à l'occasion de cette directive, particulièrement concernant, d'une part, la mise en place de l'instrument de résolution innovant que constitue le renflouement interne et, d'autre part, l'attribution au bénéfice de l'Autorité bancaire européenne de pouvoirs de contrôle et de médiation afin d'approcher une harmonisation des décisions entre les États membres. Toutefois, le mécanisme de résolution unique va au-delà, en s'affranchissant des potentiels désaccords et distorsions de concurrence qui pourraient exister entre les pays de l'Union. En ayant recours à une entité supranationale pour gérer la résolution des banques, celle-ci appliquant les instruments mis à disposition par la directive 2015/59/UE, le traitement des défaillances bancaires sera nécessairement unique et neutre vis-à-vis des parties prenantes, sans égard pour leur lieu d'établissement ou de résidence. Par ailleurs, ce mécanisme constitue également une barrière contre le protectionnisme des États qui, dans un contexte de crise, pourraient souhaiter immédiatement renflouer avec des aides publiques la banque défaillante, faisant fi des dispositions de la directive précitée et, accessoirement, de

---

<sup>888</sup> Règl. (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juill. 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, *JOUE n° L 225 du 30 juill. 2014*.

<sup>889</sup> Art. premier du Règl. (UE) n° 806/2014, *op. cit.*

<sup>890</sup> *Idem.*

<sup>891</sup> Notamment : V. *supra*, n° 349.

l'aléa moral. Ce mécanisme va donc au-delà d'une simple harmonisation des règles, en déposant les États de leur supervision nationale et en leur imposant une gestion centralisée à un niveau européen. Il est, d'ailleurs, clairement indiqué dans le règlement que « le lien entre les États et le secteur bancaire [doit être] brisé »<sup>892</sup>. Le conseil de résolution se retrouve, ainsi, seul en charge du traitement des défaillances bancaires, et unique responsable de ses conséquences. Dans la même logique, le Fonds de résolution unique est destiné à financer les mesures de résolution, à la place des autorités nationales. Ainsi, « le Fonds [contribue] à assurer l'uniformité des pratiques administratives de financement de la résolution et à éviter que des pratiques nationales divergentes n'entravent l'exercice des libertés fondamentales ou ne faussent la concurrence dans le marché intérieur »<sup>893</sup>. Il intervient notamment en cas d'insuffisance de l'outil de renflouement interne, en lieu et place du Fonds de garantie des dépôts et de résolution<sup>894</sup> qui assure cette mission pour les banques restant dans la compétence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

**357.** Le mécanisme de résolution unique dépossède donc les autorités nationales de leurs compétences en ce qui concerne le traitement de défaillances bancaires. Toutefois, son champ d'intervention est limité, d'une part, aux États ayant adhéré au mécanisme de supervision unique et, d'autre part, aux banques relevant de la surveillance directe de la Banque centrale européenne ou ayant une dimension transnationale<sup>895</sup>. Afin de déterminer les banques soumises à ces dispositions, il convient de s'attacher au mécanisme de surveillance unique (MSU). Dans l'optique de la surveillance bancaire, la Commission européenne a proposé, le 12 septembre 2012, l'élaboration de ce mécanisme, géré par la Banque centrale européenne<sup>896</sup>. Celui-ci a

---

<sup>892</sup> Considérant 19 du Règl. (UE) n° 806/2014, *op. cit.*

<sup>893</sup> Considérant 19 du Règl. (UE) n° 806/2014, *op. cit.*

<sup>894</sup> V. *supra*, n° 324.

<sup>895</sup> Art. 7 du Règl. (UE) n° 806/2014, *op. cit.*

<sup>896</sup> Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit, 12 sept. 2012.

été adopté le 15 octobre 2013<sup>897</sup>. Il permet de transférer au niveau européen les missions de surveillance des banques établies dans les États membres ayant adopté l'euro ou ayant choisi d'adhérer à l'union bancaire européenne<sup>898</sup>. L'objectif est de mettre en œuvre un contrôle cohérent du système bancaire sur le territoire de l'ensemble des États ayant adopté la monnaie unique, portant sur le respect des exigences prudentielles, l'anticipation des défaillances et la nécessité de veiller à ce que des mesures soient prises pour remédier à celles-ci, le cas échéant. Pour accomplir cela, la Banque centrale européenne est assistée des autorités nationales de surveillance, afin de s'assurer que les dispositions adoptées soient adaptées aux spécificités des systèmes bancaires nationaux et aux circonstances nationales<sup>899</sup>. Par le biais de ce mécanisme, la Banque centrale européenne devient donc seule compétente pour exercer la surveillance directe des banques entrant dans le champ d'application du règlement n° 1024/2013, telles que visées dans son article 6, 4. Elle supervise ainsi les banques dont les actifs sont supérieurs à 30 milliards d'euros ou alors à 5 milliards d'euros et qui représentent au moins 20 % du PIB de leur pays d'appartenance. Actuellement, 114 banques environ répondent à ces critères dans la zone euro, dont elles représentent presque 82 % des actifs bancaires totaux<sup>900</sup>. Ce sont ces banques qui sont également soumises au mécanisme de résolution unique. À l'inverse, les autorités nationales restent compétentes pour le traitement des défaillances des autres banques.

**358.** Afin de conserver une vision locale et d'emporter l'approbation des États membres lors du vote du règlement, le Parlement et le Conseil ont veillé à ce que ceux-ci soient toujours associés aux décisions du conseil de résolution : sa composition inclut une personne nommée par chaque État membre pour représenter ses autorités de résolution nationales<sup>901</sup>. Pourtant, malgré ce travail d'intégration, nous pouvons douter

---

<sup>897</sup> Règl. (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 oct. 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *JOUE* n° L 287 du 29 oct. 2013.

<sup>898</sup> Art. 2 du Règl. (UE) n° 1024/2013.

<sup>899</sup> Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Feuille de route pour une union bancaire, 12 sept. 2012, p. 6.

<sup>900</sup> Banque Centrale Européenne, *Le mécanisme de surveillance unique*. Disponible sur : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.fr.html>.

<sup>901</sup> Art. 43 du Règl. (UE) n° 806/2014, *op. cit.*

que, lors d'une situation de crise, le traitement des défaillances se déroule sans difficulté de coopération.

### **B. Une union bancaire désorganisée**

**359.** À la suite de la crise de 2007, la Commission européenne a multiplié les propositions de directive afin de mettre rapidement en place une union bancaire effective, pour éviter qu'un tel effondrement puisse se reproduire ou, du moins, limiter l'impact que cela aurait sur la stabilité du système économique et financier européen. Ces réformes du système bancaire s'avéraient, effectivement, nécessaires pour éviter une nouvelle crise systémique, et les propositions ont d'ailleurs toutes donné lieu à l'adoption d'une réglementation européenne, par voie de règlement ou de directive. Toutefois, si l'idée d'une telle union est ambitieuse, encore faut-il que sa mise en œuvre soit efficace, en pratique.

**360.** À titre préliminaire, il convient de soulever que si l'intention de la Commission était louable, sa vélocité pour proposer des directives en 2013 et 2014 a relevé de l'empressement, les propositions se succédant les unes aux autres. En conséquence, non seulement le Parlement européen et le Conseil de l'Union se sont retrouvés surchargés de propositions, sans savoir lesquelles étaient prioritaires, mais en plus cette rapidité s'est fait au détriment de la qualité des propositions de directives. Cet empressement a donc, très certainement, considérablement ralenti leur adoption. De plus, les critiques formulées à l'encontre de certains textes ont contribué à retarder davantage leur vote. Ce fut notamment le cas pour la proposition de directive sur la mise en place du mécanisme de surveillance unique bancaire (MSU), face à laquelle ses opposants invoquaient la dangerosité d'une concentration des pouvoirs et le risque de conflit d'intérêts qui résulte de la compétence de la Banque centrale européenne, celle-ci ayant déjà pour fonction la gestion de la politique monétaire<sup>902</sup>. Ces retards ne semblent, heureusement, pas avoir été préjudiciables à terme. Toutefois, il en ressort une accumulation de textes, qui se recoupent, voire se chevauchent et nuisent à la clarté

---

<sup>902</sup> BONNEAU Th., *op. cit.*, p. 129 et s.

de la réglementation. Il serait opportun de les simplifier en envisageant de réunir l'ensemble des directives et règlements dans un seul texte, éventuellement sous la forme d'un code, détaillant précisément les critères de compétence et les champs d'intervention de chaque autorité.

**361.** Concernant le mécanisme de résolution unique, il s'agit d'un outil ambitieux, mais qui doit toutefois faire ses preuves dans le cadre d'une crise, puisque son fonctionnement, en pratique, n'est pas certain actuellement. En effet, il est peu probable que la coopération entre les États membres et l'Union européenne soit sans accroc dans le contexte d'une crise. Le risque d'un blocage n'est pas anodin, alors même que les dépôts des particuliers pourraient être menacés et qu'une action rapide est à privilégier pour limiter la défaillance. Ainsi, nous pouvons anticiper, dans une telle situation, un protectionnisme unilatéral de la part de certains États membres, qui nuirait aux intérêts des autres États concernés. Par ailleurs, l'articulation entre tous les mécanismes prévus par la réglementation laisse à craindre des conflits de compétence, qui risquent de retarder le traitement des défaillances bancaires. Ainsi, en l'état, pour la résolution d'une banque, il faudra composer avec le mécanisme de surveillance unique, le mécanisme de résolution unique, le Fonds de résolution unique et le collège d'autorités de résolution. Nous ne pouvons pas non plus ignorer le risque que les autorités nationales aient connaissance d'une situation de défaillance, sans en alerter les entités supranationales, afin de tenter de traiter par elle-même la défaillance (potentiellement par l'octroi d'aides d'État) pour conserver sa compétence sur les banques établies sur le territoire de l'État membre dont elle relève, en dépit du mécanisme de résolution unique. Par ailleurs, sans même anticiper une situation de crise, la collaboration entre les entités établies par la réglementation européenne ne semble pas assurée. L'impression qui ressort de leurs champs de compétence respectifs est que chacune travaille à l'élaboration de normes de façon isolée, alors pourtant qu'elles devraient collaborer pour assurer la création de règles communes et harmonisées. En effet, si chacune émet des recommandations isolément, la conformité des banques risque de devenir difficile à respecter pour celles-ci et à vérifier pour les États.

**362.** En second lieu, malgré la multiplication des directives, certains aspects qui mériteraient d'être réformés ne le sont pas. Il faut noter que la Commission européenne a prévu de présenter de nombreuses autres propositions de directive au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne. Ainsi, elle étudie, notamment, la mise en place d'une réglementation relative à la finance parallèle, la fiabilité des notations de crédit, ou encore la régulation des hautes rémunérations dans le secteur bancaire<sup>903</sup>. Pourtant, une réforme audacieuse et nécessaire n'est pas envisagée, il s'agit de la liquidation judiciaire d'une banque défaillante, une fois les fonctions critiques sauvegardées<sup>904</sup>. Si une telle réforme n'est examinée dans aucun État, ni par les institutions de l'Union européenne, plusieurs juristes évoquent cette possibilité<sup>905</sup>. La réglementation met, en effet, l'accent sur la prévention des difficultés et envisage, en tout dernier recours, la possibilité de résoudre une banque tout en préservant certaines dans ses activités, mais une véritable liquidation judiciaire n'est pas prévue à ce jour (bien qu'elle soit théoriquement possible puisque rien ne s'y oppose dans la réglementation). Ainsi, même s'il faut noter l'indéniable progression dans le traitement des difficultés d'une banque grâce aux réformes *post-crise*, le principe « *too big to fail* » demeure. Lorsqu'une banque est importante, du fait de sa propre activité ou de ses interconnexions avec les autres établissements de crédit, et même si une procédure de résolution des défaillances bancaires est mise en œuvre, le risque d'un recours aux aides publiques pour rétablir sa stabilité et éviter une liquidation demeure. Pourtant, la mise en œuvre de cette procédure collective permettrait d'éviter totalement le recours à ces aides, supprimant alors l'aléa moral, dès lors que la sauvegarde des fonctions critiques est assurée. Cela aurait aussi pour avantage d'user de procédures déjà connues par les praticiens et faciles mettre en œuvre, à la différence de la procédure de résolution dont la mise en pratique n'a pas encore eu l'occasion d'être testée. Enfin, la liquidation judiciaire est un moyen de sanctionner la mauvaise gestion des dirigeants d'une banque, donc de les responsabiliser. La crainte d'une telle procédure collective oblige, en effet, les mandataires sociaux des banques à être particulièrement attentifs

---

<sup>903</sup> Commission européenne, *Mémo : Vers une union bancaire*, 10 sept. 2012, MEMO/12/656, p. 4.

<sup>904</sup> V. *supra*, n° 331.

<sup>905</sup> DE VAUPLANE H., « Une banque en difficulté (sérieuse) doit elle disparaître ? », 10 juin 2012. Disponible sur : <http://alternatives-economiques.fr/blogs/vauplane/2012/06/10/une-banque-en-difficulte-serieuse-doit-elle-disparaitre/>.



aux risques qu'elles encourent, afin d'éviter celle-ci et les sanctions personnelles qu'ils encourent dans ce cadre.

## Chapitre 2 – Des mécanismes de répression à développer

**363.** Les réglementations élaborées en France et au niveau européen à la suite de la crise de 2007 ont permis de mettre en place un cadre de résolution des défaillances bancaires qui, certes, n'est pas exempt de critiques, mais a le mérite de tenter d'harmoniser les procédures au niveau européen et de limiter l'aléa moral au profit de la responsabilisation des dirigeants et des créanciers. Les législateurs y ont même inclus des sanctions à l'égard des dirigeants des banques défaillantes, notamment, d'un point de vue financier, la dilution par l'augmentation du capital social<sup>906</sup> ou la dépréciation de leurs créances<sup>907</sup> et l'interdiction de la distribution d'un dividende<sup>908</sup> et, au niveau de la gestion, la révocation de leur mandat social<sup>909</sup>. Toutefois, celles-ci n'apparaissent pas comme étant suffisamment dissuasives pour inciter les dirigeants à une gestion prudente. Particulièrement, leurs conséquences pécuniaires ne seront jamais à la hauteur des « parachutes dorés » dont ils peuvent bénéficier et qui viennent largement compenser les pertes qu'ils pourraient subir dans le cadre des mesures de résolution<sup>910</sup>. L'efficacité de la directive 2014/59/UE, telle que transposée en droit français, pour dissuader tout comportement à risque de la part des instances dirigeantes de la banque est donc discutable. Ce n'était toutefois pas l'apport ni l'objectif principal de cette réglementation ; la restriction de l'aléa moral et les mesures pour éviter l'effet de contagion étant bien plus essentielles. En revanche, le droit positif français prévoit déjà un certain nombre de sanctions pour le dirigeant qui n'aurait pas été diligent. C'est particulièrement le cas lorsqu'une procédure collective est ouverte en conséquence de

---

<sup>906</sup> V. *supra*, n° 326.

<sup>907</sup> V. *supra*, n° 320.

<sup>908</sup> V. *supra*, n° 314.

<sup>909</sup> V. *supra*, n° 315.

<sup>910</sup> LELIEVRE A., « Les indemnités de départ chez Deutsche Bank font polémiques », *Les Échos*, 10 juill. 2019. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/les-indemnitees-de-depart-chez-deutsche-bank-font-polemique-1036974>.

difficultés de l'entreprise. Dans une telle situation, le dirigeant encourt cumulativement des sanctions civiles (SECTION 1) et pénales (SECTION 2).

## Section 1 – Les sanctions civiles des procédures collectives

**364.** Les procédures collectives sont un ensemble de trois dispositifs institués respectivement aux articles L. 620-1, L. 631-1 et L. 640-1 du code de commerce : la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire. Ils ont pour objectif de constituer des corpus de règles et méthodologies communes pour faciliter le traitement des défaillances de sociétés, permettre une résolution organisée et garantir les droits des créanciers, grâce notamment à un désintéressement selon une hiérarchie précise. Leur mise en œuvre est graduelle, en fonction de l'ampleur des difficultés de l'entreprise, mais pas nécessairement successive (c'est-à-dire qu'il n'est pas fréquent que l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ait été précédée par un redressement et une sauvegarde). En revanche, à tout moment lors de l'application de ces dispositifs, des sanctions peuvent être prises à l'encontre des dirigeants. Ce volet répressif des procédures collectives, prévu au Titre V du Livre VI du code de commerce, a pour but de responsabiliser le dirigeant et de le sanctionner lorsqu'il a manqué de diligence, voire qu'il a eu un comportement frauduleux.

**365.** L'élément préalable de ce système répressif est donc de déterminer en priorité la personne du dirigeant. En effet, aux termes des articles L. 651-1, L. 651-2, L. 653-1, 2° et L. 654-1, 2° du code de commerce, tous les dirigeants de droit ou de fait, français ou étrangers, rémunérés ou non, peuvent faire l'objet des sanctions prévues par le Livre VI. Ces dispositions sont largement inclusives afin de permettre, d'une part, une effectivité la plus étendue possible desdites sanctions et, d'autre part, leur application à la personne à laquelle les faits sont réellement imputables. Il serait en effet inefficace de ne pas tenir compte de l'existence de dirigeants de fait et de rester cantonné à ceux de droit, au risque de voir se multiplier les « hommes de paille »<sup>911</sup>. En pratique, il s'agit de personnes assumant de façon artificielle, mais pour autant

---

<sup>911</sup> LE GOFF L., « Dirigeant de société : être un "homme de paille", c'est risqué ! », *Les Échos Entrepreneurs*, 16 nov. 2012. Disponible sur : <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/10023698-dirigeant-de-societe-etre-un-homme-de-paille-c-est-risque-34692.php>.

officielle et publique la gestion de la société sous couvert et en lieu et place du réel dirigeant. Ce montage a pour objectif de permettre à ce dernier de s'exonérer de sa responsabilité de fait, en déportant les risques de sanctions civiles et pénales sur le dirigeant de droit. Une analyse *in concreto* de la situation est donc nécessaire pour identifier les éventuels dirigeants de fait. Toutefois, il ne faut pas non plus négliger la détermination de la qualité de dirigeant de droit, qui peut ne pas être aisée dans certains types de sociétés.

**366.** Concernant le dirigeant de droit, il est facile de considérer qu'il s'agit du représentant légal de la société, tel que désigné par les actes juridiques de la société. Si, dans une société personnelle, ce raisonnement semble en effet pertinent, il est bien moins évident pour les sociétés anonymes. Ainsi, comment sont donc considérés les membres du conseil d'administration ou de surveillance en cas de défaillances susceptibles de sanctions ? Le législateur a fait un travail de précision en la matière en s'attachant à désigner clairement les dirigeants dans chaque type de société :

- Concernant les sociétés anonymes à conseil d'administration, la loi s'est chargée de déterminer le statut des administrateurs : ils sont considérés par application, notamment, des articles L. 225-17 et L. 225-255 du code de commerce comme étant des dirigeants de droit. Cette qualité a été confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dès 1973<sup>912</sup>, et ce même s'ils n'assument pas la direction générale de la société<sup>913</sup>.
- Pour ce qui est des sociétés anonymes à conseil de surveillance et directoire, l'article L. 225-256 du code de commerce dispose expressément que les membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs. À ce titre, ils sont considérés comme étant des dirigeants de droit. À l'inverse, les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de gestion et de leur résultat (article L. 225-

---

<sup>912</sup> Cass. com., 23 mai 1973, n° 72-11.202, Champeau c/Barrau le Foll : Bull. 1973, n° 185.

<sup>913</sup> Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-14.026, 09-16.522, 09-67.661 : Bull. 2011, IV, n° 87 ; D. 2011. Actu. 1551, obs. LIENHARD A. ; Rev. sociétés 2011. 521, obs. ROUSSEL GALLE Ph.

257 du code de commerce). Toutefois, cette disposition n'exclut pas le fait que ces derniers puissent être considérés, le cas échéant, comme des dirigeants de fait.

Il doit être souligné qu'une personne morale peut être qualifiée de dirigeant. Dans ce cas, le représentant de celle-ci peut être, non seulement, solidairement tenu par une sanction qui serait prononcée à l'encontre de la personne morale, mais aussi responsable comme s'il était dirigeant en son nom propre de la société sous procédure collective. Toutefois, une telle décision ne peut être prononcée que si la personne physique a été nommée « représentant permanent » de la personne morale qu'il dirige<sup>914</sup>.

**367.** Quant aux dirigeants de fait, ce sont des personnes physiques ou morales qui n'ont pas été régulièrement nommées à la direction, mais qui assument, en pratique, les fonctions conférées par le mandat social. Il peut également s'agir d'un groupe de personnes. C'est le cas, par exemple, lorsque les membres du conseil de surveillance d'une société anonyme décident d'assurer la direction et la gestion de celle-ci, mais que les actes accomplis par chacun d'eux ne suffisent pas à suspecter une direction de fait à titre individuel<sup>915</sup>.

Le législateur n'a pas adopté de définition pour permettre d'identifier les dirigeants de fait ; c'est donc la Cour de cassation qui s'est chargée, dans sa jurisprudence (abondante en la matière<sup>916</sup>), d'établir des faisceaux d'indices. L'appréciation doit être réalisée *in concreto*, et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>917</sup>. La qualité de dirigeant de fait doit, bien évidemment, être prouvée et ne se présume pas<sup>918</sup>. Pour cela, il convient d'apporter des éléments justifiant que la personne est impliquée dans une participation effective à la gestion de la société. Cela

---

<sup>914</sup> Cass. com., 2 déc. 1986, n° 85-11.307, Dreux c/Gourdain : Bull. 1986, IV, n° 232.

<sup>915</sup> RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Documentation Experte – Dirigeants*, n° 13048.

<sup>916</sup> HEINICH J., « Les dirigeants de fait : Du neuf dans de l'ancien », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, sept.-oct. 2018, n°5.

<sup>917</sup> Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-19.064, Chevreux c/Receveur divisionnaire des impôts d'Albi : Bull. 1991, IV, n° 332.

<sup>918</sup> Cass. com., 6 mai 1980, n° 78-15.775, Cros c/Dupuy : Bull. 1980, IV, n° 175.

se caractérise par l'exercice en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction engageant la société<sup>919</sup>. Il s'agit donc d'une immixtion dans les fonctions critiques de la société (par exemple, disposer de la signature bancaire sur les comptes de la société, décider des embauches et licenciements, etc.). Ainsi, la qualité d'associé, même majoritaire, n'emporte pas nécessairement celle de dirigeant de fait car elle ne peut pas être considérée, en elle-même, comme impliquant une participation effective à la gestion sociale<sup>920</sup>.

**368.** Une fois les dirigeants de droit et, le cas échéant, de fait déterminés, il faut s'attacher à identifier celui qui a commis la faute susceptible d'être sanctionnée. En effet, leur responsabilité n'est pas nécessairement conjointe, ni solidaire. Ainsi, le dirigeant de fait ne sera pas considéré automatiquement comme co-responsable des agissements du dirigeant de droit ou d'un autre dirigeant de fait. En la matière, des poursuites ne peuvent être engagées vis-à-vis d'une personne que pour les agissements qui lui sont imputables. En conséquence, si le fait générateur remonte à une période durant laquelle le dirigeant n'était pas encore en fonction, la responsabilité de son prédécesseur pourra être recherchée, même si celui-ci n'exerce plus aucune activité en relation avec la société. Le travail jurisprudentiel réalisé s'attache donc à déterminer précisément le responsable des négligences ou fautes. Cela s'explique en partie par la nature même des sanctions qui sont liées au droit des procédures collectives : d'une part, la répression pénale par la qualification de faits délictueux<sup>921</sup> et, d'autre part, l'atteinte directe du patrimoine du dirigeant (§1), voire de sa capacité à diriger une société (§2).

---

<sup>919</sup> Cass. com., 25 janv. 1994, n° 91-20.007, Chibi c/Didier, inédit.

<sup>920</sup> Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045 : Bull. 2005, IV, n° 174 ; D. 2005. AJ 2071, obs. LIENHARD A. ; Gaz. proc. coll. 2005/3, n° 1, obs. VOINOT D. ; Act. proc. coll. 2005, n° 193, note REGNAUT-MOUTIER C. ; Rev. sociétés 2006. 163, note LUCAS F.-X. ; Rev. proc. coll. 2006. 52, n° 10, obs. LEBEL C. ; Rev. proc. coll. 2006. 290, n° 2, obs. MARTIN-SERF A.

<sup>921</sup> V. *infra*, n° 398 et s.

### ***§1. Une responsabilité patrimoniale pour insuffisance d'actif inadaptée***

**369.** L'article L. 651-2 du code de commerce prévoit que lorsqu'une personne morale à l'encontre de laquelle a été ouverte une procédure de liquidation judiciaire se retrouve en situation d'insuffisance d'actif, le tribunal peut décider (sous conditions) que le montant de celle-ci soit supporté en tout ou partie par les dirigeants de fait ou de droit. En premier lieu, il convient de souligner que cette action en comblement du passif social ne peut être mise en œuvre que lorsque la société est en liquidation judiciaire. Elle n'est pas admise lorsqu'elle est dans une situation de redressement ou de sauvegarde. Pour cette dernière procédure, l'exclusion est logique car la sauvegarde a pour objectif de rétablir la stabilité de la société et repose donc sur une coopération totale avec les dirigeants, qui sont les seuls à pouvoir demander l'ouverture d'une telle procédure puisque la société n'est pas encore en état de cessation des paiements<sup>922</sup>. En conséquence, faire peser sur les dirigeants un risque de poursuite pour comblement du passif les dissuaderait nécessairement de solliciter une telle procédure. Cela serait d'autant plus dommageable que celle-ci a pour objectif de prendre les difficultés le plus en amont possible, de sorte à augmenter les chances d'un rétablissement.

Concernant le redressement judiciaire, l'exclusion paraît moins justifiée de prime abord, mais demeure logique si nous tenons compte de la distinction entre une société qui pourrait solliciter cette procédure, et une autre qui serait en liquidation judiciaire. En effet, le redressement est accessible aux sociétés pour lesquelles l'état de cessation des paiements est caractérisé, mais la possibilité de rétablir la stabilité de celle-ci existe<sup>923</sup>. L'objectif est la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif<sup>924</sup>. Ainsi, dans l'éventualité où la procédure de redressement judiciaire aboutit, aucune insuffisance d'actif ne persistera. En revanche, si tel n'est pas le cas, elle sera transformée en liquidation judiciaire<sup>925</sup>, ouvrant la possibilité d'une action en comblement du passif à l'encontre des dirigeants.

---

<sup>922</sup> Art. L. 620-1 du C. com.

<sup>923</sup> Art. L. 631-7 du C. com.

<sup>924</sup> Art. L. 631-1 et art. L. 631-20-1 du C. com.

<sup>925</sup> Art. L. 631-15 du C. com.



**370.** L'action en comblement du passif à l'égard des dirigeants a pour objectif de les responsabiliser dans la gestion de leur société, notamment d'assurer les diligences et faire preuve de la prudence nécessaire pour éviter les situations de défaillance. Faisant partie intégrante du droit commun des procédures collectives depuis de nombreuses années, cette sanction peut être appliquée dans le cadre de n'importe quelle liquidation judiciaire. Elle devrait donc logiquement pouvoir être mise en œuvre également dans le cas de la faillite d'une banque pour laquelle tout redressement aurait échoué. Pourtant, outre la frilosité des États à ouvrir une procédure de liquidation envers une banque, le recours à un tel outil n'a pas été envisagé par les législateurs, y compris dans le cadre des mesures de résolution. En effet, il résulte du fonctionnement même du mécanisme de comblement du passif (§1) qu'il est inadapté à de nombreuses situations, et particulièrement à celle des banques systémiques (§2).

#### **A. Les modalités d'application de l'action en comblement de passif**

**371.** Cet outil prévu aux articles L. 651-2 et suivants du code de commerce constitue la seule sanction patrimoniale encourue par le dirigeant d'une société soumise à une procédure collective en France. Pour pouvoir être mis en œuvre, trois conditions doivent être remplies : l'ouverture d'une liquidation judiciaire, une insuffisance d'actifs et une faute de gestion du dirigeant ayant contribué à celle-ci (c'est-à-dire que la démonstration d'un lien de causalité est nécessaire). Le premier critère est facile à contrôler dans la mesure où il relève d'une situation juridique pure. Quant à l'insuffisance d'actifs, certaines indications doivent être apportées. Juridiquement, celle-ci est définie comme étant la différence entre le passif déclaré et admis dans le cadre de la procédure, d'une part, et l'actif disponible, d'autre part<sup>926</sup>. Si ce calcul ne devrait pas constituer une difficulté en soit, le moment de la détermination de celui-ci doit être précisé. Ainsi, à défaut d'information dans le code de commerce, la Cour de cassation s'est attachée à définir cette date : dans sa jurisprudence constante<sup>927</sup>, elle indique que l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent

---

<sup>926</sup> Cass. com., 24 mai 2018, 16-29.116, inédit.

<sup>927</sup> Notamment : Cass. com., 30 janv. 1990, n° 88-15.873, Blomme c/Malaise ès qual., Bull. 1990, IV n° 30 ; Cass. com., 16 mars 1999, n° 95-20.814, Doukhan c/Charrière ès qual., Bull. 1990, IV, n° 61 : RJDA 5/99 n° 585, Bull. Joly 1999. 757, note SAINT-ALARY-HOUIN C.

être appréciés au moment où le tribunal statue sur la demande de comblement de passif. En conséquence, cette évaluation ne se fait pas au moment du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective, mais *a posteriori*, sans qu'un délai ne soit imposé pour la réaliser. Un tel décalage a entraîné des contestations de la part de certains dirigeants condamnés qui estimaient que le passif avait augmenté entre le jour de l'ouverture de la procédure et celui du prononcé de la condamnation<sup>928</sup>. Pourtant, les dettes nées après le jugement d'ouverture n'entrent pas dans le passif pris en compte pour déterminer l'insuffisance d'actif<sup>929</sup>, alors qu'à l'inverse les créances réglées depuis cette date ne doivent pas être prises en compte<sup>930</sup>, ce qui vient en conséquence diminuer le passif exigible. Dès lors, la décision de la Cour de cassation de reporter l'évaluation de l'insuffisance d'actif postérieurement à la date d'ouverture de la procédure doit généralement bénéficier aux dirigeants, et constitue donc une mesure favorable, sauf lorsque ceux-ci ont tenté de dissimuler une partie du passif exigible.

**372.** Le troisième critère à prendre en compte pour le déclenchement d'une action en comblement de passif est celui de la faute de gestion. Il est le plus difficile à caractériser, mais est indispensable puisqu'il ne serait pas envisageable de prononcer une sanction pécuniaire à l'égard d'un dirigeant de bonne foi et ayant accompli toutes les diligences nécessaires pour une administration saine et prudente de sa société. En l'absence de définition par les textes de la faute de gestion, ce sont les tribunaux qui, au cas par cas des affaires qu'ils ont eu à connaître, ont déterminé ce que recouvre cette notion. Initialement, une faute pouvait facilement être qualifiée par le juge car il suffisait d'une simple négligence pour qu'elle soit caractérisée. Cette souplesse, permettant une qualification aisée de la faute de gestion, offrait l'avantage d'éviter des contentieux d'interprétation. Toutefois, la loi dite « Sapin II » est venue assouplir la réglementation en exigeant une faute plus importante qu'une simple négligence, cela

---

<sup>928</sup> Cass. com., 27 févr. 1978, n° 76-13.867, Contini c/Garnier ès qual., Bull. 1977, IV n° 91.

<sup>929</sup> Cass. com., 28 avril 1998, n° 95-21.969, Laroppe ès qual. c/Morel : RJDA 8-9/98 n° 1000, RTD com. 1999. 187, obs. LAUDE A., Rev. proc. coll. 2000, 49, n° 7, obs. DELENEUVILLE J.-M. ; Cass. com., 18 mars 2008, n° 02-21.616, Azevedo Da Silva c/Sté Perney Angel ès qual. : RJDA 7/08 n° 832, *Dr. sociétés* 2008, n° 151, note LEGROS J.-P.

<sup>930</sup> Cass. com., 28 févr. 1995, n° 92-18.572 : RJDA 1995, n° 651.

« afin de faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation judiciaire »<sup>931</sup>. S'il est louable de ne pas vouloir acculer le dirigeant de bonne foi, il aurait été plus qu'appréciable que le législateur précise la qualification de faute de gestion permettant de déclencher une action en comblement de passif, afin d'éviter des contentieux futurs. En effet, sans définition, la frontière avec une faute légère est délicate à établir. Le travail de qualification repose donc à nouveau sur les juges judiciaires et il est fort probable que la modification entérinée par la loi dite « Sapin II » entraîne de nombreuses opportunités pour que la Cour de cassation puisse affiner sa position quant à la notion de « simple négligence ».

**373.** Une fois la faute qualifiée, il convient de prouver que celle-ci est imputable au dirigeant poursuivi<sup>932</sup> et qu'elle ait un lien de causalité avec l'insuffisance d'actif constatée. À cet égard, les juges ont eu l'occasion de préciser certaines situations qui ne relèvent pas de la faute de gestion. C'est notamment le cas, fort logiquement, des décisions qui ne relèvent pas de l'attribution du dirigeant, tels que :

- La tenue d'une comptabilité incomplète s'il n'est pas démontré qu'il s'est immiscé dans celle-ci<sup>933</sup> ;
- L'absence de recapitalisation d'une société qui serait imputable aux actionnaires<sup>934</sup> ; ou encore
- L'apport insuffisant de fonds propres lors de la constitution de la société, qui est imputable aux associés<sup>935</sup>.

---

<sup>931</sup> L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287 du 10 déc. 2016.

<sup>932</sup> Cass. com., 16 avril 1996, n° 94-13.526, *Alvès c/Chavinier ès qual.* : RJDA 7/96 n° 977, *Rev. sociétés* 1997. 611, note HENRY C.

<sup>933</sup> CA Paris 29 mars 2002 n° 01-9596 : RJDA 2/03 n° 172, *JCP E* 2002, n° 46, *Dr. sociétés* 2003, n° 88, note LEGROS J.-P.

<sup>934</sup> Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755 : RJDA 2/16 n° 137, *Bull. Joly* 2016, 157, note HEINICH J., *Rev. proc. coll.*, mai 2016, n° 93, note MARTIN-SERF A. ; Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-23.649 : RJDA 4/18 n° 344, *Dr. sociétés* 2018, 47, obs. LEGROS J.-P., *BJE* 2018, 212, obs. FAVARIO Th., *BJS* 2018, 170, note HEINICH J.

<sup>935</sup> Cass. com., 10 mars 2015, n° 12-15.505 : RJDA 6/15 n° 452, *D.* 2015. Actu. 678, obs. LIENHARD A., *Act. proc. coll.* 2015, n° 107, obs. VALLANSAN J., *Bull. Joly* 2015, 244, note PARACHKÉVOVA I.

Concernant le lien de causalité, la faute de gestion doit avoir eu un impact direct sur la caractérisation de l'insuffisance d'actif. Ainsi, un dirigeant n'ayant pas inscrit en comptabilité une dette sociale dont l'omission n'a pas contribué à la création de l'insuffisance d'actif ne peut être condamné au comblement du passif sur la base de ce fait<sup>936</sup>. En revanche, est considéré comme une faute de gestion ayant un lien direct avec une telle insuffisance le fait pour un gérant de ne pas avoir déclaré la cessation des paiements dans le délai légal, même si ce retard est dû à l'application de conseils d'un tiers, fût-ce le président du tribunal de commerce<sup>937</sup>. Il en est de même quant au fait de s'être octroyé une rémunération excessive<sup>938</sup> ou de ne pas avoir tenté d'obtenir une augmentation de capital nécessaire à la survie de l'entreprise<sup>939</sup>. L'appréciation se fait clairement en fonction de la situation de fait et relève donc de la souveraineté du juge du fonds. Globalement, il résulte de la jurisprudence en la matière qu'une faute, même légère, peut suffire pour caractériser une condamnation au titre de l'article L. 651-2 du code de commerce.

**374.** En conséquence, compte tenu des attitudes imprudentes et risquées des banques avant et pendant la crise, qui reposaient sur la certitude de pouvoir bénéficier de l'aléa moral, il apparaît clairement que des fautes de gestion auraient pu être aisément caractérisées dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire. De ce fait, il est légitime de se demander si l'action en comblement de passif ne devrait pas être étendue aux procédures de résolution des banques, telles que mises en place par la directive 2014/59/UE, ce qui irait dans le sens d'une diminution de l'aléa moral en faisant peser, là encore, les pertes sur les décisionnaires au sein de la banque (qu'ils soient dirigeants de droit ou de fait) plutôt que sur les fonds publics.

---

<sup>936</sup> Cass. com., 3 juill. 2012, n° 10-17.624 : RJDA 11/12 n° 988.

<sup>937</sup> Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-20.554, Bull. 1993, IV, n°440 : RJDA 4/94 n° 460, Bull. Joly 1994, 410, note PÉTEL Ph.

<sup>938</sup> Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-24.779 : RJDA 10/16 n° 715, Bull. Joly 2016. 677, note MOUIAL BASSILANA E., Bull. Joly Entrep. diff. 2016. 340, note FAVARIO T.

<sup>939</sup> Cass. com., 12 juill. 2016, n° 14-23.310 F-D : RJDA 12/16 n° 889, Rev. sociétés 2017, 44, note HEINICH J.

## **B. L'application illusoire de l'action en comblement de passif aux dirigeants de banques**

**375.** La réglementation relative à l'action en comblement de passif est destinée à s'appliquer à n'importe quel dirigeant de société, soumise à une procédure de liquidation judiciaire, qui aurait commis une faute de gestion ayant un lien direct avec l'insuffisance d'actif de celle-ci. Aucune exception n'est prévue par le législateur français, qui serait au bénéfice de certaines sociétés. En conséquence, les dirigeants d'une banque en liquidation judiciaire devraient pouvoir être soumis à une telle sanction, si les conditions sont remplies, au même titre que n'importe quel autre décisionnaire. Par ailleurs, compte tenu des problématiques d'aléa moral qui sont ressorties de façon prégnante de la crise de 2007 et de la volonté affichée des législateurs européens (dont français) de le limiter, il serait logique que la procédure en comblement de passif soit effectivement appliquée dans le cadre de la liquidation judiciaire d'une banque, et soit même étendue à la procédure de résolution instaurée par la directive 2014/59/UE. Dans la même idée que le mécanisme du *bail-in*, cela permettrait de reporter une partie des pertes sur des personnes ayant eu un rôle dans la gestion de la banque, et donc étant directement responsables des risques auxquels elle a été soumise.

**376.** Si cette attente est bien légitime, elle est, en pratique, utopiste à plusieurs titres. D'une part, d'un point de vue politique, nous avons pu constater lors de la crise de 2007 qu'aucune banque française, peu importe sa taille, son aspect systémique et ses activités (banque de dépôt, banque d'affaires ou banque universelle), ne s'est retrouvée dans le cadre d'une procédure collective, quelle qu'elle soit. Pourtant, il est impossible d'affirmer qu'aucune d'entre elles ne réunissait les conditions pour ouvrir, *a minima*, une sauvegarde judiciaire<sup>940</sup>. Si tel était effectivement le cas, rien ne justifierait les aides de l'État français consenties à cette époque<sup>941</sup>. Nous pouvons donc

---

<sup>940</sup> Sur les conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde judiciaire, v. art. L. 620-1 du C. com. : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. »

<sup>941</sup> V. notamment *supra*, n° 142.

en déduire une volonté politique d'éviter à tout prix l'ouverture d'une procédure collective vis-à-vis d'une banque, comme nous avons déjà pu le constater lors de l'étude des législations européenne et française adoptées à la suite de l'effondrement du système financier en 2007-2008. En conséquence, la seule possibilité de soumettre les dirigeants d'une banque au mécanisme de comblement du passif serait d'étendre son champ d'application aux procédures de résolution de la directive 2014/59/UE. Toutefois, nous ne pouvons que constater que cela n'a pas été réalisé lors de la transposition de la directive en droit français. Par ailleurs, aucune volonté en ce sens n'a été exprimée à l'occasion de la mise en place des réglementations post-crise. Il est donc vraisemblable qu'une telle extension du champ d'application du comblement du passif dans le cadre d'une insuffisance d'actif ne sera jamais envisagée. Cela d'autant plus que si la volonté politique est d'éviter l'ouverture de procédures collectives pour les banques, certainement pour éviter un contexte de panique, il est fort probable que le raisonnement serait le même pour l'application de la sanction de l'article L. 651-2 du code de commerce. Nous ne pouvons qu'en conclure, une nouvelle fois, concernant les mesures de résolution adoptées à la suite de la crise, que si l'initiative est à saluer, la mise en place pratique ne permet pas d'aboutir *in fine* à la liquidation d'une banque, qui devrait être traitée comme n'importe quelle autre société, une fois les fonctions critiques de celle-ci<sup>942</sup> isolées et sécurisées.

**377.** Outre cette inaction du législateur français pour soumettre effectivement les banques, dont les fonctions critiques ont été préservées, au droit commun des procédures collectives, il faut reconnaître que le recours au mécanisme de comblement du passif est, dans un cadre systémique, utopiste. La nécessité de traiter *in fine* les banques comme n'importe quelle autre société en matière d'insolvabilité est un élément clé pour contenir efficacement l'aléa moral et responsabiliser les dirigeants des banques. Toutefois, le recours à la sanction de l'insuffisance d'actif pour une société qui ne relève pas de la définition des petites et moyennes entreprises s'avère délicat. C'est donc d'autant plus le cas pour les banques d'ampleur systémique. En effet, le comblement du passif a pour objectif de désintéresser des créanciers en imposant aux dirigeants fautifs de supporter une partie, voire la totalité, des pertes. Or,

---

<sup>942</sup> V. *supra*, n° 259.

sur cette base, deux obstacles se dressent : d'une part, il est nécessaire d'identifier une faute de gestion, et, d'autre part, il est hautement improbable que les capacités financières des dirigeants de la banque défaillante puissent permettre de faire face à une partie significative des dettes.

**378.** Concernant la faute de gestion, s'il est évident que des risques démesurés ont pu être pris par des banques françaises au moment de la crise<sup>943</sup>, démontrer celle-ci et surtout identifier le responsable dans un contexte de crise peuvent s'avérer délicat. Ainsi, la Cour de cassation a indiqué qu'aucune faute de gestion ne peut être retenue lorsque la défaillance d'une entreprise a pour origine la conjoncture économique<sup>944</sup>. Si cela semble effectivement pleinement justifié, il est fort probable qu'un tel argument serait opposé par les dirigeants des banques dans une situation similaire à celle de 2007. Par ailleurs, la complexité et la technicité de l'organisation des banques systémiques, des actifs qu'elles gèrent et de leurs opérations – surtout pour les aspects relatifs aux banques d'affaires – risquent de rendre extrêmement difficile la répartition des responsabilités lorsqu'une faute de gestion sera constatée. S'agissant d'une réglementation répressive, ayant des impacts directs et personnels sur les dirigeants condamnés, il n'est pas possible d'appliquer les sanctions patrimoniales sans être certain de l'identification de la personne fautive. Or, il est à craindre que cette certitude soit quasiment impossible à atteindre dans le contexte d'une banque universelle systémique.

**379.** Enfin, s'agissant de l'objectif même du comblement du passif, c'est-à-dire la possibilité de couvrir une partie, voire la totalité, des dettes de la société défaillante en imposant au dirigeant de s'acquitter de celles-ci, l'efficacité de ce mécanisme appliqué à des banques d'ampleur systémique est, à regret, illusoire. Il est, en effet, impossible pour les dirigeants d'un tel établissement de supporter des pertes à hauteur de celles qui ont pu être constatées lors de la crise de 2007. Leur imposer de tels montants les

---

<sup>943</sup> Par exemple, au regard de la jurisprudence, il est probable que le manque d'instauration de contrôles bloquants par la Société Générale sur les opérations de son trader lors de « l'affaire Kerviel » serait considéré comme une faute de gestion par les juges judiciaires.

<sup>944</sup> Cass. com., 20 avril 2017, n° 15-19.750 : RJDA 8-9/17 n° 574, RTD com. 2017, 437, obs. VALLENS J.-L., Dr. sociétés 2017, n° 8-9, comm. 151, LEGROS J.-P.

mettraient nécessairement dans une position d'insolvabilité personnelle. En définitive, le recours au comblement du passif dans ce contexte ne permettrait que de couvrir un montant infime des dettes et serait, à ce titre, très peu efficace. Demeure cependant l'aspect dissuasif d'un tel mécanisme pour les dirigeants qui se retrouveraient fortement endettés. S'il n'est pas à négliger, l'ensemble des obstacles précités pour la mise en place des mesures de comblement du passif s'avèrent trop importants pour envisager de ne bénéficier que de l'effet incitatif à une gestion saine et prudente de la banque. D'autant plus que cet impact serait probablement limité, si les juges judiciaires décident, face aux difficultés de mise en œuvre, de ne jamais recourir en pratique à ce mécanisme.

**380.** La sanction civile patrimoniale prévue par le droit commun des procédures collectives ne semble donc pas pouvoir être mis en œuvre de façon effective pour pénaliser les dirigeants de banques non diligents et les inciter à une gestion saine et prudente. En effet, la démesure d'une banque d'ampleur systémique rend le mécanisme de comblement du passif inefficace et difficilement applicable en pratique. En revanche, l'autre sanction civile prévue dans le Livre VI du code de commerce a pour objectif d'avoir des conséquences directes sur la situation des dirigeants, puisqu'elle les soumet aux règles de la faillite personnelle. Un tel mécanisme pourrait s'avérer suffisant pour dissuader l'excès de risque au sein des banques.

## ***§2. La faillite personnelle comme solution incitative à une gestion saine des banques ?***

**381.** La faillite personnelle relève des articles L. 653-2 et suivants du code de commerce, elle est liée à l'interdiction de gérer qui peut être prononcée indépendamment<sup>945</sup> ou non<sup>946</sup>. En tant que sanction personnelle, elle est propre à l'individu à l'encontre duquel elle est prise et ne peut être transmise à d'éventuels héritiers (à la différence de la sanction d'ordre patrimonial du comblement de passif). Pour ces mêmes raisons de caractère *intuitu personae*, les personnes morales

---

<sup>945</sup> Art. L. 653-8 du C. com.

<sup>946</sup> Art. L. 653-2 du C. com.



n'encourent pas cette sanction personnelle, en cas de procédure collective de la société qu'elles dirigent. Elles ne peuvent se voir condamner qu'au comblement du passif<sup>947</sup> et au délit de banqueroute<sup>948</sup>.

De façon similaire au mécanisme lié à l'insuffisance d'actif et pour les mêmes motifs, la faillite personnelle ne peut être prononcée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde judiciaire. En revanche, il est possible de l'appliquer lors d'un redressement<sup>949</sup> (et de surcroît, dans le cadre d'une liquidation). Toutefois, le recours à une telle sanction dans le contexte de la procédure précitée doit être relativement rare puisque la demande d'ouverture d'un redressement judiciaire est généralement à l'initiative du dirigeant, qui est le plus susceptible de déterminer l'état de cessation des paiements. Il convient donc, là encore, de ne pas dissuader celui-ci de demander l'application d'une telle procédure pour sa société dès les premiers signes d'alerte – l'objectif de la sauvegarde et du redressement restant de prendre le plus en amont possible les difficultés afin de maintenir l'activité et l'emploi, sans pour autant nuire aux droits des créanciers<sup>950</sup>.

**382.** La faillite personnelle constitue le second outil de sanction civile utilisable par le juge judiciaire dans le cadre d'une cessation des paiements. L'objectif de responsabilisation du dirigeant dans sa gestion y est encore plus prégnant puisqu'elle n'a pour impact que d'imposer des interdictions personnelles au dirigeant. Certains désignent même cette sanction « disciplinaire » ou « professionnelle » comme ayant pour but « d'assainir la profession de dirigeant de société commerciale »<sup>951</sup>. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la faillite personnelle constitue une mesure d'intérêt public destinée, dans l'intérêt des tiers, à écarter de l'activité commerciale les dirigeants de sociétés s'étant révélés malhonnêtes, voire même

---

<sup>947</sup> V. *supra*, n° 371.

<sup>948</sup> V. *infra*, n° 399 et s.

<sup>949</sup> Art. L. 653-1 du C. com.

<sup>950</sup> Art. L. 620-1 et art. L. 631-1 du C. com.

<sup>951</sup> RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Documentation Experte – Dirigeants*, n° 27430.

seulement incompetents<sup>952</sup>. À la différence du mécanisme lié à l'insuffisance d'actif qui permet de désintéresser des créanciers, elle n'apporte rien au bénéfice de la procédure collective et ne fait qu'atteindre les libertés du dirigeant. Ainsi, dans le cadre de la défaillance d'une banque systémique et après avoir constaté que le comblement du passif ne constitue pas un outil véritablement applicable dans ce contexte, la menace d'une condamnation à une faillite personnelle pourrait être l'élément dissuasif, incitant les dirigeants de banques à une gestion saine et prudente (A). Toutefois, la réglementation actuellement en vigueur n'étant pas adaptée au contexte des banques systémiques, il conviendrait donc d'y ajouter des dispositions spécifiques (B).

### A. L'effet incitatif de la faillite personnelle pour une gestion saine et prudente

**383.** La faillite personnelle au sens des articles L. 653-2 et suivants du code de commerce est une sanction *intuitu personae* qui peut entraîner de nombreuses interdictions et déchéances à l'égard des dirigeants personnes physiques de sociétés faisant l'objet d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire. En fonction de la gravité des manquements commis et de la situation de fait, le juge judiciaire va souverainement moduler le contenu de la peine et sa durée. Celle-ci inclut généralement une interdiction de gérer des sociétés, quelle que soit leur forme juridique. Elle est définie comme étant l'impossibilité d'exercer, directement ou indirectement, des fonctions de direction, d'administration ou de contrôle d'une personne morale<sup>953</sup>. Cela regroupe donc non seulement l'activité de gérant, directeur général et délégué, membre du directoire et administrateur, mais aussi celle de membre du conseil de surveillance<sup>954</sup>. Il est bien évidemment également interdit d'agir en tant que dirigeant de fait<sup>955</sup> d'une société. Cette mesure coercitive n'a toutefois pas d'impact sur la possibilité d'être salarié de la société concernée<sup>956</sup>, ni sur celle d'être

---

<sup>952</sup> Cass. com., 9 févr. 1988, Haik c/Chevrier, n° 86-15.694, Bull. 1988, IV, n° 63 ; Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-10.805, Lachaux c/SCP Guguen-Stutz ès qual., Bull. 2007, IV, n° 219 : RJDA 8-9/08 n° 941, D. 2007, AJ 2666, obs. LIENHARD A.

<sup>953</sup> Art. L. 653-2 du C. com.

<sup>954</sup> Bien que les membres du conseil de surveillance ne soient pas considérés comme étant des dirigeants (v. *supra*, n° 366).

<sup>955</sup> V. *supra*, n° 367.

<sup>956</sup> Cass. soc., 19 janv. 2010, n° 08-42.519, Sacco c/Sté Friendly : RJDA 6/10 n° 665.

actionnaire d'une société dès lors qu'aucune fonction de direction n'est exercée. Il s'agit là d'une application très extensive de l'interdiction de gérer, prohibant aussi bien les fonctions de décisionnaire que celles de contrôle. À cet égard, le législateur ne semble avoir oublié aucune fonction critique et à responsabilité de la banque.

**384.** En outre, le champ d'application territorial de la faillite personnelle s'avère extrêmement large puisque l'article L. 625-2 du code de commerce ne le circonscrit pas aux sociétés établies en France. Il n'est donc théoriquement pas possible de profiter des principes de libre circulation<sup>957</sup> pour contourner ce mécanisme répressif. C'est ce qui a été ainsi jugé par la Cour d'appel de Douai concernant une personne physique soumise à une interdiction de gérer qui, depuis son domicile français, dirigeait une société établie au Portugal<sup>958</sup>. Pourrait se poser toutefois la question de l'opposabilité de cette décision juridique française dans l'État membre d'établissement de la société, et plus encore dans le contexte où le ressortissant français aurait déplacé sa résidence habituelle dans un autre pays. Bien que restant soumis à l'interdiction de gérer prononcée par un juge français, il n'est pas évident que la personne physique condamnée ne puisse pas, en pratique, exercer une telle activité dans un autre État membre. En effet, cette sanction purement civile (par opposition aux condamnations pénales) pourrait ne pas être reconnue par les autres pays de l'Union européenne.

**385.** Outre l'interdiction de gérer, le prononcé d'une faillite personnelle peut également avoir des impacts sur d'autres droits du dirigeant. En effet, plusieurs textes juridiques prévoient l'exclusion de droits pour les dirigeants soumis à une faillite personnelle. Dans ces cas précis, le juge n'a aucun pouvoir pour le réintégrer dans ses droits, sauf à arrêter la mesure de faillite personnelle. Ainsi, d'un point de vue professionnel, cette sanction entraîne automatiquement pour les dirigeants condamnés la privation de droit de vote dans les assemblées de la société soumise au redressement ou à la liquidation judiciaire<sup>959</sup>. Si cela est compréhensible et logique au regard des

---

<sup>957</sup> V. *supra*, n° 337.

<sup>958</sup> CA Douai, 22 sept. 2005, n° 04-1858 et 04-2600, Lefebvre c/ministère public.

<sup>959</sup> Art. L. 653-9 du C. com.

griefs reprochés au dirigeant<sup>960</sup>, d'autres déchéances sont plus sévères car elles touchent aux droits civiques et aux libertés individuelles relevant d'un contexte personnel. Notamment, toute personne condamnée à une faillite personnelle est exclue des listes électorales relatives aux élections dans les tribunaux de commerce<sup>961</sup> et dans les chambres de commerce et de l'industrie<sup>962</sup>, elle ne peut pas non plus être juré d'assises<sup>963</sup>. De plus, les dirigeants en situation de faillite personnelle ne sont plus autorisés à exercer certaines fonctions particulières, dont les activités de notaire<sup>964</sup>, huissier de justice<sup>965</sup>, avocat<sup>966</sup> et expert judiciaire<sup>967</sup>. Il en résulte qu'ils ne peuvent pas donner de consultations, ni rédiger des actes sous seing privé pour autrui, cela leur est expressément interdit<sup>968</sup>. Par ailleurs, il leur est également prohibé de faire du démarchage bancaire et financier<sup>969</sup> et de se livrer habituellement à des opérations de gestion immobilière, dont la location, portant sur des immeubles ou fonds de commerce appartenant à autrui<sup>970</sup>. Ainsi, les déchéances et interdictions sont variées et fixées au gré de l'adoption des textes juridiques relatifs à certaines activités. Elles peuvent s'avérer très contraignantes en fonction de la compétence professionnelle du dirigeant condamné (par exemple, s'il a une formation et une expérience purement juridique).

---

<sup>960</sup> V. *infra*, n° 391 et s.

<sup>961</sup> Art. L. 723-2 du C. com.

<sup>962</sup> Art. L. 713-3, II, 3° du C. com.

<sup>963</sup> Art. 256, 6° du CPP.

<sup>964</sup> Art. 3, 4° du décret n° 73-609 du 5 juill. 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, *JORF* n° 0157 du 7 juill. 1973.

<sup>965</sup> Art. 1, 4° du décret n° 75-770 du 14 août 1975 relatif aux conditions d'accès à la profession d'huissier de justice ainsi qu'aux modalités des créations, transferts et suppressions d'offices d'huissiers de justice et concernant certains officiers ministériels et auxiliaires de justice, *JORF* du 22 août 1975.

<sup>966</sup> Art. 11, 6° de la L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janv. 1972.

<sup>967</sup> Art. 2, 3° du décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires, *JORF* n° 303 du 30 déc. 2004.

<sup>968</sup> Art. 54, 4° de la L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janv. 1972.

<sup>969</sup> Art. L. 341-9 du C. mon. fin.

<sup>970</sup> Art. 10 de la L. n° 70-9 du 2 janv. 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, *JORF* du 4 janv. 1970.

**386.** En plus des exclusions automatiques, le juge judiciaire est en mesure de rajouter certaines obligations et interdictions qu'il jugerait opportunes. Tout d'abord, il peut enjoindre les dirigeants condamnés à céder leurs titres de propriété sur la société défaillante (actions et parts sociales). Cette mesure a pour objectif d'écarter les dirigeants considérés comme inaptes<sup>971</sup>. Dans ce cas, ils peuvent également être exclus du bénéfice de la vente puisque, si le dirigeant a été condamné au comblement du passif, son montant sera automatiquement affecté au paiement d'une partie du passif<sup>972</sup>. Il s'agit d'un mécanisme dérogatoire au droit commun car cette dépossession forcée porte atteinte au droit fondamental de propriété. Toutefois, il est probable que, dans le contexte d'une cessation des paiements, exclure les dirigeants fautifs et non-diligents des actionnaires de la société puisse être considéré, dans certaines situations *in concreto*, comme relevant de « la nécessité publique »<sup>973</sup>. Par ailleurs, d'un point de vue plus personnel, il est également possible pour le juge judiciaire de prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective, pour une durée maximale de cinq ans<sup>974</sup>. Le dirigeant à l'encontre duquel cette sanction est prise sera réputé démissionnaire des mandats électifs qu'il occupe à la date de la condamnation.

**387.** Il est à noter qu'en plus de l'ensemble des interdictions précitées, qui peuvent avoir un impact considérable sur le dirigeant en fonction de ses compétences professionnelles, les jugements prononçant la faillite personnelle font l'objet de mesures de publicité : outre l'inscription dans le fichier national des interdits de gérer<sup>975</sup>, ils sont mentionnés au casier judiciaire de l'intéressé, publiés au Registre du commerce et des sociétés et insérés dans le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc), ainsi que dans un journal d'annonces légales publié au lieu du siège de la société<sup>976</sup>. Aucune dérogation à cette publicité n'est prévue. Ainsi, la condamnation est largement communiquée et peut être consultée par tout tiers, sans

---

<sup>971</sup> RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Documentation Experte – Dirigeants*, n° 29233.

<sup>972</sup> Art. L. 653-9 du C. com.

<sup>973</sup> V. *supra*, n° 333.

<sup>974</sup> Art. L. 653-10 du C. com.

<sup>975</sup> Art. L. 128-1 du C. com.

<sup>976</sup> Art. R. 653-3 du C. com.

formalité particulière autre que de se procurer le Bodacc ou le journal d'annonces légales. Il est donc impossible de dissimuler une telle sanction au public. L'impact sur la réputation que cela peut avoir n'est pas à négliger et peut constituer, pour certains, une incitation forte à une gestion saine et prudente.

**388.** Enfin, en cas de violation d'une interdiction ou d'une déchéance, le dirigeant condamné s'expose à des sanctions pénales conséquentes : l'article L. 654-15 du code de commerce prévoit en effet un emprisonnement de deux ans et une amende de 375 000 euros. Ainsi, un dirigeant condamné à plusieurs reprises à des interdictions de gérer a été soumis à une peine d'un an de prison ferme pour la violation de celles-ci, en raison du caractère répétitif de la mise en liquidation judiciaire des sociétés qu'il a pu gérer, de son absence de remise en question devant les juges et de l'inefficacité des mesures prononcées jusqu'à la date de la condamnation<sup>977</sup>.

**389.** Il résulte de ce qui précède que la multiplicité et la variété des sanctions possibles, souverainement décidées par le juge judiciaire ou systématiquement imposées par la réglementation, constitue nécessairement une incitation pour les dirigeants à une gestion non-fautive et diligente. Outre l'atteinte de réputation liée à la large publicité de la condamnation, la faillite prévue aux articles L. 653-2 et suivants du code de commerce est en effet susceptible d'avoir un impact particulièrement important sur la vie personnelle de certains. Imaginons le cas vraisemblable d'un dirigeant, avocat de formation et élu municipal, dont le conjoint dispose d'un parc immobilier important géré directement par le dirigeant, sans intermédiaire : si une faillite personnelle est prononcée à son encontre, il se retrouvera dans l'impossibilité juridique de continuer à exercer ses fonctions au sein de la société défailante, d'exercer sa profession d'avocat et de réaliser des consultations, il sera réputé démissionnaire de son mandat électif et ne pourra plus gérer les opérations immobilières de son conjoint. Dans ce type de situation, la prohibition touche donc l'ensemble des activités professionnelles actuelles ou potentielles du dirigeant

---

<sup>977</sup> Cass. crim., 29 nov. 2016, n° 15-86.116 : RJDA 3/17 n° 179, Rev. sociétés 2017, 438, note BOULOC B., RSC 2017, 314, obs. MATSOPOULOU H. ; Gaz. Pal., 27 juin 2017, p. 73, obs. ROBACZEWSKI C.

condamné, qui ne peut plus exercer dans son domaine de compétence. Il doit être souligné que cette situation de faillite personnelle est temporaire, mais que l'article L. 653-11 du code de commerce prévoit qu'elle peut toutefois durer jusqu'à quinze ans. Cette durée est loin d'être négligeable, particulièrement dans la situation de l'exemple exposé.

**390.** La pression du risque de condamnation pour faillite personnelle, due aux conséquences considérables qu'elle emporte, pourrait donc être une solution efficace pour inciter les dirigeants des banques à une gestion prudente et saine, face à l'attrait des décisions et positions risquées qui sont généralement plus rentables. Par ailleurs, compte tenu du travail de définition du dirigeant de droit et de fait réalisé par le législateur et la jurisprudence, il apparaît qu'il serait très difficile pour les décisionnaires de se soustraire à une telle sanction au détriment d'un « homme de paille »<sup>978</sup>. Par ailleurs, grâce à l'appréciation extensive de l'interdiction de gérer, il leur serait impossible de continuer à exercer la moindre activité de direction ou de contrôle au sein de la banque. En conséquence, sans que personne n'ait anticipé un tel impact, il se pourrait que cette épée de Damoclès puisse devenir un des éléments clés de la prévention du risque systémique, sous réserve de quelques adaptations, et notamment d'une large extension de son champ d'application.

## **B. Des modalités à adapter aux spécificités des banques systémiques**

**391.** Si l'aspect incitatif des effets de la faillite personnelle est évident, encore faut-il que celle-ci soit applicable aux dirigeants des banques prenant des risques excessifs. En effet, compte tenu de l'importance ses implications, le législateur a fortement encadré les conditions de déclenchement de la faillite personnelle pour les limiter aux fautes d'une certaine gravité. Ainsi, les articles L. 653-4 et suivants du code de commerce disposent qu'une telle sanction ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'un dirigeant de droit ou de fait qui :

---

<sup>978</sup> V. *supra*, n° 365 et s.

- S'est servi de celle-ci dans un intérêt personnel (article L. 653-4 du code de commerce) ;
- N'a pas payé le passif de la personne morale mis à sa charge (article L. 653-6 du code de commerce) ;
- N'a pas tenu compte des difficultés de la société (articles L. 653-5 et L. 653-8 du code de commerce) ;
- Fait obstacle au bon déroulement de la procédure collective (articles L. 653-5 et L. 653-8 du code de commerce).

**392.** Les articles précités viennent lister plus précisément les cas ouvrant la possibilité de poursuites pour faillite personnelle. À titre d'illustration, il s'agit notamment des situations où le dirigeant a :

- Réalisé des actes de commerce dans un intérêt personnel, sous le couvert de la société masquant ses agissements ;
- Poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ;
- Violé une interdiction de gérer prononcée antérieurement à son encontre ;
- Employé des moyens ruineux en vue de se procurer des fonds pour éviter ou retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou liquidation judiciaire ;
- Souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion eu égard à la situation de la société ;
- Fait disparaître des documents comptables.

Ainsi, la plupart des fautes ouvrant droit à la sanction de la faillite personnelle nécessitent une intention frauduleuse. Or, il n'est pas aisé de déterminer cela, d'autant plus lorsque, dans un contexte désorganisé de crise, la conjoncture économique dégradée peut servir à camoufler des volontés néfastes en des choix peu judicieux. Par ailleurs, se lancer dans une interprétation hasardeuse des textes pour tenter de faire rentrer des agissements dans les listes prévues par le code de commerce serait vain puisque la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que les situations visées sont d'interprétation stricte et qu'elles seules peuvent fonder une condamnation à la faillite



personnelle<sup>979</sup>. Cette jurisprudence est d'ailleurs régulièrement appliquée par les juges du fond<sup>980</sup>.

**393.** En conséquence de ce qui précède, il convient donc d'arriver à apporter une preuve précise, d'une part, de la faute et, d'autre part, d'un élément intentionnel, lesquels doivent ensemble correspondre spécifiquement aux cas listés dans les articles L. 653-4 et suivants du code de commerce. De ce fait, nous voyons bien que la caractérisation d'une faillite personnelle est déjà relativement rare dans le contexte d'une société qui ne serait pas une banque. Si nous ajoutons à cela la nécessité préalable de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre de la banque<sup>981</sup>, la condamnation d'un dirigeant de banque à la faillite personnelle en devient uniquement théorique.

**394.** Toutefois, l'effet incitatif fort que pourrait avoir le risque de faillite personnelle vis-à-vis d'un dirigeant de banque mérite que nous tentions de proposer des adaptations concrètes de la législation en vigueur pour envisager une application effective aux banques. Au préalable et à l'évidence, il relève de la responsabilité du juge du fond d'assurer l'effectivité d'une telle sanction en la faisant supporter aux dirigeants dès lors que les éléments caractérisant la faillite personnelle sont réunis. Il faut qu'elle représente un risque réel pour les décisionnaires fautifs, et qu'elle perde son caractère exceptionnel. À défaut, le travail du législateur pour générer un effet incitatif fort serait réduit à néant. Cela d'autant plus qu'il existe un large panel de déchéances et interdictions qui relèvent de la seule appréciation souveraine du juge du fond et lui permettent donc de servir de variable d'ajustement en fonction des situations. En revanche, l'attention doit être portée sur le fait que cette souplesse ne

---

<sup>979</sup> Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-20.526 : Rev. sociétés 2017, 542, note HENRY L. C.

<sup>980</sup> À titre d'exemple, la Cour d'appel de Paris a rejeté une condamnation pour faillite personnelle d'un dirigeant qui a inconsidérément pris un risque disproportionné aux capacités de sa société, aux motifs suivants : d'une part, les engagements souscrits n'ont pas été pris « pour le compte d'autrui » et, d'autre part, ils n'étaient pas « sans contrepartie ». CA Paris 29-10-1991, 3e ch. A, Compagnone c/Penet ès qual. : RJDA 1/92 n° 100.

<sup>981</sup> V. *supra*, n° 376.

doit pas permettre de vider de sa substance, même partiellement, la faillite personnelle par le biais de condamnations *a minima*.

**395.** Quant à la nécessité d'adapter les critères des articles L. 653-4 et suivants du code de commerce pour rendre leur application plus systématique en ce qui concerne les banques, cela se justifie au regard de plusieurs éléments :

- Les banques bénéficient plus que toute autre société d'une garantie implicite de l'État (aléa moral). Les conséquences d'une défaillance de celles-ci sont donc susceptibles de peser *in fine* sur ce dernier.
- La complexité et de la technicité des activités et opérations bancaires rendent leur contrôle par une entité extérieure approximatif, comme cela a pu d'ores et déjà être constaté à la suite de l'échec de l'accord dit « Bâle II » face à la crise<sup>982</sup>. Les dirigeants de la banque sont clairement ceux qui ont la meilleure connaissance de celle-ci et de son exposition aux risques.

À ce titre, il convient donc de responsabiliser les dirigeants de banques en les incitant à une attention particulière et quotidienne dans leur gestion. Compte tenu des activités fondamentales pour l'économie réelle dont elles ont la charge, elles devraient même naturellement appliquer un niveau de prudence supérieur à celui de tout autre type de société.

**396.** Au regard de ce qui précède, il faudrait ainsi envisager un élargissement conséquent du champ d'application de la faillite personnelle pour les banques. En premier lieu, il convient d'ouvrir la possibilité de mettre en œuvre celle-ci dans le cadre de la procédure de résolution. Elle doit *a minima* fonctionner en harmonie avec le remplacement des organes de direction lorsque l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution décide une telle mesure<sup>983</sup>. En effet, il est logique que, lorsque le collège de résolution en arrive à révoquer les dirigeants, cela signifie que ceux-ci ont failli à leur mission, que ce soit par manque de diligence, par des prises de risque excessives ou via des activités frauduleuses. La révocation des dirigeants devrait donc

---

<sup>982</sup> V. *supra*, n° 206 et s.

<sup>983</sup> V. *supra*, n° 315 et s.

systématiquement s'accompagner de condamnations pour faillite personnelle à l'égard de ceux-ci.

De surcroît, dès lors que des fonds publics sont engagés au soutien d'une banque – que ce soit directement ou, indirectement, par le biais d'un établissement-relais<sup>984</sup> ou d'une structure de gestion<sup>985</sup> – la mise en faillite personnelle des dirigeants devrait être automatique, peu importe les causes d'une telle intervention. En effet, celles-ci devraient être prises en compte par le juge uniquement pour déterminer l'ampleur des déchéances et interdictions à imposer. Ainsi, la faillite personnelle serait une contrepartie systématique aux engagements de l'État, limitant de ce fait l'aléa moral compte tenu de l'incitation à la gestion saine et prudente. Au lieu de rechercher une faute spécifique associée à une intention, nous opterions donc davantage, concernant les banques, pour un déclenchement systématique des sanctions lorsque certaines étapes de la procédure de résolutions sont franchies, et plus spécifiquement dès lors qu'il y a un concours financier de l'État.

**397.** En l'état actuel de la législation, les sanctions civiles du droit des procédures collectives ne sont pas adaptées aux particularités du système bancaire. Cependant, si le recours à l'action en comblement de passif est utopiste et peu efficace, une condamnation pour faillite personnelle, dont les modalités seraient modifiées pour convenir aux spécificités des banques, pourrait être une solution pour responsabiliser leurs dirigeants. Toutefois, elle ne serait efficace que sous réserve d'une application rigoureuse et de principe par les juges du fond, dès lors qu'une intervention financière de l'État est engagée. Il faudrait, par ailleurs, veiller à ce que les mesures de déchéance et d'interdiction prises dans le cadre de la faillite personnelle soient dissuasives, bien que proportionnées. Une application laxiste viendrait, en effet, rendre l'aspect incitatif uniquement théorique. Dans un même objectif dissuasif, le droit des procédures collectives prévoit également le recours à des sanctions pénales, allant jusqu'à des peines d'emprisonnement, qui vient donc directement et personnellement impacter les dirigeants fautifs.

---

<sup>984</sup> V. *supra*, n° 310.

<sup>985</sup> V. *supra*, n° 311.

## Section 2 – Le recours au droit pénal

**398.** Outre les sanctions civiles, le droit français des procédures collectives prévoit la possibilité de recourir à des condamnations pénales lorsque la situation l'exige. Ainsi, certains délits sont expressément prévus pour réprimer le dirigeant fautif d'une société en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. Ces infractions, dont les condamnations peuvent venir porter une atteinte directe aux libertés de ceux à l'encontre desquels elles sont retenues par le biais d'une peine d'emprisonnement, ont clairement pour objectif d'inciter à une gestion diligente des sociétés. Ainsi, comme pour les sanctions civiles des procédures collectives, il serait logique qu'elles soient étendues au cas des procédures de résolution des banques défailtantes. Toutefois, au regard des conséquences dramatiques que peut avoir la faillite d'une banque sur toute l'économie, les infractions actuellement prévues dans la réglementation apparaissent comme trop légères (§1). Si les banques peuvent bénéficier de dispositions spéciales lorsqu'elles sont en situation de défaillance, par lesquelles les législateurs français et européen semblent souhaiter éviter absolument l'application du droit commun, et ce même une fois les fonctions critiques sauvegardées, cette logique de spécificité devrait être poussée jusqu'au bout : elle devrait aboutir à l'instauration d'infractions pénales spécifiques, applicables aux dirigeants de banque, dont la sévérité permettrait d'assurer un réel effet dissuasif (§2).

### *§1. L'insuffisance des sanctions pénales dans le cadre des procédures collectives*

**399.** La répression pénale du dirigeant de société soumise à une procédure collective est prévue aux articles L. 654-1 à L. 654-20 du code de commerce. Elle a pour but de sanctionner les comportements les plus graves des dirigeants commis au préjudice de la société mise en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, ou des créanciers de celle-ci. Parmi les infractions, la banqueroute est la plus connue et celle qui fait le plus souvent l'objet de poursuites à l'encontre des dirigeants. Les autres sanctions pénales, plus spécifiques, ont pour but de réprimer le comportement répréhensible des dirigeants constaté lors d'une procédure collective (article L. 654-8 du code de commerce) ou de sanctionner l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité

de la société (article L. 654-14 du code de commerce). Dans le cadre de la défaillance d'une banque, nous avons eu l'occasion de constater que les législateurs français et européen exposent implicitement leur volonté éviter l'ouverture d'une procédure collective. En conséquence, seul le délit de banqueroute serait susceptible d'être appliqué au dirigeant d'une banque défaillante.

**400.** Cette infraction est l'une des plus anciennes du droit pénal des affaires<sup>986</sup>. Elle est réprimée aux articles L. 654-2 et suivants du code de commerce par une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende<sup>987</sup>, portée à sept ans et 100 000 € pour les entreprises prestataires de services d'investissement. À cette sanction, peuvent s'ajouter des peines complémentaires, dont l'application relève du pouvoir souverain des juges du fonds, notamment :

- L'interdiction des droits civiques, civils et de famille par application de l'article 131-26 du code pénal ;
- L'interdiction d'exercer une fonction publique<sup>988</sup> pour une durée maximale de cinq ans ;
- La faillite personnelle et l'interdiction de gérer<sup>989</sup> pour une durée maximale de quinze ans ;
- L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée<sup>990</sup>.

**401.** Le délit de banqueroute est soumis à plusieurs conditions pour être caractérisé. En premier lieu, il ne peut être retenu que dans les cas où une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, et est donc exclu dans la situation d'une sauvegarde judiciaire. Ensuite, quant aux personnes visées, cette infraction est susceptible d'être appliquée uniquement aux personnes visées à l'article L. 654-1 dudit code, c'est-à-dire notamment aux dirigeants de droit, ou de fait. La

---

<sup>986</sup> GARNIER F., « Des délits "astucieux" à la délinquance d'affaires et financière : bref aperçu historique. », *supp. RLDA*, 2015/105, n° 5644.

<sup>987</sup> Art. L. 654-3 du C. com.

<sup>988</sup> V. *supra*, n° 386.

<sup>989</sup> V. *supra*, n° 381.

<sup>990</sup> V. *supra*, n° 387.

définition de ces deux notions est la même que celle utilisée dans le cadre des sanctions civiles du droit des procédures collectives<sup>991</sup>. Ainsi, aussi bien les membres du directoire que ceux du conseil d'administration peuvent se voir condamnés pour banqueroute si l'élément matériel et l'élément intentionnel sont caractérisés à leur égard. En revanche, hormis le cas d'une qualification de dirigeant de fait, les membres du conseil de surveillance sont en dehors du champ d'application de cette infraction. Les personnes physiques représentant de façon permanente une personne morale dirigeant la société sont également passibles de banqueroute<sup>992</sup>.

**402.** L'élément matériel du délit de banqueroute s'est, au fur et à mesure des années, réduit. La loi du 25 janvier 1985<sup>993</sup>, qui a largement dépénalisé le droit des procédures collectives a limité cette infraction à quatre situations de fait. A été ajouté un cinquième cas par la loi du 10 juin 1994<sup>994</sup>. L'article L. 654-2 du code de commerce prévoit ainsi que le délit de banqueroute peut être caractérisé lorsque l'un des faits suivants a été commis :

*« 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement [...] ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;  
2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ;  
3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;  
4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ;  
5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. »*

---

<sup>991</sup> V. *supra*, n° 365 et s.

<sup>992</sup> V. *supra*, n° 366.

<sup>993</sup> L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985.

<sup>994</sup> L. n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n° 134 du 11 juin 1994.

Il doit être noté que chacun des cinq cas précités constitue un délit autonome et qu'il est donc possible de poursuivre un dirigeant pour plusieurs chefs d'incrimination simultanément (dans cette situation, la règle du non-cumul des peines s'appliquera). Ces dispositions recourent en grande partie les fautes permettant de prononcer la faillite personnelle<sup>995</sup>. Dans l'ensemble de ces cas, le débiteur doit faire preuve d'un comportement fautif, allant de la simple négligence pour ce qui est de la comptabilité incomplète, à une stratégie susceptible de mettre à mal la pérennité de l'entreprise.

**403.** De la même manière que pour la faillite personnelle, l'élément matériel du délit de banqueroute n'est pas adapté à la situation d'une banque défaillante. À titre liminaire, il faut noter que les dispositions relatives aux procédures collectives sont inapplicables compte tenu du refus des législateurs français et européen de considérer l'ouverture de celles-ci à l'égard d'une banque. Par ailleurs, non seulement, les cas de banqueroute sont très précis et restreignent donc le champ d'application d'autant, mais en plus, il conviendrait d'arriver à prouver que les actions fautives ont été commises par le dirigeant visé par la banqueroute et qu'elles l'ont été intentionnellement. Doivent donc être démontrés :

- Une situation qui relève de la liste, très restrictive, de l'élément matériel de l'infraction ;
- Un caractère intentionnel ;
- Et leur lien avec le dirigeant qu'il conviendra d'identifier.

En conséquence, il apparaît que le délit de banqueroute est difficile à caractériser. Outre son champ d'application limité, la démonstration de l'élément moral (i.e. l'intention) et l'identification du dirigeant fautif ne sont pas aisées à faire. En l'absence d'informations récentes sur la récurrence du prononcé de cette infraction, nous pouvons supposer que celle-ci ne doit être retenue que dans de rares cas où les preuves sont évidentes. Dans le contexte d'une banque défaillante, non seulement, les cas permettant de caractériser une banqueroute ne sont pas adaptés, mais en plus, la preuve de l'élément intentionnel demeure délicate à rapporter<sup>996</sup>.

---

<sup>995</sup> V. *supra*, n° 391 et s.

<sup>996</sup> V. *supra*, n° 392.

**404.** Il résulte de ce qui précède que le délit de banqueroute, tout comme les autres sanctions liées au droit des procédures collectives, devrait faire l'objet d'une adaptation pour être applicable à la situation des dirigeants de banque. Toutefois, à la différence de la faillite personnelle, il ne semble pas opportun d'élargir son champ d'application pour y faire rentrer le traitement des banques défailtantes. En effet, il nous semble plus efficace de créer une responsabilité pénale spéciale des dirigeants de banques relevant des procédures de résolution, dont la sévérité permettrait d'assurer un effet incitatif fort à une gestion saine et prudente.

## ***§2. Vers la création d'une responsabilité pénale spéciale des dirigeants de banques défailtantes***

**405.** Nous avons pu constater qu'il résulte des conséquences de la crise que l'urgence est de limiter l'aléa moral des banques, afin qu'elles assument la responsabilité de leurs défauts et que les finances publiques ne soient plus engagées pour les soutenir. Outre les outils mis en place, notamment par la directive 2014/59/UE et la loi de séparation et de régulation des activités bancaires<sup>997</sup>, pour restreindre le transfert du risque, l'une des autres solutions à considérer pour diminuer l'aléa moral est de réduire le risque de défaillance des banques. Dans ce but, garantir une gestion saine, prudente et diligente est essentiel. Cela ne doit pas avoir pour conséquence d'éviter toute prise de position non sécurisée, mais d'assurer un risque mesuré et couvert en cas de défaut. Or, pour contrebalancer l'accroissement des profits offerts par les actifs les plus risqués (particulièrement les produits spéculatifs), la solution serait de responsabiliser les dirigeants des banques par le biais d'outils suffisamment incitatifs. À cet effet, il apparaît que le droit pénal est le plus adapté pour avoir un impact dissuasif fort. En effet, au-delà des sanctions pécuniaires, le risque de privation de liberté apparaît comme étant le seul permettant de compenser efficacement l'appât du gain. Une telle analyse reste, bien évidemment, sous réserve d'une application effective par les juges. Nous proposons donc d'élaborer de nouvelles infractions qui

---

<sup>997</sup> L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juill. 2013.



permettraient, d'une part, de sanctionner le dirigeant d'une banque placée sous une procédure de résolution (A), et, d'autre part, d'éviter tout risque de « dirigeant de paille » (B).

#### **A. L'élaboration d'une infraction pénale spécifique aux dirigeants de banques défaillantes**

**406.** En droit pénal, une infraction se caractérise généralement par la combinaison de plusieurs éléments : légal, matériel et moral. Concernant ce premier, toute condamnation doit reposer sur un texte de loi qui réprime l'infraction<sup>998</sup>. En l'occurrence, aucune réglementation ne prévoit actuellement de dispositif permettant de sanctionner pénalement les dirigeants d'une banque, du seul fait de la défaillance de cette dernière. Il s'agit donc d'avoir une vision prospective, en proposant la création d'une infraction. De la même manière que les dispositions relatives, notamment, au délit d'initié du banquier, celle-ci serait insérée dans le code monétaire et financier<sup>999</sup>. De ce fait, l'élément légal de l'infraction pourrait être caractérisé.

**407.** Quant à l'élément matériel de l'infraction, il convient de le limiter à la simple ouverture d'une procédure de résolution. En effet, celle-ci doit être prononcée dès lors que la défaillance est avérée ou prévisible<sup>1000</sup>, c'est-à-dire lorsque la banque ne respecte plus les conditions de son agrément, qu'elle est en situation de cessation des paiements ou qu'un soutien public exceptionnel est requis en dehors de toute situation de perturbation grave de l'économie. Il est improbable qu'une telle situation soit soudainement caractérisée, sans signaux d'alerte préalables. Dès lors, une défaillance est nécessairement prévisible, soit parce qu'elle résulte d'une dégradation lente de la situation financière de la banque, soit, notamment en cas de bulle spéculative, parce qu'elle est la conséquence directe de prises de risque excessives, sans couverture

---

<sup>998</sup> Art. 111-3, §2 du C. pén.

<sup>999</sup> Probablement au sein de la Section 4 du Chapitre III du Titre I<sup>er</sup> du Livre VI relatif aux mesures de prévention et de gestion des crises bancaires.

<sup>1000</sup> V. *supra*, n° 301.

suffisante, ou d'un manque considérable de diversification des actifs<sup>1001</sup>. Dans tous ces cas, la négligence, ou à défaut l'incompétence, des dirigeants dans la gestion de la banque ne peut être ignorée. C'est la raison pour laquelle l'élément matériel de l'infraction doit pouvoir être caractérisé par le seul fait de ne pas avoir, par action ou par omission, empêché la défaillance avérée ou prévisible de la banque, ayant de ce fait entraîné l'ouverture d'une procédure de résolution à l'encontre de celle-ci.

**408.** Concernant l'élément moral, la question est plus délicate puisqu'elle porte notamment sur la caractérisation de la volonté de l'auteur des faits. En effet, l'article 121-3 du code pénal dispose dans son premier alinéa que « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Toutefois, le même article prévoit également, dans son alinéa 3 que « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement [...] ». À défaut de précision inverse dans l'article de loi qualifiant l'infraction, le principe est donc que la responsabilité pénale ne peut être engagée que lorsque l'auteur a eu l'intention de commettre le crime ou le délit : l'auteur doit avoir conscience de violer la loi et le faire sciemment<sup>1002</sup>. Il s'agit donc de la preuve de la volonté délictuelle, qui est difficile à rapporter. En l'occurrence, dans le cas de la répression des dirigeants d'une banque défaillante, il est nécessaire que celle-ci puisse s'appliquer largement afin d'avoir un effet dissuasif. Toutefois, il nous paraît disproportionné et peu adapté de condamner de façon identique celui dont la volonté délictuelle peut être caractérisée et celui ayant commis une simple négligence. Nous privilégions donc de distinguer les sanctions pénales applicables en fonction de la caractérisation de l'élément moral par une intention ou par une simple faute pénale.

L'intention (ou dol) est « la volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale »<sup>1003</sup>. Il s'agit donc, d'une part, de la conscience pour l'auteur d'accomplir un acte illicite et, d'autre part, de la volonté d'accomplir cet acte (qu'il soit caractérisé

---

<sup>1001</sup> V. *supra*, n° 224.

<sup>1002</sup> BOULOC B., *Droit pénal général*, 26<sup>e</sup> éd., Ed. Précis Dalloz, 2019, n° 273.

<sup>1003</sup> *Idem*, n° 277.

par une action ou une abstention)<sup>1004</sup>. Concernant le dirigeant d'une banque défailante, afin d'assurer un champ d'application le plus large possible et de faciliter la preuve, toujours difficile à rapporter dans ce cadre<sup>1005</sup>, nous retiendrons l'intention du dirigeant de banque défailante sur la base d'un dol général<sup>1006</sup> et simple<sup>1007</sup> : la preuve de la volonté d'accomplir un acte défendu par la loi doit suffire à caractériser l'élément moral. Cette volonté doit être constatée avant ou au même moment que l'élément matériel pour être retenue<sup>1008</sup>.

À l'inverse, la faute pénale, qui constitue l'autre typologie d'élément moral, ne requiert pas la caractérisation d'une volonté. Elle est retenue pour les infractions dites non intentionnelles. En revanche, outre l'élément matériel, il est nécessaire de prouver que la faute est imputable à la personne à laquelle elle est reprochée<sup>1009</sup>, c'est-à-dire :

- Non seulement qu'elle en soit l'auteur,
- Mais aussi qu'aucune force majeure n'est caractérisable au sens de l'article 122-2 du code pénal<sup>1010</sup>, qu'elle ne dispose d'aucun fait justificatif<sup>1011</sup> (par exemple, la légitime défense et l'état de nécessité) ni d'autres causes d'irresponsabilité telle que la démence<sup>1012</sup>.

Dans le cadre des dirigeants de banque qui pourraient être mis en cause pour la défaillance de la société qu'ils gèrent, la force majeure pourrait être retenue en situation de crise financière. Néanmoins, la charge de la preuve reposera sur les

---

<sup>1004</sup> *Idem*, n° 278.

<sup>1005</sup> V. *supra*, n° 392 et n° 403.

<sup>1006</sup> Par opposition au dol spécial qui nécessite en plus de prouver la volonté d'arriver à un résultat déterminé. Le dol spécial est exigé par exemple dans le cas d'un homicide volontaire (preuve de l'intention de donner la mort) ou de la diffamation (preuve de la volonté de nuire à l'honneur ou à la considération d'une personne).

<sup>1007</sup> Par opposition au dol aggravé qui nécessite la preuve de la préméditation.

<sup>1008</sup> BOULOC B., *op. cit.*, n° 273.

<sup>1009</sup> *Idem*, n° 295.

<sup>1010</sup> « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister. »

<sup>1011</sup> Art. 122-5 du C. pén.

<sup>1012</sup> Art. 122-1 du C. pén.

inculpés qui devront démontrer que la contrainte ou la force était irrésistible et imprévisible.

**409.** Le quantum de la peine est directement lié à la classification de l'infraction. L'article 111-1 du code pénal dispose ainsi que « les infractions pénales sont classées selon leur gravité en crimes, délits et contraventions ». Pour l'élaboration d'une infraction pénale applicable aux dirigeants d'une banque défailante, le délit est le mieux adapté. Celui-ci ouvre la possibilité d'appliquer une peine d'emprisonnement jusqu'à 10 ans, une amende et des peines complémentaires<sup>1013</sup>, incluant la déchéance de droits et des interdictions<sup>1014</sup>. Au regard de l'impact considérable que peut avoir la défaillance d'une banque, qu'elle soit systémique ou non, sur l'économie réelle, des peines dissuasives doivent pouvoir être prononcées afin d'assurer une incitation à une gestion saine et prudente. Nous proposons ainsi, lorsque l'infraction est caractérisée, une peine pouvant aller jusqu'à 10 ans d'emprisonnement, soit le maximum applicable dans le cadre de délits, et 3 millions d'euros d'amende<sup>1015</sup>. À celle-ci doivent être associées les mêmes peines complémentaires que celles prévues dans le cadre du délit de banqueroute<sup>1016</sup>. À cet effet, suggérons également d'imposer au juge qui prononce la condamnation d'appliquer obligatoirement les interdictions d'exercer une fonction publique et de gérer pour la durée maximale prévue par la loi, soit respectivement 5 et 15 ans. Il serait, en effet, illogique de permettre aux dirigeants d'une banque étant en situation de défaillance d'exercer de nouveaux mandats sociaux, et plus encore d'accéder à des fonctions publiques, alors même qu'ils sont condamnés pour avoir été, *a minima*, négligents.

Outre ces sanctions, il convient également de tenir compte de l'intention de l'auteur de l'infraction. Il serait, en effet, injuste de soumettre au même quantum le dirigeant négligent ou imprudent et celui qui savait que ses actions ou omissions risquaient de mettre la banque dans une situation de défaillance. Dans ce cadre, les

---

<sup>1013</sup> Art. 131-3 du C. pén.

<sup>1014</sup> Art. 131-10 du C. pén.

<sup>1015</sup> La détermination de ce montant s'inspire des sanctions prévues à l'art. 1741 du CGI, lequel dispose d'une amende de 3 millions d'euros lorsque certaines conditions sont remplies dans le cadre de l'infraction de fraude fiscale.

<sup>1016</sup> V. *supra*, n° 400.

juges ont, par principe, le pouvoir de déterminer souverainement les sanctions à prononcer dans les limites maximales fixées par la loi, ce qui leur permet d'adapter le quantum de la peine au regard des faits, et particulièrement de l'intention de l'auteur. Toutefois, en gardant à l'esprit l'objectif dissuasif de cette répression pénale, la question du rétablissement de « peine-plancher » pour le dirigeant de banque défaillante doit se poser. Elle permettrait, en amont de toute action fautive, d'agir comme un mécanisme de prévention en alertant les dirigeants sur les condamnations qu'ils encourent, de façon automatique et sans possibilité d'évitement, si une volonté délictuelle est caractérisée. Ainsi, nous proposons de laisser à la libre appréciation du juge la détermination de la peine lorsqu'aucune intention n'est prouvée et, à l'inverse, d'imposer une peine d'emprisonnement de 5 ans minimum dans le cas où la preuve de la volonté d'accomplir un acte défendu par la loi est apportée.

**410.** S'il ne faut pas nier que ce dispositif pénal est sévère, il est minime face aux conséquences que peut avoir la défaillance d'une banque sur l'économie réelle et les finances publiques. Nous sommes d'avis que seul le risque réel de privation de liberté peut contrebalancer l'appât du gain résultant des prises de position spéculatives. En effet, la répression pénale proposée (voir annexe 1) ne permettra en aucun cas de réparer le préjudice subi, mais elle devrait avoir un impact préventif suffisamment fort pour inciter les dirigeants à une gestion saine et prudente, en les responsabilisant face à leurs négligences. Dans ce contexte, il est essentiel de déterminer précisément la personne qui gère la banque puisque nous risquons de voir se multiplier les « dirigeants de paille » face à un tel dispositif répressif. De ce fait, il apparaît opportun d'associer la pénalisation dans le cadre d'une banque défaillante à une infraction relative à la présence d'un dirigeant de fait.

## B. La nécessité d'une répression pénale du dirigeant de fait

**411.** Alors que le phénomène de dirigeant de fait existe déjà actuellement, à tel point que la jurisprudence en la matière est abondante<sup>1017</sup> et sans pour autant que la répression pénale ne soit forte, nous pouvons anticiper une augmentation du recours à ce mécanisme opaque si un dispositif répressif sévère à l'encontre des dirigeants de banques soumises à une procédure de résolution venait à être adopté. Or, la détermination de la personne du dirigeant est un élément clé dans l'effet dissuasif anticipé et souhaité par la création de cette nouvelle infraction. Aussi, vient naturellement à se poser la question de sanctionner l'existence même d'un dirigeant de fait, en parallèle de celui de droit. En effet, le fait pour une société d'être gérée par une personne différente de celle désignée expressément dans les statuts ou par la réglementation, sans qu'aucune délégation de pouvoir ne lui ait été attribuée, ne peut qu'être trompeur :

- Les actes de gestions sont réalisés par une personne qui se comporte comme un dirigeant de la société et qui apparaît, ou non, en tant que tel pour les tiers.
- Parallèlement, le dirigeant de droit peut prendre, ou non, des décisions relevant de la gestion de la société.

En conséquence, les tiers peuvent croire, erronément, que la personne qui agit comme un dirigeant de fait dispose de tous les pouvoirs pour engager et représenter la société, ce qui n'est pas le cas. Également, la coexistence de ces deux types de dirigeants peut être considérée comme une volonté fautive de dissimuler les responsabilités réelles de chacun et de tenter de dégager celui de fait de tout risque pénal et commercial qui serait lié à l'exercice des fonctions de direction. Ainsi, un dirigeant de fait d'une banque défaillante dont l'action n'aurait pas été découverte sera exempté de toute poursuite pénale au titre de l'infraction que nous proposons<sup>1018</sup>. La nécessité est donc, là encore, préventive : il convient de réprimer l'existence d'un dirigeant de fait avec des sanctions telles que tout montage visant à dissimuler la réalité de la gestion de la société en deviendrait inenvisageable pour la plupart des personnes physiques.

---

<sup>1017</sup> V. *supra*, n° 367.

<sup>1018</sup> V. *supra*, n° 406 et s.

**412.** Comme pour toute infraction pénale, celle-ci nécessite de déterminer sa classification, les éléments légal, matériel et moral qui permettent de la caractériser, ainsi que son quantum. En l'occurrence, de la même manière que pour la répression des dirigeants de banques soumises à une procédure de résolution, le délit semble être le plus adapté. Nous pensons qu'il ne serait pas opportun de limiter une telle infraction aux seuls dirigeants de banque, mais qu'elle devrait avoir un champ d'application étendu à tout type de société, quelles soient la forme et l'activité de celle-ci. Nous suggérons donc d'insérer cette infraction dans les dispositions du code de commerce.

Concernant la qualification du délit, nous proposons que l'élément matériel repose uniquement sur la caractérisation d'un dirigeant de fait, c'est-à-dire une personne qui exerce, en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, des activités positives de gestion et de direction engageant la société et relevant habituellement des attributions du dirigeant de droit. La seule existence d'une telle dissimulation doit suffire en tant que preuve des agissements.

Quant à l'élément intentionnel, se limiter à la simple faute pénale apparaît comme étant trop sévère au regard des situations de fait dans la gestion actuelle des sociétés. Il n'est, en effet, pas rare que certains membres du personnel salarial, du fait de leurs fonctions, réalisent couramment certaines actions de gestion ou de direction engageant la société (particulièrement dans les petites et moyennes entreprises). C'est notamment le cas des directeurs d'activité, des directeurs des ressources humaines en charge des recrutements dans une société, des personnes ayant une délégation partielle de signature leur permettant d'engager la société dans le cadre de contrats, ou encore de celles disposant des autorisations pour effectuer des virements depuis le compte bancaire de la personne morale. En conséquence, il serait plus adapté d'exiger la preuve d'une intention réelle d'exercer des fonctions relevant du dirigeant de la société, de façon libre, indépendante et régulière, en ayant conscience qu'une telle attitude peut être trompeuse vis-à-vis des tiers. Si cette preuve peut s'avérer difficile à rapporter, ne pas exiger d'intention trompeuse serait ouvrir trop largement le champ d'application de l'infraction.

**413.** Pour le quantum de la peine, nous suggérons de le rapprocher du délit de tromperie, tel que prévu à l'article L. 441-1 du code de la consommation. Ce dernier réprime, en effet, la volonté « de tromper ou tenter de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ». En l'occurrence, en se plaçant dans une position de dirigeant, sans en avoir la qualification légale, l'attitude est trompeuse car, selon les cas, soit elle fait apparaître le dirigeant de fait comme pouvant engager la société au regard des tiers alors qu'il n'en a pas les pouvoirs, soit elle dissimule celui qui exerce réellement la gestion de la société, afin de l'exonérer de sa responsabilité de dirigeant vis-à-vis du personnel, des administrations, des cocontractants et des juges.

L'infraction de tromperie prévue à l'article L. 441-1 du code de la consommation est réprimée par une peine d'emprisonnement de 2 ans et une amende de 300 000 euros<sup>1019</sup>. Toutefois, celle-ci est portée à 7 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée<sup>1020</sup>. Aux termes de l'article 132-71 du code pénal, « constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions. » Cette définition apparaît comme parfaitement adaptée à la coexistence volontaire d'un dirigeant de fait et d'un de droit. En effet, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser la notion de bande organisée comme nécessitant une organisation structurée des auteurs et une préméditation<sup>1021</sup>. Or, il n'est pas envisageable, dès lors que l'intention est caractérisée, que la coexistence d'un dirigeant de fait et d'un de droit résulte d'une situation fortuite, apparue soudainement. Il est évident qu'il s'agit de la conséquence directe d'une organisation structurée et préalable entre, au moins, deux personnes. Cela n'aurait, en revanche, pas été systématiquement le cas si l'intention n'avait pas été requise dans le cadre de la détermination de l'infraction. Toutefois, la Cour de cassation a retenu, pour caractériser une bande organisée, que celle-ci doit être

---

<sup>1019</sup> Art. L. 454-1 du C. conso.

<sup>1020</sup> Art. L. 454-3, 2° du C. conso.

<sup>1021</sup> Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *JORF n° 59 du 10 mars 2004*, Rev. science crim. 2004, obs. C. LAZERGES, Gaz. Pal., 11-15 mars 2004, obs. J.-E. SCHOETTL ; JCP 2004, II, 10048, J.-C. ZARKA.



composée de plus de deux personnes<sup>1022</sup>. Il est fort probable que cela soit généralement le cas pour une infraction réalisée dans le cadre d'une banque, mais pour assurer une application extensive de cette répression à toute situation de coexistence d'un dirigeant de fait et d'un de droit, nous sommes d'avis de ne pas retenir la qualification d'une bande organisée en tant que telle, mais de nous inspirer directement de la répression de la tromperie en bande organisée pour fixer le quantum de la peine que nous proposons : soit 7 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende. Afin de prévenir la récidive, nous y associerons les peines complémentaires de l'infraction de banqueroute, selon les mêmes modalités que celles prévues pour l'infraction proposée pour réprimer les dirigeants d'une banque défailante<sup>1023</sup>.

Par ailleurs et pour les mêmes raisons que celles amenant à retenir l'aggravation du quantum de la peine pour les bandes organisées, l'infraction que nous proposons doit pouvoir être qualifiée aussi bien à l'égard du dirigeant de fait que de celui de droit. En effet, il résulte des termes de l'article proposé (voir annexe) que cette situation de coexistence volontaire ne peut pas exister sans résulter d'un accord entre les deux personnes concernées. Ainsi, ils s'avèrent être conjointement auteurs de l'infraction et doivent être sanctionnés par les mêmes peines pour assurer un effet dissuasif fort.

---

<sup>1022</sup> Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 14-88329, D. 2015 2541, obs. PARIZOT, Dr. pén. 2015, n° 120, obs. Ph. CONTE, RSC 2015. 86, obs. Y. MAYAUD.

<sup>1023</sup> V. *supra*, n° 409.

## CONCLUSION

**414.** Au-delà de la régularisation des activités bancaires, de la mise en place de mécanismes de résolution et de la pénalisation des dirigeants de banques défaillantes, ayant pour objectif de limiter les risques pris, et l'aléa moral subséquent : nous ne pouvons ignorer l'impact d'autres éléments dans le déclenchement et l'aggravation de la crise économique et financière de 2007. Il serait, en effet, injuste et partiel de faire peser la responsabilité de celle-ci uniquement sur les banques et leurs dirigeants, alors que des mécanismes de contrôle, qui existaient déjà à cette période, ont été défaillants dans leur rôle d'alerte et de prévention. Ainsi, peuvent notamment être cités comme ayant joué un rôle, direct ou indirect, dans la crise : les conflits d'intérêts dans le secteur bancaire et financier, le manque de transparence sur certains produits financiers, la multiplication des transactions financières sur les marchés libres qui ne bénéficient d'aucun contrôle, les bonus excessifs des *traders* motivant la prise de risque, le *shadow banking*, la fraude fiscale, etc. Ces autres causes ont été globalement oubliées ou mises de côté par les gouvernements et législateurs. Pourtant, elles doivent être étudiées et analysées si nous voulons éviter qu'une nouvelle crise du système bancaire et financière n'advienne.

**415.** Si les facteurs sont nombreux, il convient cependant de s'attacher à deux d'entre eux, qui se démarquent particulièrement pour avoir joué un rôle majeur dans la crise, en biaisant la réalité de la valorisation financière des actifs à la hausse et à la baisse sur les marchés financiers. En effet, son déclenchement est directement lié à une forte dégradation des marchés financiers, sur plusieurs années, causée principalement par la grande volatilité de la valorisation des actifs, à la baisse comme à la hausse. Or, cette instabilité n'aurait pas eu lieu, ou en tout état de cause dans une bien moindre mesure, si une réglementation efficace des normes comptables et des agences de notation avait été mise en place. L'évaluation retenue selon la méthode de *fair value* retenue par les normes comptables dites « *International Financial Reporting Standards* » (IFRS) et le comportement des agences de notation lors de la crise ont, par un excès d'immédiateté, voire d'anticipation, eu un fort effet procyclique qui a précipité rapidement l'économie vers une dépression profonde.

**416.** Il est ainsi régulièrement reproché aux agences de notation d'avoir eu un rôle prépondérant dans la crise de 2007, en appliquant une notation de complaisance sur certains produits financiers toxiques, que ce soit par naïveté ou de façon intentionnelle. En effet, la dégradation des marchés financiers et de l'économie réelle n'aurait, sans aucun doute, pas eu l'ampleur qu'elle a prise si les crédits *subprimes*, et leurs dérivés, n'avait pas été évalués comme des investissements les plus sécurisés : les trois principales agences de notation mondiales leur ont attribué d'excellentes notes, lésant les opérateurs qui se fondaient sur leur estimation de professionnels des marchés financiers pour investir, sans s'interroger sur la composition de ces actifs (ce qui leur aurait permis de se rendre compte, soit de la dangerosité des crédits *subprimes*, soit de la grande complexité et de l'opacité de leurs dérivés), et donc sur l'ampleur des risques associés. Le contenu de ces actifs étant très compliqué à déterminer, il était donc difficile d'évaluer leur toxicité tant pour les investisseurs, que pour les agences, elles-mêmes, qui, dès lors, auraient dû faire preuve d'une extrême prudence dans leur notation. Par ailleurs, une fois que la dangerosité des *subprimes* a été dévoilée, les agences ont brutalement dégradé leurs notes, provoquant un blocage massif et immédiat des marchés financiers et un climat de défiance entravant toute reprise.

Sur la base de ce simple constat factuel, l'impact procyclique des agences de notation sur la stabilité des marchés financiers est évident. Il en résulte que la mise en place d'une réglementation à leur égard est essentielle pour pallier ces effets néfastes. Compte tenu des conséquences considérables que peuvent avoir leurs notes sur la valeur des actifs financiers, il est nécessaire de se poser notamment la question de leur fonctionnement, de leur financement et des conflits d'intérêts qui peuvent en résulter. Ces interrogations sont d'autant plus essentielles que les notations mondiales reposent principalement sur, seulement, trois grandes agences, dont les avis sont fortement suivis. Au moment de tirer les conséquences de la crise, plusieurs organismes internationaux, ainsi que les États du G20 ont dénoncé le rôle des agences de notation dans celle-ci. Un certain nombre de mesures ont été adoptées par les États-Unis et l'Union européenne afin de tenter de répondre au manque de transparence, au caractère oligopolistique et central et à l'absence de responsabilité des agences de notation. Si ces initiatives sont à saluer, leur impact doit être analysé avec une vision critique, tenant compte de l'obsession des opérateurs de recourir à la notation externe pour couvrir leurs prises de décision, et donc du rôle prépondérant de celles-ci sur la stabilité

des marchés financiers. Nous recommandons donc de veiller à ce qu'un cadre légal intègre :

- Des principes méthodologiques imposés à toutes les agences de notation ;
- Une notice obligatoire (dont les modalités seront fixées par les principes précités) attachée à chaque produit évalué<sup>1024</sup> ;
- Ainsi que la recherche de la responsabilité des agences de notation, et de leurs dirigeants, quant aux évaluations qu'elles réalisent, que ce soit sur une base pénale ou administrative.

**417.** L'autre élément à prendre en considération pour son impact direct sur l'ampleur de la crise est le rôle des normes comptables. De manière générale, la multiplication des normes régies par des règles et principes différents, ainsi que leurs complexités ont obscurci la compréhension de l'information comptable des sociétés. Toutefois, la plupart des critiques sont adressées à l'application généralisée des principes de *fair value*, tels que définis par les normes IFRS. Il s'agit d'une méthode de valorisation des actifs fondée sur la valeur de marché de ceux-ci à la date de clôture du bilan. En principe, la *fair value* permet donc d'avoir une valorisation actualisée, contrairement au coût historique qui peut être très éloigné de leur valeur réelle sur le marché. L'objectif est donc de prendre en considération la valeur de revente immédiate des actifs pour les évaluer. Cependant, de la même manière que pour les agences de notation, l'excès d'immédiateté, voire d'anticipation, de cette méthode d'évaluation comptable lui confère un aspect procyclique. En effet, tant que les cours des marchés financiers sont en hausse, le prix des actifs détenus dans le bilan des sociétés, et notamment des banques, augmente. Les profits potentiels sont alors considérables, ce qui crée un climat d'optimisme fort augmentant à nouveau les cours des marchés financiers. À l'inverse, lorsqu'une bulle spéculative se rompt, comme cela a été le cas lors de la crise, les cours diminuent et, conséquemment, la valorisation des actifs aussi. Dès lors, cette technique devient un facteur mécanique d'accélération de la crise et ne permet pas de mettre en lumière le risque lié à certains actifs. Les règles mêmes de la *fair value* ne tiennent, en effet, absolument pas compte de la valeur matérielle des actifs

---

<sup>1024</sup> Tel que suggéré pour la notation interne, v. *supra*, n° 230.

pour les évaluer : la déconnexion entre les valeurs, fluctuantes, de marché et l'économie réelle peut amener à des situations ubuesques où une société cotée en bourse pourrait se retrouver, à la suite de rumeurs par exemple, avec une forte dégradation de la valeur de ses titres, alors même qu'économiquement elle se trouverait dans une situation financière solide. Les États occidentaux et l'*International Accounting Standards Board*, conscients de l'impact qu'a eu l'évaluation en *fair value* sur les marchés financiers lors de la crise, ont lancé une grande réflexion dans le cadre du G20 afin d'adapter celle-ci aux situations de dépréciation des marchés financiers. S'agissant de normes comptables internationales, l'équilibre est difficile à trouver afin de concilier toutes les parties prenantes. Il est néanmoins essentiel de supprimer tout risque d'effet procyclique des normes comptables, dont l'objectif premier doit être rappelé : apporter une information claire, précise et harmonisée sur la valorisation des actifs, et non d'avoir un impact sur celle-ci. Un retour à l'application du coût historique, avec quelques adaptations pour permettre une actualisation périodique, mais encadrée, semble être la solution de prudence à retenir.

**418.** Il aurait également été intéressant d'analyser la façon dont fonctionnent les systèmes bancaires des pays dont l'organisation et la culture diffèrent de celles des États occidentaux, que nous retrouvons dans l'Union européenne et aux États-Unis. En particulier, une étude comparée des réglementations bancaires actuellement en vigueur en Chine<sup>1025</sup> et en Inde, ainsi que l'analyse des éventuels impacts qu'a pu avoir la crise sur les banques et l'économie de ces pays pourrait mettre en valeur des pratiques, visions et législations intéressantes pour la stabilité des systèmes bancaires et financiers européen et même mondial. Cette approche comparée avec ces systèmes bancaires très encadrés par l'État n'a pas été menée par les législateurs et les gouvernements des États de l'Union européenne, ni par ses institutions. Cela peut être regretté, car il est sûr que l'impact des différences culturelles dans la gestion des systèmes bancaires n'est pas nul et aurait offert une autre approche.

---

<sup>1025</sup> Notamment : Collectif, « Finance chinoise : les enjeux de la modernisation », *Revue d'économie financière*, n° 102, 2011.

**419.** Si nous ne pouvons que nous féliciter de la volonté d'action de l'Union européenne et des États occidentaux pour apporter une réponse juridique à la crise économique et financière de 2007, dix ans plus tard les réglementations en demi-teinte, bloquées ou oubliées, viennent mitiger cette détermination. Pourtant, un certain nombre de propositions ambitieuses faites par des auteurs et organisations non gouvernementales n'ont pas été envisagées par les législateurs. Face à la succession des crises financières et économiques depuis le début du XXe siècle, nous ne pouvons qu'espérer que les mesures mises en place sauront être efficaces et donneront tort à l'historien grec Thucydide qui nous indique que « l'Histoire est un perpétuel recommencement ».



## **ANNEXE**

**Annexe 1 – Proposition d'article relatif à la répression pénale des dirigeants de banques défaillantes**

**Annexe 2 – Proposition d'article relatif à la répression pénale du dirigeant de fait et du dirigeant de droit**



## **Annexe 1 – Proposition d'article relatif à la répression pénale des dirigeants de banques défaillantes**

I. Les dispositions du présent article sont applicables :

1° À toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé un établissement de crédit défini à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier

2° Aux personnes physiques nommées représentant permanent de personnes morales dirigeant des établissements de crédit définis au 1° ci-dessus.

II. Constitue un délit puni d'une peine de 10 ans d'emprisonnement et de 3 000 000 € d'amende, le fait pour une personne visée au I de ne pas avoir empêché, par imprudence, inattention ou négligence, la défaillance avérée ou prévisible, au sens du II de l'article L. 613-48 du code monétaire et financier, d'un établissement visé au I 1° soumis à la procédure de résolution prévue aux articles L. 613-49 et L. 613-49-1 du code monétaire et financier.

III. Lorsque le délit visé au II a été commis intentionnellement, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à 5 ans.

IV. 1° Les personnes faisant l'objet d'une condamnation prononcée au titre de l'infraction visée au II sont soumises aux interdictions prévues au 2° de l'article L. 654-5 du code de commerce, pour une durée ne pouvant être inférieure au maximum prévu à l'article 131-27 du code pénal.

2° Les personnes physiques reconnues coupables de l'infraction prévue au II encourent également les peines complémentaires prévues aux 1°, 3°, 4° et 5° de l'article L. 654-5 du code de commerce.

V. Encourent les mêmes peines les complices, même s'ils ne dirigent pas, directement ou indirectement, en droit ou en fait, un établissement de crédit visé au I 1°.

## **Annexe 2 – Proposition d'article relatif à la répression pénale du dirigeant de fait et du dirigeant de droit**

I. 1° Constitue un délit puni d'une peine de 7 ans d'emprisonnement et de 1 000 000 € d'amende, le fait pour une personne physique, qui n'a pas été régulièrement nommée dirigeant de droit, d'exercer sciemment, en ayant une attitude trompeuse pour les tiers, en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, des activités positives de gestion et de direction engageant la société et relevant habituellement des attributions du dirigeant de droit.

2° Constitue un délit puni de la peine visée au 1°, le fait pour un dirigeant de droit, d'avoir volontairement laissé une personne physique n'étant pas dirigeant de droit exercer, de façon trompeuse pour les tiers, en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, des activités positives de gestion et de direction engageant la société et relevant habituellement des attributions du dirigeant de droit.

II. Sont dirigeants de droit :

1° Le représentant légal de la société,

2° Les membres du conseil d'administration au sens de l'article L. 225-17 du code de commerce,

3° Les membres du directoire au sens de l'article L. 225-58 du code de commerce,

4° Les gérants au sens des articles L. 221-3 et L. 223-18 du code de commerce,

5° Les associés commandités au sens des articles L. 222-1 à L. 222-12 du code de commerce,

6° Les personnes physiques nommées représentant permanent de personnes morales dirigeant la personne morale de droit privé.

III. 1° Les personnes faisant l'objet d'une condamnation prononcée au titre de l'infraction visée au II sont soumises aux interdictions prévues au 2° de l'article L. 654-5 du code de commerce, pour une durée ne pouvant être inférieure au maximum prévu à l'article 131-27 du code pénal.

2° Les personnes physiques reconnues coupables de l'infraction prévue au I, 1° et 2° encourrent également les peines complémentaires prévues aux 1°, 3°, 4° et 5° de l'article L. 654-5 du code de commerce.



## GLOSSAIRE

**Autorité bancaire européenne** : L'Autorité bancaire européenne (ABE) est une autorité indépendante de l'UE qui œuvre afin de garantir un niveau de réglementation et de surveillance prudentielles efficace et cohérent dans l'ensemble du secteur bancaire européen. Ses principaux objectifs sont de maintenir la stabilité financière dans l'UE et de garantir l'intégrité, l'efficacité et le bon fonctionnement du secteur bancaire. Elle fait partie du Système Européen de Surveillance Financière (SESF).

**Actif net** : L'actif net est une notion comptable, obtenue en soustrayant de l'ensemble des actifs de l'entreprise l'ensemble de ses dettes actuelles ou potentielles<sup>1026</sup>.

**Comptes consolidés** : La consolidation résulte de l'obligation légale faite à toute entreprise détenant le contrôle d'autres entreprises ou exerçant sur elles une influence notable d'établir des comptes consolidés et un rapport sur la gestion du groupe. L'objet des comptes consolidés est de présenter la situation financière d'un groupe de sociétés comme si celles-ci ne formaient qu'une seule et même entité. Cette consolidation, qui peut être effectuée selon différentes méthodes, obéit toutefois à des règles très strictes<sup>1027</sup>.

**Contrat d'échange financier (*swap*)** : C'est un contrat qui porte sur un échange entre deux entités pendant une certaine période de temps. Il peut porter soit sur des actifs financiers, soit sur des flux financiers. L'expression est généralement utilisée pour faire référence aux flux financiers. Contrairement aux échanges d'actifs financiers, les échanges de flux financiers sont des instruments de gré à gré sans incidence sur le

---

<sup>1026</sup> Vernimmen.net, *Lexique financier*. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.

<sup>1027</sup> Idem.

bilan, qui permettent de modifier des conditions de taux ou de devises (ou des deux simultanément), d'actifs et de passifs actuels ou futurs<sup>1028</sup>.

**Couvertures de défaillances (*credit default swap*)** : Ce contrat est la forme la plus classique des dérivés de crédit. Il est utilisé lorsqu'une personne veut de se protéger contre la défaillance d'une contrepartie. Pour cela, elle s'oblige à payer à tiers régulièrement, et reçoit en contrepartie une somme définie dans le contrat en cas de survenance de la défaillance<sup>1029</sup>.

**Dettes subordonnées** : Une dette est dite subordonnée lorsque son remboursement dépend du remboursement initial des autres créanciers (créanciers privilégiés et créanciers chirographaires)<sup>1030</sup>.

**Dérivés de crédit** : Les dérivés de crédit sont des instruments qui permettent de transférer, par un contrat passé entre deux contreparties, tout ou partie du risque de crédit portant sur un tiers. Une contrepartie peut ainsi vendre un risque de crédit portant sur une créance déterminée, dite créance sous-jacente, à une autre contrepartie qui, contre versement régulier d'intérêts ou d'une prime, lui effectuera un paiement si un événement de crédit survient sur cet actif sous-jacent<sup>1031</sup>.

**Effet de levier** : Il s'agit de l'utilisation de l'endettement pour augmenter la capacité d'investissement d'une entreprise et de l'impact de cette utilisation sur la rentabilité des capitaux propres investis. L'effet de levier augmente la rentabilité des capitaux

---

<sup>1028</sup> Idem.

<sup>1029</sup> Idem.

<sup>1030</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1031</sup> Commission bancaire, « Les dérivés de crédit, nouvelle source d'instabilité financière ? », Revue de stabilité financière, Nov. 2002, p. 70.

propres tant que le coût de l'endettement est inférieur à l'augmentation des bénéfices obtenus grâce à l'endettement. Dans le cas inverse, il devient négatif<sup>1032</sup>.

**EURIBOR** : Taux du marché monétaire européen, il est égal à la moyenne arithmétique des taux offerts sur le marché bancaire européen pour une échéance déterminée (entre 1 semaine et 12 mois). Il est publié par la Banque centrale européenne à partir de cotations fournies quotidiennement par 64 banques européennes. EURIBOR sert de référence pour de nombreux emprunts à taux variable<sup>1033</sup>.

**Fonds de couverture (*hedge fund*)** : Ce sont des fonds d'investissement non cotés à vocation spéculative. Ces fonds spéculatifs recherchent des rentabilités élevées et utilisent massivement les produits dérivés, en particulier les options. Ils utilisent l'effet de levier, c'est-à-dire la capacité à engager un volume de capitaux qui soit un multiple plus ou moins grand de la valeur de leurs capitaux propres. Les *hedge funds* présentent l'intérêt d'offrir une diversification supplémentaire aux portefeuilles dits « classiques » car leurs résultats sont en théorie déconnectés des performances des marchés d'actions et d'obligations.

**Fonds d'investissement alternatifs** : Il s'agit d'une catégorie de fonds d'investissement qui regroupe les placements collectifs autres que les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), c'est-à-dire notamment les fonds de couverture, les fonds d'investissement en capital à risque, les fonds de capitaux privés et les fonds immobiliers.

---

<sup>1032</sup> La finance pour tous, *Mots de la finance*. Disponible sur : <http://www.lafinancepourtous.com/Decryptages/Mots-de-la-finance/>.

<sup>1033</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

**Forum shopping** : Il s'agit du fait de choisir une juridiction en raison des avantages, de procédure ou de fond souhaités par le justiciable<sup>1034</sup>. Le *forum shopping* contribue à la concurrence juridique entre les États membres de l'Union européenne.

**LIBOR** : Le LIBOR (« *London Interbank Offered Rate* »), est le taux du marché monétaire observé à Londres. Il est égal à la moyenne arithmétique des taux offerts sur le marché bancaire à Londres pour une échéance déterminée (entre 1 et 12 mois) et une devise donnée (euro, livre, dollar). Le LIBOR sert de référence pour de nombreux emprunts à taux variable<sup>1035</sup>.

**Liquidité** : La liquidité de l'entreprise est son aptitude à faire face à ses échéances financières dans le cadre de son activité courante, à trouver de nouvelles sources de financement, et à assurer ainsi à tout moment l'équilibre entre ses recettes et ses dépenses. La liquidité est donc liée à la durée des ressources, elle s'analyse tant au niveau de la structure à court terme (financement à court terme), qu'au niveau de la capacité de remboursement des dettes à moyen et long termes.<sup>1036</sup>

**Momentum ignition** : C'est une pratique qui consiste en la passation d'ordres dans un seul et même sens, afin d'attirer et d'inciter les autres intervenants à faire de même, et donc provoquer un mouvement directionnel de prix. Concrètement, il s'agit de créer ou d'accompagner une bulle de très court terme en espérant attirer des investisseurs puis de clôturer la position en vendant les titres. Le déclenchement de cette dynamique nécessite un algorithme pouvant sonder le marché au-delà des seules données de quantité et de prix, et détectant les tendances sous-jacentes<sup>1037</sup>.

---

<sup>1034</sup> Vocabulaire du droit (liste de termes, expressions et définitions adoptés), *JORF n° 0121 du 25 mai 2008*.

<sup>1035</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1036</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1037</sup> DANIEL S., « Trading haute fréquence et manipulation de cours », RTDF, sept. 2012, n° 3, p. 55 et s.

**Obligations adossées à des actifs (*collateralized debt obligations*)** : Ce sont des titres de dettes émis par une structure ad hoc, souvent un véhicule de titrisation, qui achète et détient des obligations émises par des entreprises ou des banques (on parle alors de *collateralised bond obligation*) ou des prêts bancaires (on parle alors de *collateralised loan obligation*). Ils permettent de rendre liquide des titres que ne le sont pas spontanément, et donne aux banques la possibilité de se refinancer auprès d'investisseurs qui souhaitent prendre un risque sur un portefeuille de dettes, risque qui peut être plus ou moins élevé selon la nature des dettes détenues par le véhicule et le rang de priorité plus ou moins élevé des dettes émises par le véhicule<sup>1038</sup>.

**Order anticipation** : C'est une stratégie qui utilise les nouvelles possibilités d'analyse et de réaction ultra-rapide aux données de marché offertes par le *trading* à haute fréquence (notamment par les ordres flash). Il s'agit essentiellement d'ordres test (*ping order*) et d'ordres binaires (*immediate-or-cancel order*) qui sont exécutés immédiatement en cas d'existence de liquidité ou annulés instantanément à défaut de liquidité. Le but est, par l'envoi d'ordres isolés, de deviner les intentions et les stratégies des autres intervenants et de les devancer dans la réalisation des négociations. Il est dès lors possible de détecter la présence d'un important intérêt acheteur ou vendeur sur le marché (*iceberg order*), de l'anticiper en opérant une première transaction de même sens sur le marché, de se placer en situation de seule contrepartie disponible, puis d'intervenir opportunément pour réaliser une transaction en sens contraire avec ce vendeur ou acheteur<sup>1039</sup>.

**Prime de risque (*spread*)** : La prime de risque d'un marché financier mesure l'écart de rentabilité attendue entre le marché dans sa totalité et l'actif considéré comme sans risque qu'est l'obligation d'État. Elle se mesure en prenant en compte la volatilité du titre qui indique la relation existant entre les fluctuations de la valeur du titre et les fluctuations du marché<sup>1040</sup>.

---

<sup>1038</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1039</sup> DANIEL S., *op. cit.*

<sup>1040</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*



**Rentes d'État, ou obligations perpétuelles** : Une obligation perpétuelle est un titre de créance négociable émis pour une durée indéterminée. Le détenteur d'une obligation perpétuelle reçoit de la part de l'émetteur (souvent un État) des intérêts au rythme prévu dans le contrat d'émission. Malgré son caractère perpétuel, ce type d'obligation peut faire l'objet d'un remboursement ou d'une assimilation par son émetteur<sup>1041</sup>.

**Risque de marché** : Les risques opérationnels sont les risques de pertes qui proviennent des erreurs du personnel au sens large, des systèmes ou processus, ou des événements externes, tels que les risques de détérioration de l'outil industriel, les risques technologiques, les risques climatiques, les risques environnementaux...<sup>1042</sup>.

**Risque opérationnel** : Il s'agit du risque corrélé au marché. Il est dû à l'évolution de l'ensemble de l'économie, de la fiscalité, des taux d'intérêts, de l'inflation... Il affecte plus ou moins tous les titres financiers. On l'appelle également risque systématique<sup>1043</sup>.

**Spoofing, ou layering** : C'est une stratégie qui consiste à exercer une pression sur les marchés via une émission massive d'ordres à l'achat ou à la vente. En conséquence de ce déséquilibre, la fourchette de prix se décale. Aussitôt, le trader à l'origine de ce mouvement opère une passation d'ordres en sens inverse et procède à l'annulation subséquente des ordres entrés dans le sens initial. Cette stratégie est utilisée sur des opérations à très court terme et pour des gains infimes, ce afin de ne pas attirer l'attention du régulateur. Le profit dégagé est fonction de la répétition du stratagème illicite<sup>1044</sup>.

---

<sup>1041</sup> Trader Finance, *Lexique Finance*. Disponible sur : <http://www.trader-finance.fr/lexique-finance.html>.

<sup>1042</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1043</sup> Idem.

<sup>1044</sup> DANIEL S., *op. cit.*

**Subprimes** : Les crédits *subprimes* désignent les crédits hypothécaires accordés à des emprunteurs à risque, par opposition aux crédits primes qui sont souscrits par des emprunteurs qui offrent des garanties de remboursement solides<sup>1045</sup>.

**Succursale d'importance significative** : Elles sont définies à l'article 51 de la directive 2013/36/UE au regard des éléments suivants :

- Le fait que la part de marché détenue par la succursale en termes de dépôts est supérieure à 2 % dans l'État membre d'accueil ;
- L'incidence probable d'une suspension ou de l'arrêt des activités de l'établissement sur la liquidité systémique et les systèmes de paiement, de compensation et de règlement de l'État membre d'accueil ;
- La taille et l'importance de la succursale du point de vue du nombre de clients, dans le contexte du système bancaire ou financier de l'État membre d'accueil.

Cette qualité peut être demandée par les autorités compétentes d'un État membre d'accueil, soit à l'autorité de surveillance sur base consolidée, soit aux autorités compétentes de l'État membre d'origine, qu'une succursale soit considérée comme ayant une importance significative.

**Tier 1, Tier 2 et Tier 3** : Ils représentent trois catégories de fonds propres qui ont chacun une qualité différente. Le *Tier 1* constitue le noyau dur des fonds propres, il est principalement constitué du capital social, des réserves et du résultat de l'exercice non distribué, ainsi que des intérêts minoritaires dans les filiales consolidées. Le *Tier 2* comprend les réserves non publiées, les réserves de réévaluation ainsi que certaines dettes subordonnées, il correspond aux fonds propres complémentaires. Le *Tier 3* correspond à des fonds propres dits sur-complémentaires voués exclusivement à la couverture du risque de marché, il est constitué selon l'appréciation des autorités de contrôle et peut comprendre les mêmes éléments que le *Tier 2*<sup>1046</sup>.

---

<sup>1045</sup> ARTHUS P., BETBEZE J.-P., DE BOISSIEU C., CAPELLE-BLANCARD G., « La crise des *subprimes* », *Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française*, 2008, p. 28.

<sup>1046</sup> Investopedia, *Banking terminology*. Disponible sur : [http://www.investopedia.com/tags/banking\\_te](http://www.investopedia.com/tags/banking_te)

**Titrisation** : La titrisation est un montage financier qui permet à une société d'améliorer la liquidité de son bilan. Techniquement, des actifs sélectionnés en fonction de la qualité de leurs garanties sont regroupés dans une société *ad hoc* (*Special Purpose Vehicle - SPV*) qui en fait l'acquisition en se finançant par l'émission de titres souscrits par des investisseurs. L'entité ainsi créée perçoit les flux d'intérêts et de remboursement sur les créances qu'elle a achetées aux banques et les reverse aux investisseurs via le paiement d'intérêts et le remboursement de leurs titres<sup>1047</sup>.

**Titres hybrides** : Les titres hybrides sont, au pied de la lettre, des titres qui empruntent des caractéristiques à la fois des actions et des dettes. Par exemple, les obligations convertibles, les obligations remboursables en actions sont des titres hybrides<sup>1048</sup>.

**Trading** : Le *trading*, aussi appelé négoce, recouvre l'activité de spéculation réalisée par les traders. Ceux-ci sont des opérateurs de marché spécialisés dans la spéculation, dont l'activité consiste à acheter à bas prix une devise, une obligation, une action voire une option dont il anticipe la hausse et à les vendre lorsqu'il anticipe leur baisse<sup>1049</sup>.

---

rminology/definition/.

<sup>1047</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1048</sup> Vernimmen.net, *op. cit.*

<sup>1049</sup> Idem.

# **INDEX ALPHABETIQUE**

*(les numéros renvoient aux pages)*

## **A**

- Acte unique européen, 317
- Action en comblement du passif, 346, 351
  - Conditions, 347
  - Faute de gestion, 348, 353
  - Lien de causalité, 350
  - Procédure de résolution des banques, 352
- Activités spéculatives, 18, 30, 88, 113
  - Délit de manipulation des cours, 106, 108
  - Négociation pour compte propre, 94, 97, 99, 141, 145
  - Trading à haute fréquence, 105, 109, 111, 145
- Agences de notation, 66, 154, 222, 381
- Aides d'État, 72, 76, 287, 292
- Aléa moral, 70, 71, 73, 128, 169, 280
- Algorithmes informatiques Voir Activités spéculatives - Trading à haute fréquence
- Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, 123, 126, 128, 244, 251
  - Administrateur provisoire, 276, 281
  - Administrateur temporaire, 276
  - Administrateurs spéciaux, 296
  - Agrément, 129, 259, 290
  - Collège de résolution, 252, 254, 286, 297
  - Collège de supervision, 252, 262
  - Conflit d'intérêts, 255, 256, 258, 273
  - Pouvoirs coercitifs, 268, 272, 274, 289
  - Pouvoirs de contrôle, 136, 260, 264, 269
  - Pouvoirs de contrôle – Champ d'application, 265
  - Pouvoirs de contrôle – Plan de redressement, 236
  - Pouvoirs de contrôle – Plan de résolution, 237

## **B**

- Bâle Voir Règlementation prudentielle
- Banque
  - Banque d'affaires, 26, 76

Banque de dépôt, 26, 76  
 Banque systémique, 69, 122  
 Banque universelle, 26, 78, 118, 157  
 Fonctions critiques, 246, 345  
 Irresponsabilité *Voir* Moralisation des banques  
 Rôle, 39  
 Banque Centrale Européenne, 259  
 Banque nationale de crédit, 22, 23  
 Banqueroute (délict), 367  
     Élément matériel, 368  
     Procédure de résolution des banques, 369  
 Bulle spéculative, 105, 107, 163

## C

*Collateralized debt obligations* (CDO) *Voir* Crise de 2007  
 Concurrence  
     Avec d'autres sociétés, 165  
     Entre les banques, 57, 72, 120, 162  
     Entre les États, 331, *Voir* *Forum shopping*  
 Conditions d'honorabilité, de compétence et d'expérience des dirigeants, 261  
 Conflit d'intérêts, 38, 128, 131, 223  
 Contagion (effet de), 23, 39, 69, 106, 283  
 Coopération entre les États, 194, 243, 323, 324, 326, 331  
 Crise de 1929, 17  
     Déclenchement, 18, 19  
     Impact en France, 21, 24, 31, 33  
     Réglementation *post*-crise *Voir* *Glass-Steagall Act*  
 Crise de 2007, 11, 13  
     *Collateralized debt obligations* (CDO), 65, 66  
     Crédits immobiliers *Voir* Surendettement des particuliers  
     Crédits *Subprimes*, 61, 64, 154, 210  
     Déclenchement, 62, 63, 65  
     Lehman Brothers, 68

## D

Décloisonnement des marchés, 57  
 Délict de manipulation des cours *Voir* Activités spéculatives  
 Dérégulation du système bancaire, 35, 56

- Gramm-Leach-Bliley Act, 37, 56
- Désintermédiation bancaire, 59
- Devoir de non-ingérence, 51
- Dirigeant (notion), 342
  - Dirigeant de droit, 343, 368
  - Dirigeant de fait, 344, 345, 356, 368
  - Répression pénale *Voir* Infraction liée à la caractérisation d'un dirigeant de fait
- Dodd-Frank Act*, 90, 118, 169
  - Champ d'application, 91, 92
- Droit pénal
  - Banqueroute *Voir* Banqueroute
  - Délit de manipulation des cours, 106, 108, 109
  - Faute pénale, 373
  - Infraction du dirigeant de banque défailante *Voir* Infraction retenue contre le dirigeant de banque défailante
  - Infraction du dirigeant de fait *Voir* Infraction liée à la caractérisation d'un dirigeant de fait
  - Intention (dol), 372
  - Sous-évaluation du risque d'une créance, 223
  - Violation d'une interdiction de gérer, 360

## E

- Economie réelle, 12
- Établissement de crédit, 36
- Éthique, 12, 13

## F

- Faillite bancaire, 23, 69, 88, 105
- Faillite personnelle, 354, 355, 361
  - Champ d'application territorial, 357
  - Conditions, 361, 362
  - Interdiction de gérer, 356
  - Procédure de résolution des banques, 363, 364
  - Publicité, 359
  - Sanction, 356, 357, 359
- Fair value* (IFRS), 79, 382
- Fonds d'investissement, 134, 135, 136
  - Fonds d'investissement alternatifs, 137
  - Fonds de capital-investissement, 138

*Hedge Fund Voir* Fonds de couverture (*Hedge fund*)

Organismes de placement collectifs en valeurs mobilières agréées (OPCVM), 138

Fonds de couverture (*Hedge fund*), 65, 99, 101, 135

Fonds de garantie des dépôts et de résolution, 74, 294

*Forum shopping*, 318, 320, 324

## G

Garantie européenne des dépôts, 332

  Systèmes de garantie des dépôts, 332

Garantie implicite de l'État *Voir* Aléa moral

*Glass-Steagall Act*, 25, 29, 30, 179

*Gramm-Leach-Bliley Act Voir* Dérégulation du système bancaire

Groupe bancaire, 91, 232, 324, 325

Groupe des vingt (G20), 14, 212

## I

Infraction liée à la caractérisation d'un dirigeant de fait, 376

  Élément intentionnel, 377

  Élément matériel, 377

  Quantum de la peine, 378, 379

Infraction retenue contre le dirigeant de banque défaillante, 371

  Élément matériel, 371

  Élément moral, 372

  Quantum de la peine, 374

  Quantum de la peine – Peine-plancher, 374

Instruments financiers, 58, 67, 113

Intervention précoce, 266, 268, 276, 284

  Programme d'action, 271

## L

Liikanen (Rapport), 84, 118, 135, 141, 174

Lobby bancaire, 90, 92

## M

Monopole bancaire, 36, 39, 118, 180

Moralisation des banques, 11, 12, 69, 114

## N

Nationalisation temporaire des banques *Voir* Système socialisé du crédit  
 Négociation pour compte propre *Voir* Activités spéculatives  
 Normes comptables *Voir* Fair value (IFRS)

## O

Obligations du banquier prêteur, 42, 52, 53  
     Cas du banquier prestataire de services d'investissement, 54  
     Client averti ou profane, 43, 47, 54  
     Devoir de conseil, 50  
     Obligation de mise en garde, 46  
     Obligation d'information, 42, 44

## P

Paradoxe de la crédibilité, 62  
 Paradoxe de la tranquillité, 61  
 Prévention des difficultés, 192, 250  
     Plan de redressement, 229, 231, 235, 239, 271  
     Plan de résolution, 245, 247, 249  
     Surveillance consolidée, 232, 233  
 Procédure collective, 192, 280, 281, 342  
     Centre des intérêts principaux, 320  
     Reconnaissance mutuelle, 318, 319, 322  
     Sanction – Action en comblement de passif *Voir* Action en comblement du passif  
     Sanction – Faillite personnelle *Voir* Faillite personnelle  
     Sauvegarde judiciaire, 192, 267  
 Procédure de résolution, 283, 287  
     Cession des activités, 289, 291  
     Collège d'autorités de résolution, 325, 326  
     Collège d'autorités de résolution européenne, 325  
     Comparaison avec les procédures collectives, 285, 310  
     Conditions, 284  
     Etablissement-relais, 289, 292  
     Impact sur la gouvernance, 296, 297  
     Mécanisme européen de résolution des défaillances bancaires, 324, 326  
     Renflouement interne (*bail-in*) *Voir* Renflouement interne (*bail-in*)  
     Structure de gestion, 292  
 Procyclique (effet), 18, 39



**R**

- Réglementation prudentielle
  - Sous-capitalisation, 296, 305
- Règlementation prudentielle
  - Comité de Bâle, 194, 195, 196
  - Coussin contracyclique, 214
  - Coussin de conservation du capital, 214
  - Ratio Cooke, 197, 199, 200
  - Ratio de liquidité, 217, 224, 268
  - Ratio de solvabilité, 198, 213, 268
  - Ratio de solvabilité – Notation externe, 202, 208, 222
  - Ratio de solvabilité – Notation interne, 203, 208, 209, 222, 223
  - Ratio de solvabilité – Pondération, 198, 202, 204, 208
  - Ratio Mac Donough, 202, 205
  - Sous-capitalisation, 197
- Renflouement interne (*bail-in*), 298, 299, 301
  - Champ d'application, 302, 303, 308
  - Constitutionnalité, 311, 312
  - Dispositif de financement pour le résolution, 305, 309
  - Garanties pour les créanciers, 300, 301, 306, 311
  - Hierarchie des créances, 306
- Responsabilité sociétale des entreprises, 12
- Risque de liquidité, 27, 210, 217, 305
- Risque de marché, 205
- Risque de opérationnels, 205
- Risque de solvabilité, 160
- Risque systémique, 13, 14
  - Critère de substituabilité, 14
  - Critère de taille, 14, 79, 83
  - Critère d'interconnexion, 14

**S**

- Shadow banking*, 79, 164, 165, 380
- Spécialisation des banques, 31, 83, 103, 118
  - Critiques, 154, 169
  - Doctrine Germain, 26, 28
  - Filialisation, 118, 122
  - Glass-Steagall Act Voir Glass-Steagall Act*
  - Interdiction de certaines activités, 89, 95, 97, 100

Spéculation *Voir* Activités spéculatives  
Surendettement des particuliers, 19, 41, 61, 64  
Système socialisé du crédit, 183

## T

Taxe sur les transactions financières, 110  
Tenue de marché, 96, 110, 143, 144  
Testament bancaire *Voir* Prévention des difficultés  
*The Financial Services (Banking Reform) Act*, 118, 130, 139, 146, 173  
    Champ d'application, 123  
Titrisation, 59, 65, 200, 206

## U

Union bancaire  
    Autorité bancaire européenne, 244, 325, 331  
    Autorité européenne des marchés financiers, 104  
    Comité européen du risque systémique, 16, 330  
    Conseil de résolution unique, 333  
    Fonds de résolution unique, 334  
    Mécanisme de résolution unique, 333, 337  
    Mécanisme de surveillance unique, 334, 336  
    Système européen de surveillance financière, 16, 328, 330



# BIBLIOGRAPHIE

## I – Ouvrages

BENSTON (G.), *The separation of commercial and investment banking*, Éd. The Macmillan Press Ltd, Angleterre, 1990.

BERSTEIN (S.) et MILZA (P.), *Histoire du XXe siècle, Tome 1*, Éd. Hatier, 1996.

BERSTEIN (S.) et MILZA (P.), *Histoire du XXe siècle, Tome 2*, Éd. Hatier, 1996.

BOITEAU (Cl.), KIRAT (Th.) et MOREL-MAROGER (J.), *Droit et crise financière*, Éd. Bruylant, 2015.

BONIN (H.), *La Banque nationale de crédit : histoire de la quatrième banque de dépôts française en 1913-1932*, Éd. P.L.A.G.E, 2002.

BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, 9<sup>e</sup> éd., Éd. Domat droit privé, 2011.

BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, 12<sup>e</sup> éd., Éd. Domat droit privé, 2017.

BONNEAU (Th.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Éd. Bruylant, 2012.

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 26<sup>e</sup> éd., Éd. Précis Dalloz, 2019.

BOURGUINAT (H.), *Finance internationale*, 1<sup>e</sup> éd., Éd. Thémis Économie, 1992.

BOUVIER (J.), *Un siècle de banque française*, Éd. Hachette Littérature, 1973.

CARON (F.), *Histoire économique de la France, XIX<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>ème</sup> éd., Éd. Armand Colin, 1995.

DRUMMOND (H.), *The Dynamics of Organizational Collapse: The Case of Barings Bank*, Éd. Routledge, Royaume-Uni, 2008.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, Éd. LGDJ, 1992.

GALBRAITH (J. K.), *The Great Crash: 1929*, 7<sup>ème</sup> éd., Éd. Houghton Mifflin, États-Unis, 1997.

GUILHON (B.), *Les paradoxes de l'économie du savoir*, Éd. Lavoisier, 2012.

HAYEK (F.), *Law, Legislation and Liberty, Volume 3: The Political Order of a Free People*, 4<sup>e</sup> éd., Éd. University of Chicago Press, États-Unis, 1981.

KRUGMAN (P.) et WELLS (R.), *Macroéconomie*, 3<sup>e</sup> éd., Éd. Ouvertures économiques, 2016.

LE FUR (Y.), QUIRY (P.), VERNIMMEN (P.), *Finance d'entreprise 2013*, 11<sup>e</sup> éd., Éd. Dalloz, 2013.

LORDON (F.), *Jusqu'à quand ? Pour en finir avec les crises financières*, Éd. Raisons d'agir, 2008.

LORDON (F.), *La crise de trop : reconstruction d'un monde failli*, Éd. Fayard, 2009.

MONTOUSSE (M.) (sous la direction de), *Analyse économique et historique des sociétés contemporaines*, 2<sup>e</sup> éd., Éd. Bréal, 2007.

MOUGENOT (D.), *La preuve*, 3<sup>e</sup> éd., Éd. Larcier, 2002.

NEUVILLE (S.), *Droit de la banque et des marchés financiers*, 1<sup>e</sup> éd., Ed PUF, 2005.

OVERTON (W.), *Wall Street Scandals: Greed and Trading on Wall Street – the American Way*, Éd. Xlibris Corporation, 2013.

PIEDELIEVRE (S.) et PUTMAN (E.), *Droit bancaire*, Éd. Economica, 2011.

VASSEUR (M.), *Droit et économie bancaires*, Éd. Les cours de droit, 1976.

VASSEUR (M.), *Droit et économie bancaires*, Éd. Les cours de droit, 1986.

## **II – Thèses et mémoires**

BAHBOUHI (S.), *Le conflit d'intérêts du banquier*, Université Paris-Dauphine, sous la direction du Pr. F. PASQUALINI, 2015.

BOUCARD (F.), *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Université Paris Descartes, sous la direction du Pr. D. LEGEAIS, 2001.

DAOUD-RUMEAU MAILLOT (H.), *Les autorités de régulation dans le domaine des services financiers*, Université Jean Moulin Lyon 3, sous la direction du Pr. B. SOUSI, 2008.

KOUYATE (H.), *L'encadrement juridique international du secteur bancaire : entre recherche du réalisme et confrontation à la réalité*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, sous la direction du Pr. J.-M. SOREL, 2010.

## **III – Articles et contributions**

ABELSON (M.), « *Howie Hubler of New Jersey : The Return of a Subprime Villain* », *New York Observer*, 24 mars 2010. Disponible sur : <http://observer.com/2010/03/howie-hubler-of-new-jersey-the-return-of-a-subprime-villain/>.

ADRIAN (T.) et SHIN (H. S.), « *Liquidité et contagion financière* », *Revue de la stabilité financière*, février 2008, n° 11.

Agence nationale pour l'information sur le logement, « La crise du Crédit Immobilier de France », *Habitat Actualité*, septembre 2012, n° 129.

ALMUNIA (J.), « Les aides au secteur bancaire représentent annuellement 10 % du PIB européen », *Revue banque*, novembre 2012, n° 753.

ANSELL (D.), BOURGEOIS (J.), DUMAS (O.) et HARRIS (D.), « La réforme financière : L'approche américaine », Supplément G20, *Revue banque*, décembre 2010, n° 58.

ANTONIN (C.) et TOUZE (V.), « Loi de séparation bancaire : symbole politique ou nouveau paradigme économique ? », *Observatoire français des conjonctures économiques*, 22 février 2013. Disponible sur : <http://www.ofce.sciences-po.fr/blog/?p=3343>.

AMF, « La définition et l'encadrement du *market making* », *La lettre de la régulation financière*, octobre 2012, n° 8.

AUTRET (F.), « En cas de crise bancaire, les députés veulent un "bail-in" dès 2015 », *L'AGEFI Quotidien*, 21 mai 2013. Disponible sur : <http://www.agefi.fr/articles/en-cas-de-crise-bancaire-les-deputes-veulent-un-bail-in-des-2015-1269812.html>.

BARBAT-LAYANI (M.-A.), « La banque universelle saura se réinventer pour relever de nouveaux défis », *Fédération bancaire française*, juin 2016.

BOUCARD (F.) et DJOUDI (J.), « La protection de l'emprunteur profane », *D. 2008*.

BARNIER (M.), *Financial regulation, fiscal consolidation, governance, growth: Europe is taking up its challenges*, 7 juin 2012. Disponible sur : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-420\\_en.htm?locale=fr](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-420_en.htm?locale=fr).

BEDARIDE (B.), « La convention d'omnium et le mandat de gestion de trésorerie », *Les Échos*, 2 mai 2013. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/entrepreneur/compta-finances/221171756/convention-omnium-et-mandat-gestion-tresorerie>.

BEZAT (J.-M.), « EPR d'Hinkley Point : l'État s'inquiète d'une dérive financière », *Le Monde*, 3 juillet 2017. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/07/03/hinkley-point-edf-revise-a-la-hausse-le-cout-des-deux-reacteurs-epr\\_5154950\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/07/03/hinkley-point-edf-revise-a-la-hausse-le-cout-des-deux-reacteurs-epr_5154950_3234.html).

BORIO (C.) et SHIM (I.), « *What can (macro-)prudential policy do to support monetary policy ?* », *BIS Working papers*, décembre 2007, n° 242.

Bourse Investissements, « Comment Knight Capital a perdu 440 millions en 1 journée », *Bourse Investissements*, 19 janvier 2017. Disponible sur : <http://www.bourse-investissements.fr/comment-knight-capital-a-perdu-440-millions-en-1-journee/>.

BOUCARD (F.), « Les devoirs généraux du banquier », *Juris-Classeur Commercial*, 25 octobre 2002, Fascicule 343.

BOUVIER (J.), « Crise mondiale et crise coloniale autour de 1929 », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1976, n° 232.

BROSSARD (P.), « Nationalisons d'urgence les banques françaises », *Le Monde*, 14 septembre 2011. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/09/14/nationalisons-d-urgence-les-banques-francaises\\_1571968\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/09/14/nationalisons-d-urgence-les-banques-francaises_1571968_3232.html).

CARSTENS (A.), « L'importance de la confiance dans les effets de stabilisation macroéconomique », *Revue de la stabilité financière*, avril 2012, n° 16.

CASTELIN (L.), « Les paradoxes de Bâle III », *Banque & Stratégie*, mai 2012, n° 303.

CAZES (J.), « Les Français ne méritent pas le projet de réforme bancaire de Pierre Moscovici », *Le Cercle Les Échos*, 13 décembre 2012. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-eco-conjoncture/politique-economique/221160928/francais-meritent-projet-r>.

CLAESSENS (S.), POZSAR (Z.), RATNOVSKI (L.) et SINGH (M.), « *Shadow Banking: Economics and Policy* », *International Monetary Fund*, 4 décembre 2012.

Collectif, « Banque de France : François Villeroy de Galhau est exposé à un grave conflit d'intérêts », *Le Monde*, 11 septembre 2015. Disponible sur : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/09/15/banque-de-france-les-parlementaires-doivent-rejeter-l-e-choix-de-l-elysee\\_4757539\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/09/15/banque-de-france-les-parlementaires-doivent-rejeter-l-e-choix-de-l-elysee_4757539_3232.html).

Collectif, « Finance chinoise : les enjeux de la modernisation », *Revue d'économie financière*, 2011, n° 102.

Commission bancaire, « Les dérivés de crédit, nouvelle source d'instabilité financière ? », *Revue de stabilité financière*, novembre 2002.

CONAC (P.-H.), « Le nouveau cadre européen de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, février 2016.

COULOMB (E.), « Le poids des ratios, le choc de la liquidité », *Revue Banque*, juin 2011, n° 737.

COUSSERAN (O.) et RAHMOUNI (I.), « Le marché des CDO, modalités de fonctionnement et implications en termes de stabilité financière », *Revue de la stabilité financière*, juin 2005, n° 6.

CYPEL (S.), « Les "conflits d'intérêt" d'Abacus », *Le Monde*, 3 mai 2010. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/05/03/goldman-sachs-les-conflits-d-interets-d-abacus\\_1345879\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/05/03/goldman-sachs-les-conflits-d-interets-d-abacus_1345879_3234.html).

CYPEL (S.), « La faillite de Lehman Brothers ébranle le système financier mondial », *Le Monde*, 15 septembre 2008. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/elections-americaaines/article/2008/09/15/la-faillite-de-lehman-brothers-ebanle-le-systeme-financier-mondial\\_1095188\\_829254.html](http://www.lemonde.fr/elections-americaaines/article/2008/09/15/la-faillite-de-lehman-brothers-ebanle-le-systeme-financier-mondial_1095188_829254.html)

DANCER (M.), « BPCE et Natixis séparent leurs comptes, les actionnaires empochent la mise », *La Croix*, 18 février 2013. Disponible sur : [http://www.la-croix.com/Actualite/Economie-Entreprises/Economie/BPCE-et-Natixis-separent-leurs-comptes-les-actionnaires-empochent-la-mise-\\_NG\\_-2013-02-18-912251](http://www.la-croix.com/Actualite/Economie-Entreprises/Economie/BPCE-et-Natixis-separent-leurs-comptes-les-actionnaires-empochent-la-mise-_NG_-2013-02-18-912251)

DANIEL (S.), « *Trading* haute fréquence et manipulation de cours », *RTDF*, n° 3, septembre 2012.

DIETERLEN (P.), « Les banques », *Revue d'économie politique*, mai-juin-juillet-août 1939, n° 3-4, p. 1054.

DUGUA (P.-Y.), « Donald Trump lance sa réforme pour soulager les banques », *Le Figaro Économie*, 3 février 2017. Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/societes/2017/02/03/20005-20170203ARTFIG00301-donald-trump-lance-sa-reforme-pour-sou-lager-les-banques.php>

ERVIN (W.), « L'affaire Lehman et la naissance du *bail-in* », 9 avril 2015. Disponible sur : <https://www.credit-suisse.com/corporate/fr/articles/news-and-expertise/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in-201504.html>.

Fédération bancaire française, *Le projet de loi bancaire ne favorise pas le retour à la croissance*, 19 décembre 2013. Disponible sur : <http://www.fbf.fr/web/Internet2010/Content.nsf/0/5903F251B2E12BA0C1257AD90042C6EA?OpenDocument>.

FERNANDEZ-BOLLO (E.), « Séparation : l'obstacle de la tenue de marché », *Revue Banque*, juin 2013, n° 761.

FIGUET (J.-M.), « Le traitement du risque de crédit dans l'Accord de Bâle II : une évaluation », *Revue d'économie financière*, 2003, n° 71.

FORTESA (M.-H.) et KUBRUSHKO (A.), « Plans de redressement et de résolution : une nouvelle donne dans la gestion des crises bancaires », *Banque & Stratégie*, 13 novembre 2012, n° 308. Disponible sur : <http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/plans-redressement-resolution-une-nouvelle-donne-d>.

GARNIER (F.), « Des délits "astucieux" à la délinquance d'affaires et financière : bref aperçu historique. », *supp. RLDA*, 2015/105, n° 5644.

GASQUET (P. de), « Le Sénat accuse Goldman Sachs d'avoir alimenté la bulle immobilière », *Les Échos*, 28 avril 2010. Disponible sur : [http://www.lesechos.fr/28/04/2010/LesEchos/20666-148-ECH\\_le-senat-accuse-goldman-sachs-d-avoir-alimente-la-bulle-immobiliere.htm](http://www.lesechos.fr/28/04/2010/LesEchos/20666-148-ECH_le-senat-accuse-goldman-sachs-d-avoir-alimente-la-bulle-immobiliere.htm).

GAUVENT (S.), « La tenue de marché observée à la loupe », *Revue Banque*, février 2013, n° 757.

GODIN (R.), « L'union bancaire européenne n'est pas encore née qu'elle est déjà en danger », *La Tribune*, 16 janvier 2013. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/actualites/economie/union-europeenne/20130116trib000742936/l-union-bancaire-europeenne-n-est-pas-encore-nee-qu-elle-est-deja-en-danger.html>.

GOLDSCHMIDT (P.), *Mais que fait donc le Conseil européen du risque systémique ?*, 5 juin 2012. Disponible sur : <http://www.ndf.fr/nouvelles-deurope/05-06-2012/mais-que-fait-donc-le-conseil-europeen-du-risque-systemique>.

GROUDEL (H.), « Le devoir de conseil », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 1999.



GUERSENT (O.), « Vers un cadre commun européen », *Revue banque*, novembre 2012, n° 753.

HEINICH (J.), « Les dirigeants de fait : Du neuf dans de l'ancien », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, septembre-octobre 2018, n° 5.

HELPER (R. T.), « Ce que la garantie des dépôts peut et ne peut pas faire », *Finances & Développement*, mars 1999, Volume 36, n° 1.

International Conference of Banking Supervisors, « Atelier n° 3 : Le dispositif de Bâle et la question de proportionnalité », novembre 2018. Disponible sur : [https://www.bis.org/bcb/s/events/icbs20/ws3\\_fr.pdf](https://www.bis.org/bcb/s/events/icbs20/ws3_fr.pdf)

JASSAUD (N.) et LE LESLE (V.), « Bail in : un outil puissant à bien calibrer », *Revue banque*, novembre 2012, n° 753, p. 38 et s.

JORION (P.), « Spéculation sur les matières premières : Sarkozy a-t-il raison ? », *Blog de Paul Jorion*, 25 janvier 2011. Disponible sur : <http://www.pauljorion.com/blog/?p=20806>.

KARAS (O.), « Transposition européenne : La CRD 4 doit garantir un cadre concurrentiel équitable », *Revue banque*, décembre 2010, n° 730-731.

KEFALAS (A.), « Grèce : ruée bancaire à 800 millions par jour », *Le Figaro*, 17 mai 2012. Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2012/05/16/20002-20120516ARTFIG00657-grece-ruée-bancaire-a-800millions-par-jour.php>

LACAPRA (L.T.), « *BofA Says Volcker Rule Won't Be Too Tough* », *The Street*, 14 septembre 2010. Disponible sur : [http://www.thestreet.com/story/10860335/1/bofa-ceo-says-volcker-rule-wont-be-too-tough.html?cm\\_ven=GOOGLEFI](http://www.thestreet.com/story/10860335/1/bofa-ceo-says-volcker-rule-wont-be-too-tough.html?cm_ven=GOOGLEFI).

LARROUTUROU (P.), « Pourquoi il faut séparer les banques », *Les Échos*, 26 juin 2015. Disponible sur : [https://www.lesechos.fr/26/06/2015/LesEchos/21967-051-ECH\\_pourquoi-il-faut-separer-les-banques.htm](https://www.lesechos.fr/26/06/2015/LesEchos/21967-051-ECH_pourquoi-il-faut-separer-les-banques.htm)

LEBOUCHER (S.), « Bâle III : Les nouvelles règles passées au crible », *Banque & Stratégie*, décembre 2010, n° 287.

LEBOUCHER (S.), « D'Adam Smith à Robert Mundell, ce que la pensée économique nous dit sur la crise actuelle », *Revue banque*, 3 février 2012. Disponible sur : <http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/adam-smith-robert-mundell-ce-que-pensee-economique>.

LEBOUCHER (S.), « Liquidité : les grandes manœuvres », *Revue Banque*, mai 2011, n° 737.

LEBOUCHER (S.), « Règlements prudentielle : la danse des coussins », *Revue Banque*, avril 2013, n° 759.

LEBOUCHER (S.), « Résolution des crises bancaires : trouver la bonne équation », *Revue Banque*, novembre 2012, n° 753.

LECLERCQ (P.), « L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit », *RJDA*, 1995.

LE FUR (Y.) et QUIRY (P.), « Faut-il séparer banques de détail et banques d'investissements ? », *La lettre Vernimmen.net*, octobre 2012, n° 110.

LEGEAIS (D.), « Responsabilité bancaire. Conditions de la responsabilité à l'égard de l'emprunteur. Absence de devoir de conseil », *RTD com.*, 2014.

LEGEAIS (D.), « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *Juris Classeur Banque – Crédit – Bourse*, fascicule 500, 2015, n° 23.

LE GOFF (L.), « Dirigeant de société : être un "homme de paille", c'est risqué ! », *Les Échos Entrepreneurs*, 16 novembre 2012. Disponible sur : <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/10023698-dirigeant-de-societe-etre-un-homme-de-paille-c-est-risque-34692.php>.

LEJOUX (C.), « Ce volet oublié de la réforme bancaire qui fait "presque" consensus », *La Tribune*, 27 février 2013. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/20130227trib000751297/ce-volet-oublie-de-la-reforme-bancaire-qui-fait-presque-consensus.html>

LELIEVRE (A.), « Les indemnités de départ chez Deutsche Bank font polémique », *Les Échos*, 10 juillet 2019. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/les-indemnitees-de-depart-chez-deutsche-bank-font-polemique-1036974>.

LEQUESNE-ROTH (C.), « Retour sur la crise des "subprimes" – autopsie d'une déraison d'État », *Revue internationale de Droit économique*, 2009, Tome XXIII, n° 2.

LE TOURNEAU (Ph.) et POUMAREDE (M.), « Contrats et obligations – Classification des obligations – Autres distinctions des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Juris Classeur Code Civil*, fascicule 40, 2014, n° 18.

MARAIS (J.), « La règle Volcker rattrape les banques non américaines », *L'AGEFI*, 1<sup>er</sup> décembre 2011. Disponible sur : <http://www.agefi.fr/articles/la-regle-volcker-rattape-les-banques-non-americaines-1201659.html>.

MARTIN (M.), « Citicorp and Travelers Plan to Merge in Record \$70 Billion Deal : A New No. 1 : Financial Giants Unite », *The New York Times*, 7 avril 1998. Disponible sur : <http://www.nytimes.com/1998/04/07/news/07iht-citi.t.html>.

MASOUNAVE (A.), « Bâle III aux États-Unis : le règne de la moins-disance réglementaire », *Revue banque*, décembre 2012, n° 754.

MATHERAT (S.) et TROUSSARD (P.), « La titrisation et le système financier », *Revue d'économie financière*, 2000, n° 4.

MATHEY (N.), « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », *La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires*, 21 juillet 2011, n° 29.

MATTHEWS (C.), « *Former Citigroup Head Sandy Weill Calls for Breaking up the Banks* », *Time Business & Money*, 26 juillet 2012. Disponible sur : <http://business.time.com/2012/07/26/former-citigroup-head-sandy-weill-calls-for-breaking-up-the-banks/>.

MINSKY (H.), « *The modeling of financial instability : an introduction* », *Modeling and Simulation, Volume 5, Partie 1, Proceedings of the Fifth Annual Pittsburgh Conference*, Éd. Instruments Society of America, 1974.

MOSCOVICI (P.), *Une loi bancaire réformatrice, ambitieuse et réaliste*, 4 février 2013. Disponible sur : <http://www.pierremoscovici.fr/2013/02/04/une-loi-bancaire-ref-ormatrice-ambitieuse-et-realiste/>.

MOUSTROU (F.), *Obligation de mise en garde de la banque à l'égard de l'emprunteur averti et de l'emprunteur profane*, 9 juillet 2009. Disponible sur : [http://avocats.fr/space/frederic.moustrou/content/\\_B781F3B7-ECC2-44FD-963B-F55D0E04BDFF](http://avocats.fr/space/frederic.moustrou/content/_B781F3B7-ECC2-44FD-963B-F55D0E04BDFF).

NOUY (D.), « Les risques du *Shadow banking* en Europe : le point de vue du superviseur bancaire », *Autorité de contrôle prudentiel*, avril 2013.

ORANGE (M.), « Réforme bancaire : quand l'Assemblée institue la séparation "à la française" », *Mediapart*, 20 février 2013. Disponible sur : <http://www.mediapart.fr/journal/france/200213/reforme-bancaire-quand-lassemblee-institue-la-separation-la-francaise>.

PASQUALINI (F.), « Responsabilité du banquier », *Dalloz Rép. com.*, n° 3.

PATTERSON (S.), « *Volcker Rule Could Be Delayed - Again* », *The Wall Street Journal*, 27 février 2013.

PHILIPPONNAT (T.), *Aléa moral et distorsion de concurrence dans le monde bancaire*, 24 avril 2012. Disponible sur : <http://www.agefi.fr/fiche-blogs-wikifinance/alea-moral-et-distorsion-de-concurrence-dans-le-monde-bancaire-1637.html>.

PHILIPPONNAT (T.), *Lettre ouverte adressée au Ministre français de l'Économie et des Finances Pierre Moscovici*, Belgique, 11 décembre 2012.

PIEDELIEVRE (S.), « Emprunteur non averti et responsabilité bancaire », *D.* 2007.

PLESSIS (A.), « Les banques françaises dans les grandes crises du 20<sup>e</sup> siècle », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 1996, n° 52.

POISSONNIER (H.), « Bâle III : des mesures raisonnables, mais insuffisantes », *Le Cercle Les Échos*, 13 octobre 2010. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/finance-marches/221131437/bale-iii-des-mesures-raisonnables-mais-insuffisantes>.

PRACHE (G.), « Considérer les déposants comme des créditeurs est injuste », *Revue banque*, décembre 2015, n° 790.

RAPPEPORT (A.), « House Republicans Move to Gut Bank Regulations », *The New York Times*, 5 mai 2017. Disponible sur : <https://www.nytimes.com/2017/05/05/us/politics/dodd-frank-finance-banking-regulations.html>.

RAYMOND (G.), « Gilles Carrez sur la réforme bancaire : “Je crains l’inventivité des banquiers” », *Le HuffPost*, 12 février 2013. Disponible sur : [http://www.huffingtonpost.fr/2013/02/11/gilles-carrez-reforme-bancaire-speculation-hollande-banques\\_n\\_2665648.html](http://www.huffingtonpost.fr/2013/02/11/gilles-carrez-reforme-bancaire-speculation-hollande-banques_n_2665648.html).

Rédaction Lefigaro.fr, « La grève en Grèce dégénère, trois morts à Athènes », *Le Figaro*, 5 mai 2010. Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2010/05/05/04016-20100505 ARTFIG 00391-la-grece-paralysee-les-salaries-dans-la-rue.php>.

Rédaction Le Monde, « Avec la France, neuf pays de la zone euro voient leur note dégradée par S&P », *Le Monde*, 13 janvier 2012. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/crise-financiere/article/2012/01/13/la-bourse-de-paris-dans-le-rouge\\_1629457\\_1581613.html](http://www.lemonde.fr/crise-financiere/article/2012/01/13/la-bourse-de-paris-dans-le-rouge_1629457_1581613.html)

Rédaction Le Monde, « La réforme de Wall Street, “une avancée considérable pour piloter les risques globaux” », *Le Monde*, 25 octobre 2010. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/10/25/la-reforme-de-wall-street-une-avancee-considerable-pour-piloter-les-risques-globaux\\_1405027\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/10/25/la-reforme-de-wall-street-une-avancee-considerable-pour-piloter-les-risques-globaux_1405027_3234.html)

Rédaction Le Monde, « L’État français va injecter 10,5 milliards d’euros dans six grandes banques », *Le Monde*, 21 octobre 2008. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/la-crise-financiere/article/2008/10/21/l-etat-francais-va-injecter-10-5-milliards-d-euros-dans-six-grandes-banques\\_1109209\\_1101386.html](http://www.lemonde.fr/la-crise-financiere/article/2008/10/21/l-etat-francais-va-injecter-10-5-milliards-d-euros-dans-six-grandes-banques_1109209_1101386.html)

Rédaction Les Échos, « BNP Paribas veut rembourser les aides publiques “avant juin 2010” », *Les Échos*, 23 septembre 2009. Disponible sur : [http://www.lesechos.fr/23/09/2009/lesechos.fr/300377641\\_bnp-paribas-veut-rembourser-les-aides-publiques--avant-juin-2010-.htm](http://www.lesechos.fr/23/09/2009/lesechos.fr/300377641_bnp-paribas-veut-rembourser-les-aides-publiques--avant-juin-2010-.htm).

Rédaction Les Échos, « BPCE fait de sa filiale Natixis une société cotée comme les autres », *Les Échos*, 17 février 2013. Disponible sur : [http://www.lesechos.fr/17/02/2013/lesechos.fr/0202572549788\\_bpce-fait-de-sa-filiale-natixis-une-societe-cotee-comme-les-autres.htm](http://www.lesechos.fr/17/02/2013/lesechos.fr/0202572549788_bpce-fait-de-sa-filiale-natixis-une-societe-cotee-comme-les-autres.htm).

Rédaction Les Échos, « Trump réitère sa menace de démanteler les grandes banques », *Les Échos*, 1<sup>er</sup> mai 2017. Disponible sur : [https://www.lesechos.fr/01/05/2017/lesechos.fr/0212028901447\\_trump-reitere-sa-menace-de-demanteler-les-grandes-banques.htm](https://www.lesechos.fr/01/05/2017/lesechos.fr/0212028901447_trump-reitere-sa-menace-de-demanteler-les-grandes-banques.htm).

Rédaction Reuters, « Bourse – Nokia poursuit sa chute après son alliance avec Microsoft », Reuters, 14 février 2011. Disponible sur : <http://fr.reuters.com/article/companyNews/idFRLDE71D0Q420110214>.

REIBAUD (R.), « Les premières critiques des banquiers à l’encontre du rapport Liikanen », *Les Échos*, 4 octobre 2012.

RIASSETTO (I.), « Responsabilité boursière : nouvelle donne pour la distribution financière et la gestion de patrimoine », *RD bancaire et fin.*, 2008, n° 4.

ROBEQUAIN (L.), « “Baleine de Londres” : les dirigeants de JP Morgan au banc des accusés », *Les Échos*, 15 mars 2013. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0202645216474-baleine-de-londres-les-dirigeants-de-jp-morgan-au-banc-des-accuses-549701.php>.

ROBERT (V.), « Goldman Sachs attaqué pour fraude par la SEC : la finance américaine à nouveau ébranlée », *Les Échos*, 19 avril 2010. Disponible sur : [https://www.lesechos.fr/19/04/2010/LesEchos/20659-132-ECH\\_goldman-sachs-attaque-pour-fraude-par-la-sec-la-finance-americaine-a-nouveau-ebranlee.htm](https://www.lesechos.fr/19/04/2010/LesEchos/20659-132-ECH_goldman-sachs-attaque-pour-fraude-par-la-sec-la-finance-americaine-a-nouveau-ebranlee.htm).

ROCHET (J.-C.), « Procyclicité des systèmes financiers : est-il nécessaire de modifier les règles comptables et la réglementation actuelle ? », *Revue de la stabilité financière*, octobre 2008, n° 12, 147 p.

ROLLAND (S.), « Les opposants à la réforme bancaire donnent de la voix », *La Tribune*, 18 décembre 2012. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/20121217trib000737759/les-opposants-a-la-reforme-bancaire-donnent-de-la-voix.html>.

ROLLAND (S.), « Les banques françaises s’acquittent de leur dette envers l’État », *La Tribune*, 26 février 2011. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/banque/20110226trib000604372/les-banques-francaises-s-acquittent-de-leur-dette-en-vers-l-etat.html>.

SALORD (A.) et VAUPLANE (H. de), « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Revue Banque*, novembre 2013, n° 765.

SOLLIER (S.), « Rapport Liikanen : les banques françaises s’inquiètent », *La Tribune*, 2 octobre 2012. Disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/20121002trib000722475/rapport-liikanen-les-banques-francaises-s-inquietent.html>.

STORCK (M.), « L’obligation d’information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RLDA*, octobre 2008.

TONNELIER (A.), « Les déboires de Knight Capital, spécialiste du *trading* haute fréquence », *Le Monde*, 7 août 2012. Disponible sur : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/08/07/les-deboires-de-knight-capital-specialiste-du-trading-haute-frequence\\_1743230\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/08/07/les-deboires-de-knight-capital-specialiste-du-trading-haute-frequence_1743230_3234.html).

TRENHOLM (R.), « Microsoft closes Nokia deal, pays more than expected », *Cnet*, 25 avril 2014. Disponible sur : <https://www.cnet.com/news/microsoft-closes-nokia-deal-pays-more-than-expected/>

TRICOT (D.), « La rémunération du crédit en Europe », *RD bancaire et fin.*, mars-avr. 2007.

UGEUX (G.), « L’union bancaire européenne est-elle réaliste ? », *Le Monde Blog*, 17 décembre 2012. Disponible sur : <http://finance.blog.lemonde.fr/2012/12/17/lunion-bancaire-europeenne-est-elle-realiste/>.

VAUPLANE (H. de), « La séparation des activités bancaires, une fausse bonne idée », *Le Cercle Les Échos*, 30 août 2012. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/finance-marches/banques-assurances/221153142/separation-activites-bancaires-faus>.

VAUPLANE (H. de), *Shadow Banking : La prochaine bulle ?*, 1<sup>er</sup> juillet 2012. Disponible sur : <http://alternatives-economiques.fr/blogs/vauplane/2012/07/01/shadow-banking-la-prochaine-bulle/>.

VAUPLANE (H. de), « Une banque en difficulté (sérieuse) doit-elle disparaître ? », 10 juin 2012. Disponible sur : <http://alternatives-economiques.fr/blogs/vauplane/2012/06/10/une-banque-en-difficulte-serieuse-doit-elle-disparaitre/>.

VAUSSY (F.), « Les impacts du bail-in sur le modèle bancaire », *Revue banque*, janvier 2015, n° 779.

VENUS (M.), « Ne pas faire du RRP un manuel d’OPA hostile », *Revue banque*, novembre 2012, n° 753.

VEREYCKEN (K.), « La “Commission Vickers”, cheval de Troie de la City de Londres », *Le Cercle Les Échos*, 12 janvier 2012. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-eco-conjoncture/politique-economique/221142121/commission-vickers-cheval>.

WILLERS (E.), « Idée reçue : “Après 2008, la réforme des banques était nécessaire” », *Contrepoints*, 4 avril 2017. Disponible sur : <https://www.contrepoints.org/2017/04/04/286059-idee-recue-apres-2008-reforme-banques-etait-necessaire>.

WOGUE (P.-G.), « La réforme de Bâle II : les implications sur le rapprochement des banques », *Banque & stratégie*, mars 2007, n° 246.

#### **IV – Rapports, bulletins ministériels, travaux parlementaires**

AMF, *La notation en matière de titrisation*, 31 janvier 2006.

AMF, *Modalités de mise en œuvre des obligations en matière de comptes rendus à l’égard de l’AMF dans le cadre de la Directive AIFM*, 23 septembre 2014.

ARTHUS (P.), BETBEZE (J.-P.), BOISSIEU (C. de) et CAPELLE-BLANCARD (G.), « La crise des *subprimes* », Conseil d’Analyse Économique, La Documentation française, 2008.

Banque de France, ACPR, « L’identification des groupes bancaires et d’assurance d’importance systémique mondiale », *Analyses et Synthèses*, décembre 2014, n° 39.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Bâle III : Ratio de liquidité à court terme et outils de suivi du risque de liquidité*, Suisse, janvier 2013.

Banque des règlements internationaux, Conseil de stabilité financière et Fonds monétaire international, *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments : Initial Considerations*, octobre 2009.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Amendment to the capital accord to incorporate market risks*, Suisse, janvier 1996.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Suisse, juillet 1988.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres : Dispositif révisé*, Suisse, juin 2004.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Dispositif international de mesure, normalisation et surveillance du risque de liquidité*, Suisse, décembre 2010.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Principes de saine gestion et de surveillance du risque de liquidité*, Suisse, septembre 2008.

Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace*, Suisse, septembre 2012.

BNP Paribas, *Document de référence et rapport financier annuel 2011*. Disponible sur : [http://media-cms.bnpparibas.com/file/76/2/bnp\\_paribas\\_ddr\\_2011.2\\_1762.pdf](http://media-cms.bnpparibas.com/file/76/2/bnp_paribas_ddr_2011.2_1762.pdf).

BNP PARIBAS, États Financiers Consolidés, 31 décembre 2018.

Comité consultatif du secteur financier, *Les défis de l'industrie bancaire*, mai 2006.

Commission bancaire, « La prise en considération du risque systémique dans la surveillance prudentielle des établissements de crédit », *Rapport de la Commission bancaire pour l'année 1991*, 1991.

Commission bancaire, *Bulletin*, avril 1991, n° 4.

Commission bancaire, *Bulletin*, novembre 1990, n° 3.

Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, *Compte rendu*, 6 février 2013.

Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, *Compte rendu n° 60*, 30 janvier 2013. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cfiab/12-13/c1213060.asp>.

Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, *Rapport d'information sur la mise en application de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires*, 24 juin 2015.

Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Feuille de route pour une union bancaire*, 12 septembre 2012.

Commission européenne, *Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale*, JOUE n°C 270 du 25 octobre 2008.

Commission européenne, *Communiqué de presse*, 6 juin 2012, IP/12/570.

Commission européenne, *Livre vert : le système bancaire parallèle*, Belgique, 19 mars 2012.

Commission européenne, *Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Belgique, 18 juillet 2001.

Commission européenne, *Mémo : Vers une union bancaire*, 10 septembre 2012, MEMO/12/656.

Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier*, 20 juillet 2011.

Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les directives 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les directives 2011/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil*, 6 juin 2012.

Commission européenne, *Proposition de règlement du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit*, 12 septembre 2012.

*Committee on banking, housing and urban affairs of the United States Senate, Report n° 106-44 on Financial Services Modernization Act of 1999*, 28 avril 1999.

Conseil de l'Union européenne, *Draft Council Conclusions on Crisis Management and resolution*, n° 17006/10, 30 novembre 2010.

Cour de cassation, *Rapport annuel 2008 : Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2009.

European Securities and Markets Authority, *Consultation paper: Guidelines on systems and controls in a highly automated trading environment for trading platforms, investments firms and competent authorities*, ESMA/2011/224, 20 juillet 2011.



Finance Watch, *Analyse du projet remis par le gouvernement français et propositions d'amendements*, janvier 2013.

Finance Watch, *Answer to the public consultation from the European Commission on the Liikanen report*, 13 novembre 2012.

Finance Watch, *Statement and opinion to Finanzausschuss im Deutschen Bundestag*, 18 avril 2013.

Financial Stability Board, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation*, 27 octobre 2011.

Fonds de Garantie des Dépôts, *Mission du Fonds de Garantie des Dépôts*. Disponible sur : <http://www.garantiedesdepots.fr/spip/spip.php?rubrique5>.

Fonds de Garantie des Dépôts, *Rapport Annuel – Exercice 2011*. Disponible sur : [http://www.garantiedesdepots.fr/spip/IMG/pdf/Rapport\\_annuel\\_2011.pdf](http://www.garantiedesdepots.fr/spip/IMG/pdf/Rapport_annuel_2011.pdf).

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Un mécanisme juridique de résolution des défaillances bancaires », *Rapport de l'Institut Montaigne : Régulation bancaire et financement de l'économie*, 2012.

GIRAUD (G.), « Séparation bancaire : Note de synthèse sur le projet de Loi présenté par M. Le Ministre Pierre Moscovici au Conseil des Ministres le 19 décembre 2012 », janvier 2013. Disponible sur : <http://www.lavie.fr/www/files/medias/pdf/gael-giraud-note-separation-bancaire.pdf>

Groupe des vingt, *Declaration on Strengthening the Financial System*, Royaume-Uni, 2 avril 2009.

HCSF, *Le coussin de fonds propres contra-cyclique : procédure de mise en œuvre*, mai 2018.

High-level group on financial supervision in the EU, *Report*, Belgique, 25 février 2009.

Independent Commission on Banking, *Final Report : Recommendations*, Royaume-Uni, septembre 2011.

Ministère de l'économie et des finances, *Dossier de presse sur le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires*, 19 décembre 2012.

Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 7 juillet 2010 contenant des recommandations à la Commission sur la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire (2010/2006 (INI))*, 7 juillet 2010.

Sénat, *Annexe au procès-verbal de séance du 5 février 2004, Rapport législatif relatif à la session ordinaire de 2003-2004 n° 202*. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/a03-202/a03-2020.html>.

Sénat, *Compte rendu intégral des débats de la séance du 21 mars 2013*. Disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s201303/s20130321/s20130321012.html>.

Sénat, *La banalisation des intermédiaires : la banque universelle*. Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r96-52/r96-5221.html>.

VAN ROMPUY (H.), *Vers une véritable union économique et monétaire*, 26 juin 2012.

## **V – Dictionnaires, lexiques et encyclopédie**

Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française, Tome 1*, 9<sup>e</sup> édition, 1992.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., Éd. PUF, 2016.

*Encyclopædia Universalis*. Disponible sur : <http://www.universalis.fr/encyclopedie>.

FOYOT (L.), LANJALLEY (A.) et SAY (L.), *Dictionnaire des finances, Tome I*, Éd. Berger-Levrault, 1889-1894.

GUYOT (Y.) et RAFALOVIC (A. G.), *Dictionnaire du commerce, de l'industrie et de la banque, Tome I*, Éd. Guillaumin, 1898-1901.

Investopedia, Banking terminology. Disponible sur : [http://www.investopedia.com/tags/banking\\_terminology/definition/](http://www.investopedia.com/tags/banking_terminology/definition/).

La finance pour tous, Mots de la finance. Disponible sur : <http://www.lafinancepour tous.com/Decryptages/Mots-de-la-finance/>.

Trader Finance, Lexique Finance. Disponible sur : <http://www.trader-finance.fr/lexique-finance.html>.

Vernimmen.net, Lexique financier. Disponible sur : <http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/index.php>.

## **VI – Décisions de jurisprudence**

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 23 mai 1973, n° 72-11.202, Champeau c/Barrau le Foll : Bull. 1973, n° 185.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 28 octobre 1974, n° 72-14.397, Bull. 1974, IV, n° 264 : JCP 1976, II, 18 251, note BOITARD M.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 27 février 1978, Contini c/Garnier ès qual., Bull. 1977, IV n° 91.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 6 mai 1980, n° 78-15.775, Cros c/Dupuy : Bull. 1980, IV, n° 175.

Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 2 décembre 1986, n° 85-11.307, Dreux c/Gourdain : Bull. 1986, IV, n° 232.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 9 février 1988, Haik c/Chevrier, n° 86-15.694, Bull. civ. IV, n° 63

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 30 janvier 1990, n° 88-15.873, Blomme c/Malaise ès qual., Bull. 1990, IV, n° 30.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 5 novembre 1991, n° 89-18.005, Bull. 1991, IV, n° 327 : JCPE G 1992, 68 ; RJDA, 1/92, n° 68 ; Gaz. Pal., 29 novembre 1991, n° 333-334 flash 20 ; D. 1991, n° 40, p. 269 ; Gaz. Pal., 7 février 1992, n° 38-39, p. 20 ; Gaz. Pal., 23 septembre 1992, n° 267-268 jp. 20.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 5 novembre 1991, n° 89-19.064, Chevreux c/Receveur divisionnaire des impôts d'Albi : Bull. 1991, IV, n° 332.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 30 novembre 1993, n° 91-20.554, Bull. 1993, IV, n° 440 : RJDA 4/94 n° 460, Bull. Joly 1994, 410, note PÉTEL Ph.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 25 janvier 1994, n° 91-20.007, Chibi c/Didier, inédit.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 28 février 1995, n° 92-18.572 : RJDA 1995, n° 651.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 27 juin 1995, n° 92-19.212, Bull. civ. 1995, I, n° 287 : JCP G 1992, 2088 ; JCP E 1995, 1107 ; JCP E 1996, 772, note LEGEAS D.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 avril 1996, n° 94-13.526, Alvès c/Chavinier ès qual. : RJDA 7/96 n° 977, Rev. sociétés 1997, 611, note HENRY C.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 18 février 1997, n° 94-18.073, Bull. 1997, IV, n° 52 ; JCP G 1997, 797 – Chambre commerciale de la Cour de cassation, 22 mai 2001, n° 98-14.741 : RD bancaire et fin. 2001, p. 282, obs. CRÉDOT F. et GERARD Y.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 27 janvier 1998, n° 93-18.672, Bull. 1998, IV, n° 41 : JCP E 1998, 442 ; JCP G 1998, 1577.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 28 avril 1998, n° 95-21.969, Laroppe ès qual. c/Morel : RJDA 8-9/98 n° 1000, RTD com. 1999, 187, obs. LAUDE A., Rev. proc. coll. 2000, 49, n° 7, obs. DELENEUVILLE J.-M.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 mars 1999, n° 95-20.814, Doukhan c/Charrière ès qual., Bull. 1999, IV, n° 61 : RJDA 5/99 n° 585, Bull. Joly 1999, 757, note SAINT-ALARY-HOUIN C.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 10 octobre 2000, n° 97-20.516.

Cour d'Appel de Paris, 29 mars 2002, n° 01-9596 : RJDA 2/03 n° 172, JCP E 2002, n° 46, Dr. sociétés 2003, no 88, note LEGROS J.-P.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 18 février 2004, n° 02-14.311.

Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, JORF n° 59 du 10 mars 2004, Rev. science crim. 2004, obs. C. LAZERGES, Gaz. Pal., 11-15 mars 2004, obs. J.-E. SCHOETTL ; JCP 2004, II, 10048, J.-C. ZARKA.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 28 juin 2005, n° 03-20.900.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 12 juillet 2005, n° 02-13.155, Bull. 2005, I, n° 324.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 12 juillet 2005, n° 03-10.115, Bull. 2005, I, n° 326.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 12 juillet 2005, n° 03-10.770, Bull. 2005, n° 325.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 12 juillet 2005, n° 03-10.921, Bull. 2005, I, n° 327 : JCP E 2005, 1359, obs. LEGEAIS D. ; JCP G 2005, II, 10 140, note GOURIO A. ; Banque mag. 2005, n° 673, p. 94, note GUILLOT J.-L. et BOCCARA SEGAL M. ; RD bancaire et fin. 2005, obs. CRÉDOT F. et GÉRARD Y. ; D. 2005, n° 44, note PARANCE B. ; D. 2005, AJ 2276, obs. DELPECH X. ; D. 2006, Pan. p. 155, obs. MARTIN D. R. et SYNVEY H. ; RDI 2006, 123, obs. HEUGAS-DARRASPEN H. ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. BONNEAU Th. ; LASSERRE-CAPDEVILLE J., Les 10 ans de l'arrêt Grimaldi, RD bancaire et fin., 2015.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 12 juillet 2005, n° 03-14.045 : Bull. 2005, IV, n° 174 ; D. 2005, AJ 2071, obs. LIENHARD A. ; Gaz. proc. coll. 2005/3, n° 1, obs. VOINOT D. ; Act. proc. coll. 2005, n° 193, note REGNAUT-MOUTIER C. ; Rev. sociétés 2006, 163, note LUCAS F.-X. ; Rev. proc. coll. 2006, 52, n° 10, obs. LEBEL C. ; Rev. proc. coll. 2006, 290, n° 2, obs. MARTIN-SERF A.

Cour d'Appel de Douai, 22 septembre 2005, n° 04-1858 et 04-2600, Lefebvre c/ministère public

Première chambre civile de la Cour de cassation, 21 février 2006, n° 02-19.066, Bull. 2006, n° 91 : D. 2006, p. 1618, note FRANÇOIS J. ; Banque et droit 2006, n° 108, p. 63, obs. BONNEAU Th. ; RTD com. 2006, p. 462, obs. LEGEAIS D.

Cour de justice de l'Union européenne, 2 mai 2006, n°C-341/04, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et de Tribunal de première instance 2006.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 3 mai 2006, n° 02-11.211, Bull. 2006, IV, n° 102 : JCP E 2006, 1890 ; D. 2006, 1618, note FRANCOIS J. Gaz. Pal., 28 juin 2006, p. 5.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 3 mai 2006, n° 04-20.526 : Rev. sociétés 2017, 542, note HENRY L. C.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 3 mai 2006, n° 04-15.517, Bull. 2006, IV, n° 101 : JCP E 2006, 1890 ; JCP G 2006, 10 122 ; D. 2006, 1618, note FRANCOIS J. ; Gaz. Pal., 28 juin 2006, p. 5.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 3 mai 2006, n° 04-19.315, Bull. 2006, IV, n° 103 : JCP E 2006, 1890 ; Banque et droit 2006, p. 53, obs. RONTCHEVSKY N. et p. 85, obs. FAYNER S. et GUILLOT J.L. ; Gaz. Pal., 28 juin 2006, p. 5.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 20 juin 2006, n° 04-14.114, Bull. 2006, IV, n° 145 : JCP E 2006, 2271, note LEGEAIS D.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 12 juillet 2006, n° 05-12.699, Bull. 2006, n° 398 : Banque et droit 2006, n° 109, p. 50, obs. BONNEAU Th.

Chambre mixte de la Cour de cassation, 29 juin 2007, n° 06-11.673 et n° 05-21.104 : JCP G 2007, II, 10 146, note GOURIO A. et JCP E 2007, n° 2015, note LEGEAIS D. ; D. 2007, p. 1950, 2081, note PIEDELIÈVRE S. ; D. 2008, p. 878, note MARTIN D. ; RLDC 2007 n° 2661, obs. MARRAUD DES GROTTES G. ; RD bancaire et fin. 2007, 148, obs. D. L. ; Banque et droit 2007, note BONNEAU Th. ; RLDC octobre 2007, p. 32, note DEVÈZE J. ; RTD civ. 2007, note JOURDAIN P. ; RLDC 2007, note DELEBECQUE Ph. ; Dr. & patrimoine 2007, n° 164, p. 77, note MATTOUT J.-P. et PRŪM A. ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 9, note HOCQUET-BERG S.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 octobre 2007, n° 06-10.805, Lachaux c/SCP Guguen-Stutz ès qual., Bull. 2007, IV, n° 219 : RJDA 8-9/08 n° 941, D. 2007, AJ 2666, obs. LIENHARD A.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 30 octobre 2007, n° 06-17.003, Bull. 2007, I, n° 330 : JCP G 2008, II, 10055, note GOURIO A. ; JCP E 2007, 2576, note LEGEAIS D. ; D. 2007, p. 2871 ; D. 2008, p. 257, note BAZIN E.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 11 décembre 2007, n° 03-20.747, Bull. 2007, IV, n° 260.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 12 février 2008, n° 06-20.835, Bull. 2008, IV, n° 31.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 18 mars 2008, n° 02-21.616, Azevedo Da Silva c/Sté Perney Angel ès qual. : RJDA 7/08 n° 832, Dr. sociétés 2008, no 151, note LEGROS J.-P.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 8 avril 2008, n° 07-13.013, Bull. 2008, IV, n° 77.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 24 juin 2008, n° 06-21.798, Bull. 2008, IV, n° 127 : D. 2008, p. 1892, obs. DELPECH X. ; Banque et droit 2008, n° 112, p. 23, obs. DE VAUPLANE H., DAIGRE J.-J., DE SAINT MARS B. et BORNET J.-P. ; Banque et droit 2008, n° 121, p. 70, obs. BUSSIÈRE F. ; JCP G 2008, II, 10160, note MATHEY N. ; Bull. Joly Bourse 2008, p. 398, note GUYADER H. ; RTD com. 2008, p. 590, obs. STORCK M. ; RJDA 2008/30, n° 1797, obs. PIEDELIÈVRE. S.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 décembre 2008, n° 07-21.922.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 30 avril 2009, n° 07-18.334, Bull. 2009, I, n° 85 : JCP E 2009, note LEGEAIS D. ; Banque et droit, juillet - août 2009, p. 20, note BONNEAU Th.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 25 juin 2009, n° 08-12.100.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 24 septembre 2009, n° 08-16.345, Bull. 2009, I, n° 191 : JCP E 2009, 2024.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 20 octobre 2009, n° 08-20.274, Bull. 2009, IV, n° 127 : JCP E 2009, 2053, note LEGEAIS D. ; D. 2009, p. 2971, note HOUTCIEFF D.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 19 novembre 2009, n° 07-21.382, Bull. 2009, I, n° 231.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 19 novembre 2009, n° 08-13.601, Bull. 2009, I, n° 232 : JCP E 2009, 2140, note LEGEAIS D.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 17 décembre 2009, n° 08-11.866 : JCP E 2010, 1068, note LEGEAIS D.

Chambre sociale de la Cour de cassation, 19 janvier 2010, n° 08-42.519, Sacco c/Sté Friendly : RJDA 6/10 n° 665.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 19 janvier 2010, n° 09-10.627 : RD bancaire et fin. 2010, n° 77, obs. STORCK M. ; Banque et droit 2010, p. 49, obs. obs. DE VAUPLANE H., DAIGRE J.-J., DE SAINT MARS B. et BORNET J.-P. ; Banque et droit 2010, p. 35, obs. BUSSIÈRE F.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 7 avril 2010, n° 09-66.519.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 6 janvier 2011, n° 09-70.651, Bull. 2011, I, n° 3 : JCP E 2011, 1140, note LEGEAIS D.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-14.026, 09-16.522, 09-67.661 : Bull. 2011, IV, n° 87 ; D. 2011. Actu. 1551, obs. LIENHARD A. ; Rev. sociétés 2011. 521, obs. ROUSSEL GALLE Ph.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 27 mars 2012, n° 10-20.077, Bull. 2012, IV, n° 68.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 3 juillet 2012, n° 10-17.624 : RJDA 11/12 n° 988.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 28 novembre 2012, n° 11-26.477.

Conseil constitutionnel n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 4 mars 2014, n° 13-10.588.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 13 janvier 2015, n° : RD bancaire et fin. 2015, n° 71, obs. CRÉDOT F. et SAMIN T. ; AJ 2015, p. 172, note GOURIO A. ; Gaz. Pal., 15 mars 2015, p. 24, obs. MOREIL S. ; RTD com. 2015, p. 341, obs. LEGEAIS D.

Première chambre civile de la Cour de cassation, 5 mars 2015, n° 14-11.205.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 10 mars 2015, n° 12-15.505 : RJDA 6/15 n° 452, D. 2015. Actu. 678, obs. LIENHARD A., Act. proc. coll. 2015, n° 107, obs. VALLANSAN J., Bull. Joly 2015, 244, note PARACHKÉVOVA I.

Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, n° 2014/453-454 QPC et n° 2015-462 QPC : Dr. sociétés 2015, n° 94, note TORCK S. ; Dr. sociétés 2015, n° 99, note SALOMON R. ; Bull. Joly Bourse 2015, § 112j3, p. 2014, note BONNEAU Th. ; JCP G 2015, 368, note SUDRE F. ; Banque et droit 2015, n° 160, p. 35, note ROUAUD A.-C ; RLDA 2015, n° 105, note STASIAK F. ; Bull. Joly Sociétés 2015, §113r4, p. 273, note GAUDEMET A. ; Dr. pén. 2015, com. 79, note PELTIER V. ; RD bancaire et fin. 2015, comm. 63, note PAILLER P.

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 8 juillet 2015, n° 14-88329, D. 2015 2541, obs. PARIZOT, Dr. pén. 2015, n° 120, obs. Ph. CONTE, RSC 2015. 86, obs. Y. MAYAUD.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 13 octobre 2015, n° 14-15.755 : RJDA 2/16 n° 137, Bull. Joly 2016, 157, note HEINICH J., Rev. proc. coll., mai 2016, n° 93, note MARTIN-SERF A.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 31 mai 2016, n° 14-24.779 : RJDA 10/16 n° 715, Bull. Joly 2016. 677, note MOUIAL BASSILANA E., Bull. Joly Entrep. diff. 2016. 340, note FAVARIO T.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 12 juillet 2016, n° 14-23.310 F-D : RJDA 12/16 n° 889, Rev. sociétés 2017, 44, note HEINICH J.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 19 septembre 2006, n° 05-14.344, Bull. 2006, IV, n° 186 ; n° 05-15.304, Bull. 2006, IV, n° 187 ; n° 05-14.343, Bull. 2006, IV, n° 185 ; n° 05-15.305 ; n° 04-19.522 : Dr. sociétés 2007, n° 13, obs. BONNEAU Th. ; D. 2006, p. 2395, obs. DELPECH X. ; JCP G. 2006, II, 10 201, note GOURIO A. ; JCP E. 2006, 40, obs. MATHEY N. ; Gaz. Pal., 24 novembre 2006, p. 35, note VRAY H. ; Banque & Droit 2006, n° 110, p. 27, obs. DE VAUPLANE H., DAIGRE J.-J., SAINT MARS B. et BORNET J.-P., et p. 46, obs. BUISSIÈRE F. ; Banque 2006, n° 685, p. 80, obs. GUILLOT J.-L. et BOCCARA M. ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 24, note RIASETTO I. et STORCK M.

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 28 septembre 2016, n° 14-88.533 : RD pénal, 2016, comm. 159, note ROBERT J.-H. ; RD bancaire et fin., 2016, comm. 260, note PAILLER P. ; RD sociétés, 2016, comm. 199, note SALOMON R.

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 29 novembre 2016, n° 15-86.116 : RJDA 3/17 n° 179, Rev. sociétés 2017, 438, note BOULOC B., RSC 2017, 314, obs. MATSOPOULOU H. ; Gaz. Pal., 27 juin 2017, p. 73, obs. ROBACZEWSKI C.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 20 avril 2017, n° 15-19.750 : RJDA 8-9/17 n° 574, RTD com. 2017, 437, obs. VALLENS J.-L., Dr. sociétés 2017, n° 8-9, comm. 151, LEGROS J.-P.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 24 janvier 2018, n° 16-23.649 : RJDA 4/18 n° 344, Dr. sociétés 2018, 47, obs. LEGROS J.-P., BJE 2018, 212, obs. FAVARIO Th., BJS 2018, 170, note HEINICH J.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 24 mai 2018, 16-29.116, inédit.

## **VII – Sources internet**

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : <https://acpr.banque-france.fr/>

Archives nationales : <http://www.archivesnationales.culture.gouv.fr>.

Banque de France : <https://www.banque-france.fr/>

Comité européen du risque systémique : <http://www.esrb.europa.eu>.

Fonds de Garantie des Dépôts : [www.garantiedesdepots.fr](http://www.garantiedesdepots.fr).

Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises : <http://www.orse.org>.

Union européenne : <http://europa.eu>.

## **VIII – Textes législatifs et réglementaires**

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

*1933 Banking Act, Public Law 73-66, 48 The United States Statutes at Large 162, 16 juin 1933.*

Loi n° 41-2532 du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire, JORF du 6 juillet 1941.

Loi n° 45-15 du 2 décembre 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques et à l'organisation du crédit, JORF du 3 décembre 1945.

Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957.

Décret n° 66-1053 du 23 décembre 1966 relatif aux participations des banques de dépôts, JORF du 31 décembre 1966.

Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, JORF du 4 janvier 1970.



Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JORF du 5 janvier 1972.

Décret n° 73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, JORF n° 0157 du 7 juillet 1973.

Décret n° 75-770 du 14 août 1975 relatif aux conditions d'accès à la profession d'huissier de justice ainsi qu'aux modalités des créations, transferts et suppressions d'offices d'huissiers de justice et concernant certains officiers ministériels et auxiliaires de justice, JORF du 22 août 1975.

Première directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE n° L 322 du 17 décembre 1977.

Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, JORF du 25 janvier 1984.

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, JORF du 26 janvier 1985.

Acte unique européen, JOCE n° L 169 du 29 juin 1987.

Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JOCE n° L 178 du 8 juillet 1988.

Directive 89/647/CEE du Conseil du 18 décembre 1989 relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit, JOCE n° L 386 du 30 décembre 1989.

Décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 30 décembre 1989.

Décret n° 90-58 du 15 janvier 1990 modifiant et complétant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n° 13 du 16 janvier 1990.

Traité sur l'Union européenne 92/C 191/01 du 7 février 1992, JOCE n° C 191 du 29 juillet 1992.

Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, JORF n° 134 du 11 juin 1994.

Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, JORF n° 148 du 29 juin 1999.

*Gramm-Leach-Bliley Act, Public Law 106-102, 113 The United States Statutes at Large 1338, 12 novembre 1999.*

Règlement (UE) du Conseil de l'Union européenne n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000, abrogé par le

Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE n° L 141 du 5 juin 2015.

Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, JOCE n° L 125 du 5 mai 2001.

Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JOUE n° L 145 du 30 avril 2004.

Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, JORF n° 303 du 30 décembre 2004.

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n° 173 du 27 juillet 2005.

Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOUE n° L 177 du 30 juin 2006.

Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, JOUE n° L 177 du 30 juin 2006.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne 2007/C 306/01 du 13 décembre 2007, JOUE n° C 306 du 17 décembre 2007.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 9 mai 2008, JOUE n° C 326 du 26 octobre 2012.

Directive 2009/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 modifiant la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts en ce qui concerne le niveau de garantie et le délai de remboursement, JOUE n° L 68/3 du 13 mars 2009, abrogée par la directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts.

Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JORF n° 0018 du 22 janvier 2010.

Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF n° 0154 du 6 juillet 2010.

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n° 0160 du 13 juillet 2010.

*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Public Law 111-203, 124 The United States Statutes at Large 1376, 21 juillet 2010.*

Règlement n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE n° L 331 du 15 décembre 2010.

Règlement n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JOUE n° L 331/12 du 15 décembre 2010.

Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JOUE n° L 331 du 15 déc. 2010

Directive 2010/76/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE en ce qui concerne les exigences de fonds propres pour le portefeuille de négociation et pour les retitrisations, et la surveillance prudentielle des politiques de rémunération Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JOUE n° L 329 du 14 décembre 2010.

Règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, JOUE n° L 86 du 24 mars 2012.

Décret n° 2012-957 du 6 août 2012 relatif à la taxe sur les opérations à haute fréquence sur titre de capital, JORF n° 0182 du 7 août 2012.

Règlement délégué n° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012 complétant la Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance, JOUE n° L 83/1 du 22 mars 2013.

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, JOUE n° L 176 du 27 juin 2006

Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JORF n° 0173 du 27 juillet 2013.

Règlement 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE n° L 176 du 27 juin 2013.

*Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen, 7 août 2013.*

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 octobre 2013.

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, JOUE n° L 287 du 29 octobre 2013

Ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JORF n° 0044 du 21 février 2015.

Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts,

Directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, JOUE n° L 173 du 12 juin 2014.

Règlement n° 596/2014 du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil sur les abus de marché, abrogeant la Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les Directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, JOUE n° L 173 du 12 juin 2014.

Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la Directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les Directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012.

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, JOUE n° L 225 du 30 juillet 2014

Arrêté du 9 septembre 2014 portant application du titre Ier de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, JORF n° 0229 du 3 octobre 2014.

Décret n° 2014-1357 du 13 novembre 2014 relatif au contrôle de l'honorabilité et de la compétence des dirigeants et des membres des organes collégiaux dans les organismes d'assurance, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes et les entreprises mères de société de financement, JORF n° 0264 du 15 novembre 2014.

Règlement intérieur du collège de supervision de l'ACPR du 9 mars 2015.

Règlement 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOUE n° L 141 du 5 juin 2015.

Ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JORF n° 0192 du 21 août 2015.

Arrêté du 11 septembre 2015 relatif aux plans préventifs de rétablissement, JORF n° 0218 du 20 septembre 2015.

Arrêté du 11 septembre 2015 relatif aux plans préventifs de résolution, JORF n° 0218 du 20 septembre 2015.

Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, JORF n° 0144 du 22 juin 2016.

Commission d'enrichissement de la langue française, Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés), JORF n° 181 du 5 août 2016.

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016.

Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017.

Décision n° D-HCSF-2018-3 du 29 juin 2018 relative au taux du coussin de fonds propres contracyclique.

*United States Code, Title 11 « Bankruptcy », Chapter 11 « Reorganization ».*

*United States Code, Title 12 « Banks and Banking ».*

## **IX – Autres sources documentaires**

Autorité des marchés financiers, *Décision de la Commission des sanctions à l'égard de la société Kraay Trading I BV*», 12 mai 2011.

BABSON (R.), *Discours prononcé devant l'Annual National Business Conference*, 5 septembre 1929.

GOUX (J.-F.), *Conférence débat : La réforme bancaire de 2013 : analyse et insuffisances*, 20 avril 2013.

JARVIS (J.), *The crisis of credit*, 2012. Disponible sur : <http://crisisofcredit.com>

KAREL (W.), *1929*, Arte, diffusé le 24 septembre 2011.

MEURICE (J.-M.) et CALVI (F.), *Le bal des vautours*, diffusé le 2 octobre 2012.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>LISTE DES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>1</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>10</b>
<b>I – L’analyse du risque systémique au regard de la crise des années 1930 .....</b>	<b>17</b>
<b>II – Le défaut de régulation bancaire, créateur de risque systémique.....</b>	<b>41</b>
A. L’initiative régulatrice de la Cour de cassation.....	41
B. Les lacunes de la régulation par la concurrence .....	56
<b>III - Le risque systémique, créateur d’irresponsabilité bancaire .....</b>	<b>69</b>
A. L’aléa moral, générateur d’irresponsabilité bancaire .....	70
B. De l’irresponsabilité à la nécessité de refondre le système bancaire .....	73
 <b>PREMIÈRE PARTIE : UNE MAÎTRISE PAR LA SÉPARATION DES</b>	
<b>ACTIVITÉS BANCAIRES .....</b>	<b>82</b>
 <b>TITRE I – LES MODALITÉS DE LA SÉPARATION DES ACTIVITÉS</b>	
<b>BANCAIRES .....</b>	<b>86</b>
 <b>Chapitre 1 – L’interdiction des activités spéculatives.....</b>	<b>88</b>
<b>Section 1 – La prohibition générale des investissements spéculatifs aux États-Unis et dans la</b>	
<b>proposition de règlement européen.....</b>	<b>90</b>
§1. <i>L’interdiction de la négociation pour compte propre .....</i>	<i>94</i>
§2. <i>La restriction des relations avec les fonds de couverture et les fonds de capitaux privés .</i>	<i>99</i>
<b>Section 2 – La prohibition spécifique de certains investissements spéculatifs aux banques de</b>	
<b>dépôt en France .....</b>	<b>103</b>
§1. <i>L’interdiction du trading à haute fréquence.....</i>	<i>104</i>
§2. <i>L’interdiction des opérations sur les instruments financiers à terme ayant pour sous-</i>	
<i>jacent une matière première agricole.....</i>	<i>113</i>
 <b>Chapitre 2 – La filialisation des activités bancaires .....</b>	<b>118</b>
<b>Section 1 – Les techniques de filialisation.....</b>	<b>120</b>
§ 1 : <i>Des réglementations soumises à un champ d’application limité .....</i>	<i>120</i>
§ 2 : <i>Des réglementations structurellement strictes .....</i>	<i>126</i>

Section 2 – Le contenu des activités filialisées .....	133
§ 1 : <i>La filialisation des relations contractuelles avec des fonds d’investissement spéculatifs</i> .....	135
§ 2 : <i>La filialisation des activités de négociation pour compte propre</i> .....	141
<b>TITRE II – LA REMISE EN CAUSE DE LA SÉPARATION DES ACTIVITÉS BANCAIRES .....</b>	<b>150</b>
<b>Chapitre 1 – Les objections au principe de séparation .....</b>	<b>152</b>
Section 1 – La prédominance du modèle de banque universelle .....	153
§1. <i>La prétendue solidité de la banque universelle face à la crise de 2007</i> .....	153
§2. <i>L’efficacité de la banque universelle face à ses clients</i> .....	157
Section 2 – Les conséquences néfastes d’une séparation des activités bancaires .....	160
§1. <i>Une spécialisation nuisible au financement de l’économie</i> .....	160
§2. <i>Une spécialisation favorable au développement de la finance parallèle</i> .....	164
<b>Chapitre 2 – Les objections aux projets séparation .....</b>	<b>168</b>
Section 1 – Des réformes <i>a minima</i> .....	169
§1. <i>La faiblesse d’une filialisation</i> .....	169
§2. <i>Les lacunes des filialisations mises en œuvre</i> .....	172
Section 2 – Vers un retour au <i>Glass-Steagall Act</i> .....	177
§1. <i>Pour la mise en place d’un Glass-Steagall Act contemporain</i> .....	179
§2. <i>Au-delà du Glass-Steagall Act</i> .....	182
<b>DEUXIÈME PARTIE : UNE MAÎTRISE PAR DES MÉCANISMES DE RÉSOLUTION ET DE RÉPRESSION.....</b>	<b>186</b>
<b>TITRE I – L’ANTICIPATION DES DÉFAILLANCES BANCAIRES .....</b>	<b>192</b>
<b>Chapitre 1 – Le mécanisme d’alerte de la réglementation prudentielle .....</b>	<b>194</b>
Section 1 – Une tentative d’évaluation du risque par l’application des accords de « Bâle I » et de « Bâle II ».....	196
§1. <i>Les prémices de la réglementation prudentielle</i> .....	196
A. L’accord dit « Bâle I », une réglementation internationale audacieuse, mais inadaptée 197	
B. L’appréciation <i>in concreto</i> du risque de crédit par l’accord dit « Bâle II » .....	201
§2. <i>L’échec de l’accord dit « Bale II » face à la crise</i> .....	207
A. La défaillance de l’évaluation du risque par la méthode de la notation.....	207
B. L’oubli du risque de liquidité dans la réglementation prudentielle .....	210
Section 2 – L’adoption de l’accord dit « Bâle III » en réponse à la crise .....	212

<i>§1. Les correctifs de l'accord dit « Bâle III » face aux lacunes de l'ancienne réglementation prudentielle</i> .....	212
A. Une redéfinition plus efficace des fonds propres réglementaires .....	213
B. La mise en place attendue du ratio de liquidité .....	217
<i>§2. L'accord dit « Bâle III » face à ses défauts</i> .....	221
A. Une réglementation prudentielle inachevée.....	221
B. Une réglementation prudentielle complexifiée.....	225
<b>Chapitre 2 – Les mécanismes préventifs d'anticipation et d'intervention précoce</b> .....	228
<b>Section 1 – La prévention par l'évaluation des risques : les plans de redressement et de résolution</b> .....	229
<i>§1. L'élaboration des plans de redressement par les banques</i> .....	229
A. Le champ d'application et les typologies des plans de redressement.....	230
B. La flexibilité du contenu du plan de redressement .....	235
<i>§2. Le contrôle des plans de redressement et l'élaboration des plans de résolution par les autorités de résolution</i> .....	239
A. Le contrôle nécessaire des plans de redressement par les autorités .....	239
B. L'élaboration de plans anticipant l'application des mesures de résolution .....	244
<b>Section 2 : Les pouvoirs d'intervention gradués des autorités de contrôle</b> .....	250
<i>§1. Les pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution en l'absence de difficultés avérées</i> .....	250
A. La réorganisation de l'Autorité de contrôle prudentiel .....	251
B. La définition de nouveaux pouvoirs d'intervention préalable pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.....	259
<i>§2. Les pouvoirs de l'autorité de surveillance aux prémices des premières difficultés</i> .....	266
A. Les mesures d'accompagnement de l'autorité de surveillance dans le cadre de l'intervention précoce .....	267
B. Les pouvoirs d'immixtion de l'autorité de surveillance dans le cadre de l'intervention précoce.....	272
<b>TITRE II – DES RÉPONSES JURIDIQUES AUX DÉFAILLANCES BANCAIRES</b> .....	278
<b>Chapitre 1 – Le traitement des défaillances bancaires</b> .....	280
<b>Section 1 – Une procédure nationale de résolution des défaillances bancaires</b> .....	287
<i>§1. Des mécanismes classiques de résolution des défaillances</i> .....	288
A. Des mécanismes relevant de la gestion des actifs de la banque .....	288
B. Des mécanismes relevant des pouvoirs de direction .....	295
<i>§2. Un mécanisme innovant de résolution des défaillances</i> .....	298
A. Les modalités du mécanisme de renflouement interne.....	300
B. Les limites et les critiques au mécanisme de renflouement interne.....	308



<b>Section 2 – Une procédure européenne de résolution de défaillances bancaires.....</b>	<b>316</b>
<i>§1. Une coopération intracommunautaire pour la résolution des défaillances bancaires ....</i>	<i>316</i>
A. Un principe de reconnaissance mutuelle dans les procédures d’insolvabilité .....	317
B. Un mécanisme de coopération pour le traitement des défaillances bancaires transfrontalières .....	324
<i>§2. Vers l’élaboration d’une union bancaire.....</i>	<i>328</i>
A. La construction d’une union bancaire effective .....	329
B. Une union bancaire désorganisée .....	336
<b>Chapitre 2 – Des mécanismes de répression à développer.....</b>	<b>340</b>
<b>Section 1 – Les sanctions civiles des procédures collectives.....</b>	<b>342</b>
<i>§1. Une responsabilité patrimoniale pour insuffisance d’actif inadaptée .....</i>	<i>346</i>
A. Les modalités d’application de l’action en comblement de passif .....	347
B. L’application illusoire de l’action en comblement de passif aux dirigeants de banques .	351
<i>§2. La faillite personnelle comme solution incitative à une gestion saine des banques ? .....</i>	<i>354</i>
A. L’effet incitatif de la faillite personnelle pour une gestion saine et prudente.....	356
B. Des modalités à adapter aux spécificités des banques systémiques .....	361
<b>Section 2 – Le recours au droit pénal .....</b>	<b>366</b>
<i>§1. L’insuffisance des sanctions pénales dans le cadre des procédures collectives.....</i>	<i>366</i>
<i>§2. Vers la création d’une responsabilité pénale spéciale des dirigeants de banques             défaillantes .....</i>	<i>370</i>
A. L’élaboration d’une infraction pénale spécifique aux dirigeants de banques défaillantes .....	371
B. La nécessité d’une répression pénale du dirigeant de fait .....	376
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>380</b>
<b>ANNEXE.....</b>	<b>386</b>
<b>GLOSSAIRE .....</b>	<b>390</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>398</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>406</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>432</b>



## RÉSUMÉ

---

L'essor de la RSE, tant au sein des sociétés qu'au travers des concertations internationales, illustre l'importance qu'ont pris l'éthique et la morale dans les relations d'affaires. Le banquier y tient une place centrale puisqu'il est « le moteur de toutes les activités de son temps ». Du fait de son rôle prépondérant, aussi bien pour l'économie réelle que sur les marchés financiers, il devrait agir en précurseur du développement de la RSE. Pourtant, lors de la crise de 2007, l'incitation déraisonnée au surendettement des particuliers et le recours à la titrisation pour faciliter la diffusion d'actifs toxiques ont démontré une amoralité générale des banques dans la conduite de leurs affaires. De cette crise de grande ampleur ressortent des questionnements sur l'impact de l'aléa moral sur la stabilité des États et la volonté d'apporter des réponses juridiques au risque bancaire systémique, afin de responsabiliser les banquiers et d'éviter que l'Histoire ne se répète.

## MOTS CLÉS

---

Risque systémique, Crise économique, Aléa moral, Responsabilité du banquier, Banque universelle, Responsabilité sociétale des entreprises (RSE)

## ABSTRACT

---

The growth of CSR, both within companies and through international consultations, illustrates the importance of ethics and morals in business relations. Banker holds a central place in it, as he is "the driving force of all the economic activities of his time". Because of its key role in both real economy and financial markets, banks should act as a precursor to the development of CSR. However, during the 2007 economic crisis, the unreasoned inducement to household over-indebtedness and the use of securitization to facilitate the spread of toxic assets have shown a global lack of morality of banks in the conduct of their business. This extensive crisis raises questions about the impact of moral hazard on the stability of States and how to provide efficient legal answers to systemic banking risk, in order to hold banks responsible and to prevent History from repeating itself.

## KEYWORDS

---

Systemic risk, Economic crisis, Moral hazard, Banks' liability, Universal banks, Corporate social responsibility (CSR)